



UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
- PARIS II -

BANQUE DES MÉMOIRES

Master de Droit pénal et sciences pénales
Dirigé par le Professeur Yves Mayaud
2014

***La lutte contre le terrorisme :
les réponses du droit***

Lucie Debeausse

Sous la direction du Professeur Yves Mayaud

Master II de Droit pénal et Sciences pénales

UNIVERSITÉ PARIS II PANTHÉON-ASSAS

Dirigé par le Professeur Yves MAYAUD

Année universitaire 2013-2014

Mémoire de recherche

**LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME :
LES RÉPONSES DU DROIT**

Présenté par Lucie DEBEAUSSE

Sous la direction du Professeur Yves MAYAUD

Remerciements :

Je tiens à remercier le Professeur Yves Mayaud, mon Directeur de mémoire, pour son attention, son soutien et ses conseils avisés, qui m'ont permis de mener à bien ce travail.

J'adresse également mes remerciements au Professeur Didier Rebut, ainsi qu'à l'ensemble des professeurs du master pour leur disponibilité et la qualité de leur enseignement, d'où j'ai pu tirer matière et idées pour la réalisation de ce mémoire.

Je remercie enfin ma famille, pour son soutien, et plus particulièrement ma mère, pour sa relecture attentive.

Sommaire :

1ère PARTIE : LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME, DES RÉPONSES SPÉCIFIQUES

CHAPITRE 1 : Des procédures dérogatoires

Section 1 : Des pouvoirs d'enquête amplifiés

Section 2 : Une coopération judiciaire optimisée

CHAPITRE 2 : Des incriminations inédites

Section 1 : Le terrorisme «dérivé», des incriminations *sui generis*

Section 2 : Le terrorisme «qualifié», des incriminations innovantes en expansion

2ème PARTIE : LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME, DES RÉPONSES IMPARFAITES

CHAPITRE 1 : La perte qualitative du droit

Section 1 : Une définition incertaine

Section 2 : Des imperfections rédactionnelles

CHAPITRE 2 : La recherche d'un équilibre

Section 1 : L'exposé du problème

Section 2 : Des réponses au problème, le rééquilibrage par le contrôle juridictionnel

Liste des principales abréviations :

- art. : article
- art. cit. : article précédemment cité
- AJ Pénal : Actualité juridique pénale
- *Bull. crim.* : Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
- c/ : contre
- Cass. : Cour de cassation
- C.C. : Conseil constitutionnel
- CE : Conseil d'Etat
- CEDH : Cour européenne des droits de l'homme
- CJUE : Cour de justice de l'Union européenne
- Crim. : Chambre criminelle
- CP : Code pénal
- CPP : Code de procédure pénale
- D. : Recueil Dalloz
- éd. : édition
- MAE : mandat d'arrêt européen
- ONU : Organisation des Nations-Unies
- RDP : Revue Droit pénal
- RSC : Revue de sciences criminelles
- Gaz. Pal. : Gazette du Palais
- *Ibid* : au même endroit que la référence précédente
- JCP G : La Semaine juridique – Edition générale
- JO : Journal officiel
- n° : numéro
- Op.cit. : Ouvrage précédemment cité
- p. : page
- T. : Tome

«La fin justifie les moyens ? Cela est possible. Mais qui justifiera la fin ? À cette question que la pensée historique laisse pendante, la révolte répond : les moyens».

Albert Camus, *«Réponses à d'Astier»*,
Bibliothèque de la Pléiade

INTRODUCTION

«Quelle que soit la cause que l'on défend, elle restera toujours déshonorée par le massacre aveugle d'une foule innocente».

Albert Camus, *Les Justes*, 1949

LE 11 SEPTEMBRE 2001, à 8h46, un Boeing 767 de la compagnie American Airlines heurtait l'une des deux tours jumelles du World Trade Centre, dans le quartier des affaires, à New York. Le «vol 11», qui avait décollé quatre-vingt-dix minutes plus tôt de Boston, à destination de Los Angeles, avec à son bord cinq pirates de l'air dont le chef terroriste Mohammed Atta, s'écrasa en effet entre le 93ème et le 99ème étage de la Tour Nord, faisant immédiatement des centaines de victimes. Il fut suivi à 9h03 par un deuxième avion, le vol 175 d'American Airlines, qui vint heurter la Tour Sud. A 9h59, sous la chaleur de l'incendie provoqué par l'impact des avions, qui transportaient plus de 40 000 litres de kérosène, la Tour Sud s'effondrait. A 10h28, la Tour Nord suivait. Au total, 19 terroristes pour 3407 morts. L'horreur indescriptible, la terreur. Parallèlement, à plusieurs centaines de kilomètres de là, le vol 77 s'écrasait sur l'aile Ouest du Pentagone, quartier général de l'armée américaine, à Washington. Un quatrième avion détourné, le vol 93 de United Airlines, vint s'écraser dans une forêt de Pennsylvanie, les passagers s'étant révoltés contre leurs assaillants afin de dévier l'avion de sa cible, présumément la Maison Blanche, ou le Capitole... ¹

Le 11 septembre 2001, les Etats-Unis d'Amérique, et l'Occident dans son entier, prenaient conscience de la réalité et de la mesure de la menace terroriste, un terrorisme «de masse» à échelle mondiale. Les images de l'attentat le plus «spectaculaire» de l'Histoire font le tour du monde, le groupe Al-Qaïda sort de l'anonymat. Cette catastrophe au retentissement planétaire provoqua un effroi inégalé devant ce que ces actes postulaient de haine aveugle, d'agression massive et indéterminée, de mépris de la vie humaine, d'attaque poussée à son paroxysme des valeurs défendues par les sociétés occidentales, des idéaux démocratiques et de la liberté individuelle.

LA FRANCE n'a elle non plus pas été épargnée par le terrorisme islamiste. Elle eut à y faire face antérieurement aux Etats-Unis, certes dans une moindre mesure. Ces attentats ont pourtant eux aussi profondément marqué les esprits et contribué à façonner un droit pénal adapté à l'ampleur du phénomène criminel. Quand on s'intéresse à la France comme victime d'actes de terrorisme, on songe notamment à la vague d'attentats des années 1985-1987, particulièrement traumatisante pour la population parisienne. La série meurtrière commencée le 23 février 1985 par l'attentat commis

¹ The 9/11 Commission report, final report of the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, official government edition, 2004.

contre un magasin Marks & Spencer à Paris, s'était poursuivie notamment par l'explosion, le 7 décembre, de deux engins aux Galeries Lafayette et au Printemps Haussmann, puis par l'attentat contre la Librairie Gibert-Jeune de Paris le 4 février 1986. Il serait trop long de dresser une liste exhaustive de tous les actes terroristes commis à cette époque. On se contentera de mentionner encore l'explosion d'une bombe, le 15 septembre 1986, dans le service des permis de conduire de la préfecture de police de Paris, et le 17 septembre 1986 devant le magasin Tati de la rue de Rennes, tuant sept personnes et en blessant cinquante-cinq autres. Comme le note le magistrat anti-terroriste Marc Trévidic, dans le livre retraçant sa carrière², ces attentats s'inscrivaient dans une «véritable campagne de terreur», laissant percevoir une logique implacable. Cette «mécanique terroriste» présentait un double aspect : la permanence de la terreur et sa montée en puissance. Ainsi se caractérise le terrorisme, par l'emploi d'une force meurtrière à l'impact psychologique hors norme, distillant la terreur.

Cependant, l'histoire du terrorisme ne commence pas avec le terrorisme islamiste des années quatre-vingt, mais s'exprime à travers une multitude de comportements à travers les âges, sous le prisme de la violence politique. Par l'application de notions ex-post, on fait généralement remonter la naissance du terrorisme à la naissance de la politique, c'est à dire à l'Antiquité, le terrorisme s'exprimant alors par la prise de pouvoir ou la déstabilisation de l'adversaire par la violence. Sont ainsi fréquemment cités parmi les exemples les plus anciens celui des Zélotes, au 1er siècle, ou des Assassins, au Moyen Age³. Mais l'on considère généralement que c'est au XIXème siècle qu'il apparaît dans sa forme moderne. Sa mutation récente a par ailleurs conduit les législateurs internationaux à adapter de leurs droits répressifs respectifs.

§1- Le terrorisme, une menace protéiforme

La notion de «terrorisme» est vague. Non strictement juridique, elle est sujette à caution. Elle recouvre une très grande diversité criminologique d'actes criminels. Au fil des âges, le terrorisme a revêtu de multiples visages : ciblé il est devenu indéterminé, strictement politique il est devenu anarchiste, nationaliste puis religieux.

Parmi les actes considérés comme terroristes, la tradition la plus ancienne semble être celle du tyrannicide (meurtre d'un tyran commis par une personne privée). Le tyrannicide était considéré, à Athènes ou à Rome, non comme un crime mais comme un acte légitime, Démosthène en faisant même le modèle parfait du dévouement démocratique. Aristote y voyait quant à lui une simple loi de la nature et Saint Thomas d'Acquin, dans la *Somme théologique*, un acte bien vu de Dieu s'il libère un peuple opprimé. Ainsi, à Athènes, Hippias et Hipparque, qui tentèrent de mettre fin à la

² M. Trévidic, *Au coeur de l'anti terrorisme*, JC Lattès, 2011

³ A. Blin, «*Définitions, questions et réponses sur les formes de terrorisme*», dans le dossier «*Terrorisme : histoire, formes et médiatisation*», Doss. Déc. 2004 de la *Revue Questions internationales* n°8, en libre consultation sur le site internet de l'Association Thucydide.

tyrannie des Pisistratides, furent acclamés par la cité et furent érigés en modèles de dévouement civique⁴.

C'est en 1798 que le terme «terrorisme» apparaît pour la première fois officiellement, dans le supplément du dictionnaire de l'Académie française⁵. Il désigne alors un mode de gouvernement basé sur l'emploi systématique de mesures d'exception et de la violence (notamment de l'assassinat d'opposants politiques) pour impressionner la population et créer un climat d'insécurité favorable à la politique gouvernementale⁶. Le terme de «terrorisme» serait donc issu de la notion de «terreur», renvoyant à la période révolutionnaire du même nom, instaurée par les Jacobins en 1793. Dès la chute de Robespierre, lui et ses partisans ont en effet été définis comme étant des «terroristes»⁷. Les dictionnaires du XIX^{ème} siècle parlent alors de terreur pour désigner une pratique de l'Etat révolutionnaire (et l'on a pu parler de «terreur blanche» à propos de certains épisodes contre-révolutionnaires). On s'est ensuite servi de ce terme pour désigner le stalinisme, et la pratique des régimes totalitaires de tous bords. Mais à cette époque commence déjà à s'opérer une disjonction entre les termes de «terreur» et de «terrorisme». Pour Henry Laurens, la définition minimale du terrorisme, que l'on distingue de la terreur étatique, « *est celle d'une violence d'origine politique exercée contre un Etat et/ou une société de la part d'un acteur que l'on peut considérer comme non-étatique, même s'il peut disposer, par ailleurs, d'un soutien étatique externe au pays considéré. On y ajoute la plupart du temps, l'idée d'intimidation pour arriver à un but politique* ».

Il est souvent fait référence à la tentative d'attentat contre Napoléon Bonaparte, perpétrée par des royalistes chouans en 1800, comme étant le premier acte de terrorisme moderne ; un attentat fondateur qui «marque nettement le passage entre le tyrannicide classique et le terrorisme moderne»⁸. Manquant sa cible principale, l'attentat à l'explosif (explosifs montés sur une charrette, ce qui en fait le premier exemple de voiture piégée) fit 22 morts et une centaine de blessés. Le terrorisme, dans sa forme moderne, a donc essentiellement visé au XIX^{ème} siècle des cibles uniques, des personnalités politiques. En témoignent les tentatives d'attentats perpétrées contre Louis-Philippe (quatre tentatives) ou contre Napoléon III. Néanmoins, à chaque fois, de nombreuses victimes «collatérales» furent à déplorer. A partir des années 1870, le terrorisme prend le visage des mouvements anarchistes européens et des révolutionnaires russes⁹. Avec les anarchistes toutefois, le terrorisme change de nature, considéré moins «noble» dans son esprit il ne se contente plus seulement de viser des personnalités politiques mais s'attaque également aux symboles de groupes sociaux et vise des lieux publics. La fin du XIX^{ème} est marquée par des assassinats

⁴ H. Laurens, «*Le terrorisme comme personnage historique*», dans *Terrorismes, Histoire et droit*, de H. Laurens et M. Delmas-Marty, CNRS éd. Paris 2010, p.10

⁵ Revue Questions Internationales, dossier «Terrorismes» de juillet-août 2003

⁶ G. Rabinovitch, «*Terrorisme et résistance : refuser la confusion*», lors du colloque du MPCT «*Terrorisme et Résistance, la leçon d'Albert Camus*», 23/10/2013, disponible sur le site du MPCT

⁷ H. Laurens, op. cit. *ibid*

⁸ *Le terrorisme*, J-F. Gayraud et D. Sénat, PUF, 2006

⁹ H. Laurens, op. cit., p. 12 et s.

«terroristes» de personnalités politiques centrales (le terme entre dans le langage courant à cette époque) comme l'assassinat du Tsar Alexandre II par des anarchistes en 1881 ou encore, en France, l'assassinat du président de la république Sadi Carnot le 24 juin 1894, par des anarchistes au rang desquels figurent le tristement célèbre Ravachol (le président Paul Doumer sera à son tour assassiné en mai 1932, par un jeune immigré anarchiste russe). En 1891-1892, paraît d'ailleurs la première étude criminologique consacrée à la question. Le positiviste Cesare Lombroso publie en effet *Le crime politique et les révolutions par rapport au droit, à l'anthropologie criminelle et à la science du gouvernement*. Illustre également l'attentat qui provoqua la mort de l'archiduc François-Ferdinand d'Autriche, à l'origine de la première guerre mondiale. Mais, en ce début de XXème siècle, le régicide ne se justifie plus. Il est un crime fermement sanctionné par le droit.

Au début du XXème siècle, le terrorisme se développe considérablement : de la Chine aux pays du pourtour méditerranéen se développe toute une série de mouvements révolutionnaires, opposés notamment à la «domination occidentale». C'est la naissance d'un terrorisme international, dans sa forme la plus ancienne et primitive.

En 1937 la Société Des Nations est amenée à s'intéresser aux actes de terrorisme, à travers la situation des *comitadjliiks* macédoniens de l'Organisation Révolutionnaire Macédonienne (ORIM), considéré comme le deuxième groupe terroriste non européen de l'Histoire contemporaine (après les *fedayins* arméniens) qui, les premiers, utilisèrent la prise d'otages d'européens pour financer leurs activités, puis pour attirer l'attention de la communauté internationale («terrorisme publicitaire»), et dont l'activité s'était considérablement développée dans les Balkans, au prix de coalitions entre associations terroristes et d'assassinats triviaux entre factions rivales¹⁰. Après l'assassinat du roi Alexandre de Yougoslavie et du ministre français des affaires étrangères en 1934, la SDN décide d'élaborer une convention : la Convention du 16 novembre 1937 pour la prévention et la répression du terrorisme, dans laquelle elle définit les actes terroristes comme des «faits criminels dirigés contre un Etat et dont les fins ou la nature consistent à provoquer la terreur à l'encontre de personnes déterminées, de groupes de personnes ou du public». Dans cette convention, les parties contractantes se seraient engagées notamment à prévenir sur leur territoire la préparation d'actes de terrorisme ainsi qu'à réprimer dans leur droit interne de tels actes. Elles auraient également proclamé la compétence universelle s'agissant de la répression du terrorisme international tout en déniaient à de tels actes leur caractère politique, et auraient procédé à un renforcement de la coopération interétatique en la matière. Toutefois, cette première tentative de lutte conjointe contre le terrorisme se solda par un échec : faute d'obtenir les ratifications nécessaires elle n'entra jamais en vigueur et sombra dans l'oubli, à l'instar de la SDN elle-même.

Ce contexte international de luttes de domination se poursuivra au cours du XXème siècle et la France connaîtra malheureusement le terrorisme «révolutionnaire» et de lutte de libération nationale, qui cherchera à infliger à la puissance coloniale un coût militaire, économique, social et moral tel que son maintien sur place deviendra un fardeau qu'il apparaîtra préférable d'abandonner.

¹⁰ H. Laurens, *op. cit.*, *ibid*

Avec l'Algérie française, le gouvernement de la métropole subira les assauts de cette technique de lutte, qui se relèvera d'une très grande violence, et à laquelle Albert Camus affirmera toute sa vie et avec force son opposition. Cette période fut particulièrement meurtrière : jusqu'au 19 mars 1962, le terrorisme du FNL causa officiellement 19 166 morts. Les enlèvements d'«européens» touchèrent 3019 personnes dont 1253 sont toujours portées disparues...¹¹ A cette occasion a pu se poser théoriquement la question de l'assimilation du terroriste et du résistant, qui aurait pu soulever un problème d'ordre moral au regard de la résistance française durant les deux guerres mondiales. Mais, comme le souligne Jean Monneret, s'appuyant sur les écrits d'Albert Camus, les deux mouvements ne sont absolument pas assimilables car, là où la résistance française a choisi pour cible des «occupants» allemands et des collaborateurs, se refusant à tuer volontairement des civils allemands innocents, le FLN au contraire utilisa tous les moyens possibles d'action et n'hésita pas à tuer des civils innocents, femmes, vieillards, enfants...¹² Le terrorisme révèle alors son plus terrible visage, l'idéologie justificative du massacre d'innocents¹³. Ces événements ont finalement démontré l'incapacité de la France de l'époque à répondre à de telles atrocités, lesquelles, des années plus tard, continuent de partager l'opinion. Jacques Vergès, jusqu'à sa mort récente, continuait ainsi de défendre avec ferveur les terroristes algériens, par des arguments à l'origine de sa «défense de rupture»¹⁴.

§2 - Le terrorisme, une menace mouvante

Le terrorisme est mouvant, évolutif, et revêt des visages différents selon les époques et les contextes dans lesquels il s'inscrit. Puisqu'il s'adosse à une cause, à une idéologie, il est sensible aux évolutions sociales et géopolitiques du monde contemporain. C'est ainsi que, durant la seconde moitié du XXème siècle, la menace terroriste a muté.

Si des mouvements terroristes anarchistes et anti-impérialistes sont alors toujours présents sur la scène criminelle européenne, comme le groupe Action Directe en France, la Fraction Armée rouge en Allemagne ou les Brigades Rouges en Italie, groupes d'inspiration tiers-mondistes et marxistes, le terrorisme comporte essentiellement deux facettes visibles : celle du développement des terrorismes régionaux, et celle de la naissance du terrorisme islamiste.

La première, marquée par les actions terroristes du FLNC en Corse et de l'ETA au Pays Basque (en Irlande, c'est l'IRA qui incarnera ce type particulier de terrorisme), était particulièrement vivace pendant les années soixante-dix et quatre-vingt, mais s'est progressivement atténuée, jusqu'à

¹¹ J. Monneret, *Camus et le terrorisme*, Michalon éditeur, 2013, p. 75

¹² J. Monneret, op cit. p. 79

¹³ A. Camus, *L'homme révolté*, Paris, Folio Galimard, 1985, p.217 : Camus condamnait cela en ces termes : «*Des coeurs médiocres, confrontés avec ce terrible problème (...) au nom de principes formels (...) permettront alors cette violence diffuse qui est à l'échelle du monde et de l'histoire. Ou ils se consoleront, au nom de l'histoire, de ce que la violence soit nécessaire et ajouteront le meurtre, jusqu'à ne faire de l'histoire qu'une seule et longue violation de tout ce qui proteste contre l'injustice*».

¹⁴ J. Vergès, *De la stratégie judiciaire*, éd. de minuit, 1968

disparaître presque complètement (l'ETA ayant en effet annoncé la fin de la lutte armée¹⁵). On soulignera tout de même que l'ETA fut estimée responsable, pour la seule année 1980, de cent-dix-huit assassinats¹⁶. Quant à la criminalité Corse, il est aujourd'hui moins question de terrorisme que de criminalité organisée à tendance mafieuse.

Le Moyen-Orient a également été la scène d'agissements terroristes, essentiellement en relation avec des luttes régionales, dès les années cinquante. On peut prendre l'exemple tant des autonomistes Kurdes que de la «résistance palestinienne». La situation instable de cette zone géographique a constitué un terreau favorable au perfectionnement des techniques terroristes. Les premiers détournements d'avions sont ainsi perpétrés par le Front Populaire de Libération de la Palestine (FPLP), créée en 1967 et soutenu par la Syrie et la Libye¹⁷. La prise d'otage constitue également un moyen fréquemment utilisé par les terroristes : en décembre 1975 le terroriste «Carlos» prend en otage onze ministres de l'OPEP, tandis qu'en 1979, cinquante-deux diplomates américains sont séquestrés à l'ambassade des Etats-Unis à Téhéran, pendant plus d'un an. Le phénomène concerne donc tous les pays et sert toutes les causes (un attentat en août 1980 en gare de Bologne sera même attribué à un mouvement néo-fasciste, une explosion d'un avion en plein vol, en 1985, à des extrémistes sikhs). Les modes de commissions sont également très variés (et d'autant plus inquiétants) : en 1995, la secte Aum fit 10 morts et plus de 5 000 blessés dans un attentat au gaz sarin dans le métro de Tokyo. Les actes terroristes paraissent ainsi échapper à toute logique. Mais les terroristes s'inscrivent pourtant dans un projet implacable, souvent pensé sur le long - voire le très long - terme, que Serge Sur décrit comme une «stratégie de combat absolu», une stratégie de «violent contre le paisible»¹⁸.

Mais c'est le développement du terrorisme islamiste international, du «*jihad* international», qui a été, et est toujours, la plus grande source d'inquiétude. Ce *jihad* international, historiquement, constitue une double réponse à la révolution islamique iranienne de 1979, d'une part, et à l'invasion soviétique en Afghanistan la même année, d'autre part. Les dix ans de guerre en Afghanistan puis la présence de troupes américaines à La Mecque suite à l'invasion du Koweït par l'Irak en 1990, attisent la haine anti-occidentale de mouvements terroristes, et notamment du plus dangereusement célèbre, Al-Qaïda, et de son leader, Oussama Ben Laden. L'aveuglement des gouvernements occidentaux et le manque d'action préventive, d'action «pro-active», conduira à la prévisible catastrophe du 11 septembre 2001. Le terrorisme atteint son paroxysme en terme de violence sanglante et indiscriminée. La technique du «terrorisme-publicité» atteint une forme extrême¹⁹. Le but proclamé est l'éradication de l'influence occidentale sur le monde arabo-musulman et de ses collaborateurs.

¹⁵ «ETA : fin de la lutte armée, non pas politique», Le monde du 21/10/2011

¹⁶ A. Blin, article cit.

¹⁷ A. Blin, ibid

¹⁸ Serge Sur, «Un mal qui répand la terreur», dans le dossier «Les terrorismes» de la revue Questions Internationales n°8 de juillet-août 2004

¹⁹ H. Laurens, op. cit. p. 58

Depuis 2001, de nombreux attentats ou prises d'otages ont pu concerner la France, visant des victimes françaises à défaut d'être commis sur le territoire national. L'enlèvement régulier de journalistes français ou d'acteurs d'associations humanitaires constitue, si besoin est, une preuve supplémentaire du caractère constant du danger²⁰. Bernard Squarcini, ancien directeur de la Direction Centrale du Renseignement Intérieur (DCRI), affirmait à cet égard que la France figurait parmi les pays européens les plus concernés par la menace terroriste. Selon lui, le débat sur l'identité nationale, sur le port du voile et plus encore la participation de la France à des opérations militaires en pays musulmans (Mali, Centrafrique) ou ses prises de positions sur des sujets politiques sensibles relatifs à de tels pays (Syrie, Libye, Egypte) haussent le niveau de la menace et contribuent à nous désigner comme cibles privilégiées du terrorisme²¹.

Plus récemment, en ce début d'année 2014, c'est le phénomène du «*ji*had en Syrie» qui inquiète et mobilise les acteurs de la scène juridique et judiciaire française. Nos juridictions et nos services de renseignement sont en effet confrontés depuis peu aux départs de ces jeunes, pour certains mineurs, de nationalité française et résidant en France pour la Syrie afin d'aider à la lutte armée contre le régime de Bachar Al-Assad. Le phénomène prend de l'ampleur et de la visibilité sur la scène médiatique. François Hollande a récemment estimé à 700 le nombre de «djidhadistes» français en Syrie²², tandis que nos services de renseignement font état avec certitude de 250 français combattants²³, et que l'on chiffre d'ores et déjà à 21 ces français morts en Syrie²⁴. L'effet d'entraînement est très net, les déclarations de disparition se multiplient, particulièrement dans les citées sensibles. «Aujourd'hui c'est la seconde vague», souligne Marc Trévidic, «les premiers, partis dès l'été 2012, font venir leurs copains dans leur 'katiba', avec l'accord de l'émir»²⁵. Une trentaine de dossiers sont actuellement instruits au pôle anti-terroriste du TGI de Paris²⁶ et une autre trentaine d'enquêtes préliminaires sont en cours. Au total, indique François Falletti, procureur général près la cour d'appel de Paris²⁷, plus de 90 personnes ont été identifiées (certaines mises en examen, d'autres placées en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire), dont certaines «n'en sont qu'au stade d'une implication sujette à vérification». La France n'est bien sûr pas la seule concernée, la problématique s'inscrit dans un cadre européen et intéresse également la Belgique ou

²⁰ Le novembre 2013 à Kidal, au Mali, étaient tués les journalistes français G. Dupont et C. Verlon, après avoir été enlevés le jour même par le MNLA : «*Journalistes tués au Mali : une information judiciaire ouverte*», Le monde du 11/04/2014

²¹ «*DCRI - un FBI à la française*», Entretien avec Bernard Squarcini, par Isabelle Lasserre, Politique internationale n°127, 21/01/2011

²² Conférence de presse de François Hollande du 14 janvier 2014, résumée dans un article du Monde «Ce qu'il faut retenir de la conférence de presse de François Hollande» du 14 janvier 2014

²³ «Valls : 250 français dont 6 mineurs combattent en Syrie», article mis en ligne sur le site de BFMTV le 19 janvier 2014

²⁴ D'après Manuel Valls, dont les propos ont été rapportés sur le site de la chaîne LCI dans un article «250 français dont une douzaine de mineurs partis faire le jihad en Syrie, 21 français y sont morts», du 19 janvier 2014.

²⁵ Propos de M. Trévidic recueillis par S. Des Déserts (journaliste) pour son article «*Les nouveaux fous d'Allah. Français et djihadistes*» pour une enquête du Nouvel Observateur du 20 février 2014, n°2572

²⁶ D'après l'article de S. Des Déserts cit.

²⁷ Propos de F. Falletti recueillis par Denis Demonpion (journaliste) pour son article «*Trois questions à F. Falletti. Contrôler la menace*» pour une enquête du Nouvel Observateur du 20 février 2014, n°2572

encore les Pays-Bas.²⁸ Pour Marc Trévidic, «le mouvement actuel, massif, est le symptôme d'une radicalisation plus vaste, facilitée par internet». Une fois arrivés sur place, beaucoup de ces jeunes tombent dans le giron de l'organisation Jabhat al-Nosra, la branche locale d'Al-Qaïda, ou dans ceux de l'EIIL (l'Etat Islamique en Irak et au Levant), où ils sont très encadrés, formés (notamment dans des écoles coraniques) et entraînés au maniement de diverses armes. Face à l'accroissement de la menace terroriste, le droit pénal a donc été contraint de s'adapter afin de mettre en oeuvre des mécanismes de prévention et de répression suffisamment efficaces.

§3 - Le constat de la nécessaire adaptation du droit

Les réponses juridiques aux attentats du 11 septembre à l'international ont été immédiates et plutôt drastiques. Suite à la résolution du congrès américain de septembre 2001²⁹, mise en oeuvre par le *Patriot Act*³⁰, autorisant le Président des Etats-Unis à utiliser «toute force nécessaire» contre les terroristes du 11 septembre, est adopté un décret³¹ instaurant une distinction entre la législation applicable aux nationaux et aux non-nationaux, base de ce que l'on a appelé la «doctrine de l'ennemi combattant illégal». ³² En Europe, la Grande-Bretagne qui, contrairement à la France, n'avait jamais développé de véritable système judiciaire préventif et avait souhaité adopter une position neutre en matière de terrorisme antérieurement au 11 septembre (politique du «wait and see», qui a fait du «Londonistan» la «plaque tournante du terrorisme» islamiste, critiquée par Marc Trévidic³³), adoptait à la va-vite une réglementation, que l'on pourrait qualifier de «justice d'exception». La loi «Anti-terrorism, Crime and Security Act» adoptée le 14 décembre 2001 permettait en effet au pouvoir exécutif de détenir, pour une durée illimitée et sans poursuite judiciaire, tout «étranger» suspecté de se livrer à des activités terroristes. La France, qui avait déjà fait évoluer sa législation anti-terroriste suite à la vague d'attentats des années 80, législation anti terroriste alors parmi les plus solidement bâties d'Europe, fut moins touchée par cette effervescence législative.

Toutefois, comme le souligne Xavier Raufer, prévenir efficacement le terrorisme exige de « penser et agir à partir du futur, de l'inhabituel, en renonçant aux béquilles et aux expédients de l'habituel et du coutumier»³⁴. Le législateur français avait abouti au même constat, dès 1986, quand, suite à la vague des attentats des années 85-86, il a mis en place la première législation française anti-terroriste. Faisant sortir les actes de terrorisme du cadre du droit commun, il les a soumis, afin de favoriser l'efficacité des enquêtes policières et judiciaires, à de nombreuses dispositions

²⁸ M. Ali Adraoui, *Du Golfe aux banlieues. Le salafisme mondialisé*, PUF

²⁹ Résolution «Authorization of use of military force against terrorist» du 18 septembre 2001

³⁰ USA Patriot Act du 26 octobre 2001

³¹ Executive order du 13 novembre 2001

³² J. Cantegreil, «*La doctrine américaine de l'ennemi combattant illégal*», Conférence du Collège de France du 8 juin 2009

³³ M. Trévidic, *Au coeur de l'anti terrorisme*, op. cit.

³⁴ X. Raufer, «*Menaces : qui ? Où ? Pourquoi ? Comment ?*» janvier 2008, *drmcc*

procédurales dérogatoires (écoutes téléphoniques, infiltrations, perquisitions nocturnes, ou encore gardes à vue prolongées ont ainsi été autorisées sur le fondement de ce régime spécifique). En 1992, lors de la réforme du Code pénal, il singularise encore davantage la criminalité terroriste en se décidant à créer, au sein du Code pénal, un titre lui étant consacré (titre deuxième du livre IV), dans lequel il instaure une catégorie d'incriminations terroristes autonomes, dérogatoires de droit commun à plusieurs égards (quant à leur répression mais également quant à leur incrimination même). Il enrichira cette catégorie régulièrement, au fil des «faits divers terroristes» ayant touché la France et ayant permis de révéler des failles potentielles ou avérées de la législation française. En 1996, suite aux attentats de Saint-Michel et de Port-Royal, est ainsi créée l'incrimination d'association de malfaiteurs «en relation avec une entreprise ayant pour but de troubler l'ordre public par l'intimidation ou la terreur». L'incrimination est une disposition phare du dispositif anti-terroriste français et sera fréquemment utilisée par les juridictions. Infraction-obstacle, elle permet, de manière originale en droit français, une véritable prévention des actes de terrorisme. Ce seront ensuite, au cours des années 2000, tous les actes de soutien potentiels aux activités terroristes qui seront progressivement incriminés dans le code pénal (terrorisme par financement, apologie du terrorisme...). Très récemment encore, le législateur est intervenu à nouveau, par la loi du 21 décembre 2012 relative à la sécurité intérieure et à la lutte contre le terrorisme³⁵, étendant la compétence des juridictions françaises aux actes commis par les ressortissants ou résidents français à l'étranger pour tout crime ou délit qualifié d'acte de terrorisme. Le but était de pouvoir poursuivre et condamner les jeunes français partis «faire le *ihad*» en Syrie.

La bataille contre le terrorisme s'est aussi jouée sur le plan international (dans le cadre de l'ONU et des résolutions du Conseil de sécurité), dans le cadre du Conseil de l'Europe, mais aussi et surtout dans le cadre de l'Union Européenne. Mise en place de normes communes quant à l'incrimination et la répression d'infractions terroristes, renforcement de la coopération judiciaire mais aussi policière ont été au programme de la lutte anti-terroriste à l'échelle européenne. Le terrorisme a donc été facteur d'accélération de l'intégration européenne, en témoigne l'adoption précipitée de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen suite aux attentats du 11 septembre 2001.

Cependant, toutes ces mesures, si elles témoignent de la capacité d'adaptation des organes internationaux et du législateur français aux nouvelles criminalités, viennent nécessairement poser, par leur caractère très dérogatoire, la question de l'équilibre entre sûreté et libertés. En effet, certaines restrictions considérables apportées par les législations des Etats européens à des droits et libertés fondamentaux ont rendu essentiel le contrôle juridictionnel des juges internationaux. S'agissant de la législation française, le justiciable peut également compter sur le rééquilibrage de la réponse répressive assuré par le Conseil Constitutionnel. Certaines imperfections restent toutefois à déplorer, qu'il s'agisse d'imperfections rédactionnelles altérant la cohérence du dispositif anti-terroriste, et par ailleurs peu respectueuses du principe de légalité, ou de l'adoption d'une définition uniformément acceptée du terrorisme qui à l'heure actuelle fait toujours défaut.

³⁵ Loi n°2012-1432 du 21 décembre 2012

La grande problématique soulevée par la lutte contre cette criminalité particulière a été très bien posée par Gilles de Kerchove dans les termes suivants : «une démocratie a-t-elle les moyens, sans se renier elle-même, de lutter avec efficacité contre le terrorisme» ? ³⁶ Nous nous interrogerons en effet sur l'aptitude du législateur français à répondre efficacement aux défis nouveaux posés par le terrorisme, tant en respectant les principes d'un Etat de droit et la protection des libertés.

L'étude du dispositif anti-terroriste français nous enseigne à ce titre que les réponses législatives apportées au terrorisme sont, à de multiples égards, des réponses spécifiques (1ère partie), mais qu'elles demeurent encore toutefois des réponses imparfaites (2ème partie).

³⁶ G. de Kerchove dans la Préface de l'ouvrage «*Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*» d'E. Bribosia et A. Weyembergh, Nemesis, 2002

1ère PARTIE : LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME, DES RÉPONSES SPÉCIFIQUES

«J'ai décidé de refuser tout ce qui, de près ou de loin, pour de bonnes ou de mauvaises raisons, fait mourir ou justifie qu'on fasse mourir».

Albert Camus, *La Peste*, 1947.

Après la catastrophe du 11 septembre, de nombreuses voix se sont élevées, aux Etats-Unis bien sûr, mais également au sein de l'Union Européenne, pour demander un renforcement de la législation anti-terroriste, ainsi que des procédures et des moyens d'enquête adaptés à ce phénomène criminel d'ampleur.

Le terrorisme incarne en effet une criminalité des plus dangereuses pour la société dans son entier et effrayantes pour la population qu'elle vise à déstabiliser, une criminalité furtive par nature et prête à tout pour parvenir à son objectif ultime, au prix d'attaques imprévisibles, irrationnelles et particulièrement meurtrières, au prix de la vie de la population civile. Mais c'est plus encore l'organisation impressionnante des groupements terroristes majeurs, extrêmement bien structurés et bénéficiant d'importantes ramifications, de nombreux soutiens et de complaisances, qui complique le plus la tâche des autorités d'enquête, lesquelles se plaignaient de ne pouvoir lutter «à armes égales»³⁷.

S'agissant d'Al-Qaida, par exemple, on a pu se rendre compte du degré élevé de perfectionnement de son organisation puisque l'on estime³⁸ qu'elle était dotée, dès 1999, d'un comité exécutif, d'un conseil religieux, d'un comité des affaires financières, d'un comité des affaires militaires, d'un comité politique à vocation opérationnelle (divisé en zones géographiques), d'une section chargée des relations avec les talibans, et d'une section d'accueil des moudjahidin, sachant que des comités de moindre importance sous-tendent l'action des premiers (comités des communications, des relations avec les médias, comité chargé de la fourniture de faux documents administratifs, comité des familles ayant vocation à prendre en charge les familles des moudjahidin les ayant accompagné en Afghanistan). Au sommet de la pyramide se situe le conseil de la Shourah (organe consultatif destiné à éclairer l'«Emir», Oussama Ben Laden, aujourd'hui décédé).

On constate sans mal qu'une telle organisation, qui relève davantage d'une criminalité très organisée que de la criminalité classique, appelle des réponses spécifiques pour pouvoir prétendre

³⁷ Expression que l'on retrouve notamment dans la bouche du magistrat Jean-Louis Bruguière «la justice va pouvoir lutter à armes égales contre l'endoctrinement» après les mesures anti-terroristes annoncées par l'ancien président Nicolas Sarkozy, rapportée dans un article de l'Atlantico le 23 mars 2012

³⁸ M. Trévidic, *Au coeur de l'anti terrorisme*, op. cit.

lutter efficacement contre cette «plaie» du XXIème siècle³⁹, des réponses adaptées tant à ce qu'elle représente de menaces pour les individus et la démocratie, qu'à son aptitude à échapper au droit.

La France, on l'a mentionné, a juridiquement mieux appréhendé le choc du 11 septembre que ses voisins Européens et outre-atlantique. Néanmoins, sa législation anti terroriste, dont la construction a débuté avec la loi du 9 septembre 1986⁴⁰, a continué d'évoluer par la suite dans deux directions ayant pour vecteur commun la singularisation de la matière : la création de procédures dérogatoires et l'introduction d'incriminations spécifiques et inédites.

CHAPITRE 1 : DES PROCÉDURES DÉROGATOIRES

«Le 11 septembre a révélé une face encore plus sombre de la mondialisation. Le terrorisme franchit lui aussi aisément les frontières».

Joseph E. Stiglitz, *Quand le capitalisme perd la tête*, Fayard, 2003

Ce sont les règles spéciales de compétence des juridictions pénales en matière de terrorisme, issues de la loi du 9 septembre 1986, qui ont rendu immédiatement perceptible, même aux yeux du public «profane», la dimension spécifique du traitement judiciaire du terrorisme. Cette particularité de la matière est en effet d'ores et déjà palpable par tout un chacun à travers la création d'un pôle d'instruction spécialisé bien connu, le célèbre pôle anti-terroriste, ou «Galerie Saint-Éloi», auquel les médias font fréquemment référence.

La prise de conscience de la nécessité de créer de procédures spécifiques adaptées aux particularités de la criminalité terroriste - prise de conscience faisant directement suite à la vague d'attentats des années 85-86 - s'est en effet traduite en premier lieu par l'instauration de règles de compétence échappant au droit commun, pour des raisons d'efficacité procédurale.

Le 9 septembre 1986⁴¹ était donc adoptée, dans une logique de concentration des moyens, une loi centralisant auprès de magistrats parisiens spécialisés, les dossiers relatifs à des procédures enclenchées pour des faits de terrorisme. Ses dispositions, codifiées aux articles 706-16 et suivants du code de procédure pénale, ont déployé leurs effets à travers l'organisation des trois principaux stades de la procédure pénale : les poursuites, l'instruction et le jugement.

³⁹ Expression de J-P. Marguénaud, «*La qualification pénale des actes de terrorisme*», RSC 1990, p.1

⁴⁰ Loi 86-1020 du 9 septembre 1986

⁴¹ Loi 86-1020 du 9 septembre 1986

Ainsi, le procureur de la république, le juge d'instruction et les juridictions de jugement de Paris disposent en la matière d'une compétence concurrente de celle qui résulte des règles de droit commun (lieu de commission de l'infraction, résidence de l'une des personnes renvoyées ou accusées, ou lieu d'arrestation), offrant ainsi une compétence supplémentaire spécialisée. Toutefois, les juridictions parisiennes ne disposent, en théorie, d'aucune prééminence. Elles traitent en général des affaires mettant en cause des organisations étrangères ou des groupes susceptibles d'agir sur tout le territoire national (depuis 1986 les fluctuations de politique pénale ont influé sur la saisine plus ou moins systématique des juridictions parisiennes).

Outre la Galerie Saint-Éloi qui peut, dans le cadre d'une instruction ouverte pour des faits de terrorisme, être saisie par le parquet concurrentement au dessaisissement du juge d'instruction initialement saisi du dossier⁴² (il existe une possibilité, fréquemment retenue, de «pool de juges», c'est à dire de co-saisine sur un même dossier), concernant le parquet, est créée une «quatorzième section» spécialisée, rebaptisée «section A6», puis «section C1». Elle est directement informée des faits terroristes commis sur le territoire français par le parquet local, l'attribution de l'affaire à l'un ou l'autre des parquets faisant ensuite l'objet d'une concertation⁴³. En cas de conflits, l'arbitrage est assuré par la Chambre criminelle de la Cour de Cassation⁴⁴. Il est intéressant de souligner qu'en raison de l'allongement des délais de prescription de l'action publique opéré par une loi du 8 février 1995⁴⁵ qui porte cette durée à trente ans pour les crimes terroristes (au lieu de dix pour les crimes de droit commun) et à vingt ans pour les délits (au lieu de trois en droit commun), le parquet peut poursuivre plus longtemps en la matière⁴⁶, ce qui dénote le traitement particulier réservé au terrorisme.

Cette centralisation des procédures s'est avérée particulièrement nécessaire et utile, tout d'abord en ce qu'elle permet la concentration et la préservation des informations ainsi qu'une meilleure collaboration des services (collaboration entre juges d'instructions locaux et parisiens, entre instruction et parquet...). Ensuite, dans le cadre du terrorisme corse, très présent sur la scène judiciaire de l'époque, il avait également été avancé que la centralisation permettait parfois d'éviter que des pressions ne soient exercées sur les juges locaux.

Les juridictions de jugement sont elles aussi concernées par ce mouvement de spécialisation et connaissent la même compétence concurrente que celle reconnue aux juridictions parisiennes.⁴⁷

Par ailleurs, la loi de 1986 a instauré une Cour d'Assises spécialement constituée, qui contribue à nous éloigner toujours plus du droit commun. Alors que les crimes de droit commun sont jugés, en principe, par une Cour d'Assises composée de trois magistrats professionnels et d'un jury

⁴² Art 706-18 CPP

⁴³ Art 706-17 CPP

⁴⁴ Art 706-22 CPP

⁴⁵ Loi n°95-125 du 8 février 1995

⁴⁶ Article 706-25-1 du CPP.

⁴⁷ Art. 706-16 à 706-22 CPP

populaire⁴⁸, les crimes commis en matière terroriste et les infractions connexes sont renvoyés, quelque soit l'âge des mis en cause, devant une Cour d'Assises spéciale constituée uniquement de magistrats professionnels⁴⁹, selon une composition voisine de celle instituée pour le jugement des crimes en matière militaire en cas de divulgation du secret défense⁵⁰. Le jury populaire est donc écarté en la matière, ce qui témoigne de la technicité et des enjeux de celle-ci.

On retrouve les mêmes enjeux d'efficacité et de connaissance technique dans de plus en plus de domaines du droit pénal, notamment en matière économique et financière ou encore le domaine des crimes contre l'humanité et crimes et délits de guerre⁵¹, la tendance étant aujourd'hui au regroupement matériel de certaines infractions⁵², en raison de leur nature, afin de les soumettre à des règles particulières afin de mieux répondre à leur complexité.

Ces procédures dérogatoires témoignent de manière évidente de la nécessité, pour le droit et la procédure pénale, de faire un effort particulier d'adaptation, dans un objectif d'efficacité de la répression et de la prévention, à certains types de criminalité complexes menaçant particulièrement la paix publique, l'autorité de la nation et l'intégrité physique de leurs victimes potentielles. Pour la doctrine, elles se justifient doublement : par la nécessité de disposer de moyens adaptés et donc de méthodes plus contraignantes dans une optique d'efficacité renforcée, et par la dimension internationale du terrorisme qui induit la nécessité d'une réaction concertée des Etats européens par l'instauration de procédures de coopération internationales optimisées⁵³.

Cet effort d'adaptation de la procédure pénale au terrorisme s'observe également à travers la plus grande latitude accordée aux acteurs de l'anti terrorisme dans la direction de leurs investigations ainsi qu'en matière de coopération internationale, sans laquelle la lutte contre le terrorisme serait illusoire.

Les différents acteurs de la poursuite et de l'instruction bénéficient donc, dans le cadre de leurs enquêtes, d'une pléthore de pouvoirs dérogatoires, amplifiés par rapports à ceux qui sont les leurs dans le cadre d'une enquête relative à une infraction classique.

SECTION 1 : DES POUVOIRS D'ENQUÊTE AMPLIFIÉS

Depuis une vingtaine d'années, les procédures pénales dérogatoires au droit commun se sont développées et étendues. Jusqu'en 2004, elles procédaient de dispositions morcelées et étaient

⁴⁸ Art. 243 du CPP

⁴⁹ Art. 706-25 CPP

⁵⁰ Loi n°82-621 du 21 juillet 1982

⁵¹ Art. 628 à 628-10, réd. L. n°2011-1862 du 13 décembre 2011 pour les crimes contre l'humanité et crimes et délits de guerre et arts 704 et s. cpp pour les infractions en matière économique et financière

⁵² Y. Mayaud, *Droit pénal général*, p.347, 4ème édition, PUF

⁵³ Y. Mayaud, *Terrorisme, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, mise à jour mars 2013

concentrées autour du trafic de stupéfiants, du proxénétisme et du terrorisme. Les techniques législatives étaient toujours similaires. En 2004, le législateur a fait le choix de la construction d'une procédure dérogatoire unique pour la criminalité organisée, qui conduit à l'extension de nombreuses règles dérogatoires ainsi qu'à l'extension de la gamme des investigations. Ce mouvement de renforcement des pouvoirs d'enquête semble correspondre à une «montée en puissance» de l'enquête⁵⁴, cette phase antérieure au jugement tendant à prendre une place de plus en plus importante. Le législateur a, à ce titre, montré sa volonté d'en accroître l'efficacité et la rapidité en augmentant les pouvoirs et les moyens de la police et du parquet.

La spécificité des pouvoirs d'enquête en la matière est destinée à répondre aux difficultés d'investigation soulevées par la particularité du terrorisme, afin que la répression ne vienne pas se heurter à l'obstacle de la complexité. Cette amplification des pouvoirs d'enquête est également destinée à mieux prévenir la réalisation des actes de terrorisme, qui comptent parmi les infractions les plus attentatoires à la vie et à l'intégrité physique des citoyens et à l'autorité de l'Etat. Ainsi, ce régime dérogatoire réservé aux actes de terrorisme, et de manière plus générale aux crimes et délits considérées comme les plus graves par le législateur, apparaît doublement justifié par la gravité des comportements en cause et par l'aptitude de leurs auteurs à évoluer «sous les radars». Cette spécificité s'illustre tant par l'élargissement du cadre légal des investigations techniques et physiques, qui se trouvent facilitées, que par l'assouplissement du régime de privation de liberté.

§1 - L'enjeu de prévention et de répression

Si les nouvelles technologies sont mises à profit par les terroristes, les autorités doivent également se les approprier. Puisque les terroristes se structurent en réseaux très développés, les autorités doivent être à même de les infiltrer pour les démanteler. Parce qu'ils sont susceptibles de détenir, transporter, acheminer armes et substances dangereuses, les saisies doivent être facilitées.

Un très grand nombre d'actes d'enquête obéissent, en matière de terrorisme, à un régime dérogatoire de droit commun, reflétant ainsi toute la spécificité de la réponse pénale, qui vise au renforcement de l'efficacité répressive. Nous distinguerons deux domaines dans lesquels ces procédures dérogatoires démontrent toute leur efficacité : la surveillance des personnes suspectées et la recherche des preuves de l'infraction commise.

A) Une capacité de surveillance renforcée

La prévention, essentielle, du terrorisme passe avant tout par la surveillance des groupements et individus soupçonnés de telles activités. A cet égard, les autorités françaises ont encore récemment démontré leur aptitude à une surveillance efficace, ayant permis de déjouer les macabres desseins de la «cellule islamiste Cannes-Torcy» sur la côte d'Azur en ce mois de mars 2014, laquelle

⁵⁴ M. Catherine, «*La montée en puissance de l'enquête*», AJ pénal 2004, p. 221

préparait visiblement un projet d'attentat meurtrier (900 grammes d'explosifs ayant été trouvés sur les lieux).⁵⁵ Le suspect principal, interpellé et mis en examen pour association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste, était surveillé par la DCRI depuis 2012, surveillance renforcée suite à un signalement des autorités grecques après qu'il eut été trouvé en possession d'une clé USB sur laquelle figurait une «recette» de fabrication d'explosifs⁵⁶.

Le renforcement des pouvoirs de surveillance conférés aux autorités s'est constitué par strates successives⁵⁷, mais les différentes dispositions dérogatoires en étant issues ont été reprises par la loi Perben II du 9 mars 2004⁵⁸, qui a créé au sein du code de procédure pénale une procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisée par l'introduction dans le livre IV du code de procédure pénale d'un nouveau titre XXV intitulé : " De la procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisées " ⁵⁹. Cette loi visait à unifier les différents régimes dérogatoires à certains types de criminalités, ainsi qu'à satisfaire aux engagements internationaux de la France. Prévu aux articles 706-73 et suivants du code de procédure pénale, le dispositif procède à une extension des pouvoirs de police pour ces enquêtes «à pouvoirs ajoutés». Les crimes et délits relevant des dérogations propres à la criminalité organisée sont énumérés à l'article 706-73. Parmi eux figurent les actes de terrorisme.

La surveillance peut être de deux ordres : une surveillance «physique», traditionnelle, effectuée par des agents de police judiciaire sur le terrain, et une surveillance de développement plus récent, permise et dictée par le développement des nouvelles technologies.

1/ La surveillance «physique»

EXTENSION DE LA SURVEILLANCE CLASSIQUE À L'ENSEMBLE DU TERRITOIRE - De manière générale, hors cas particuliers spécialement règlementés, tous les actes classiques de surveillance et de recherche nécessaires à la manifestation de la vérité peuvent être conduits dans les différents types d'enquête à condition qu'ils soient proportionnés et effectués dans le respect d'exigences minimales de loyauté. On considère traditionnellement que ce sont les articles 41 (pour les actes effectués par procureur de la République) et 81 (pour les mesures adoptées par le juge d'instruction) du code de procédure pénale qui fondent ces actes de surveillance et d'administration de la preuve relevant du «répertoire ordinaire» mis à la disposition des magistrats et agents de police judiciaire⁶⁰. La jurisprudence a par exemple, toujours considéré que la loi n'interdisait pas

⁵⁵ «Attentat déjoué sur la côte d'Azur : ce que l'on sait» publié par le Nouvel Observateur le 26 mars 2014

⁵⁶ «Attentat déjoué : comment le suspect a été traqué», publié sur le site internet d'Europe 1 le 27 mars 2014, par Marie-Laure Combes, avec Pierre de Cosette et AFP

⁵⁷ Loi n°86-1020 du 9 septembre 1986, loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996, loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001, loi n°2003-239 du 18 mars 2003

⁵⁸ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

⁵⁹ B. Bouloc, «Chronique législative : analyse de la loi du 9 mars 2004», RSC 2005, p. 599

⁶⁰ J. Buisson, *Répertoire de procédure pénale - Actes de l'enquête à pouvoirs ajoutés sur autorisation judiciaire*, octobre 2006

aux officiers et agents de police judiciaire de procéder à des surveillances et des filatures de personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction, sans autorisation préalable et bien que ces mesures ne soient pas spécifiquement règlementées par le code, dès lors que ces actes n'emportent aucune contrainte⁶¹. La loi du 9 mars 2004 s'est contentée, sans beaucoup plus de précisions, d'inscrire à l'article 706-80 la possibilité de cette surveillance spontanée des infractions relevant de la criminalité organisée. Le seul impératif est l'avis du procureur de la République, par tout moyen, préalablement à l'exécution de cette surveillance.

En matière de criminalité organisée, le législateur a procédé à une extension de compétence territoriale par rapport à ce qu'autorise l'article 18 du code de procédure pénale. En effet, les officiers de police judiciaire peuvent, après avoir informé le procureur de la République, étendre à l'ensemble du territoire la surveillance de personnes contre lesquelles il existe une ou plusieurs raisons plausibles de les soupçonner d'avoir commis une infraction relevant du domaine criminalité organisée, et notamment du terrorisme. C'est donc permettre, sans encadrement particulier, d'étendre à l'ensemble du territoire national la surveillance de terroristes présumés ou suspects. Cette extension de compétence suppose bien sûr, pour être valide, que la surveillance ait commencé dans la circonscription de l'officier ou de l'agent de police judiciaire concerné. Cette latitude importante laissée aux autorités de police vient considérablement renforcer l'efficacité de l'enquête anti-terroriste tant on sait que les actions des cellules et groupuscules terroristes et les complicités dont ils disposent s'étendent souvent hors du ressort d'une seule et unique juridiction (on peut citer l'exemple de la cellule dite de «Cannes-Torcy»).

INFILTRATION - De manière plus spécifique est prévue, en matière de criminalité organisée, et exclusivement en cette matière, une mesure de surveillance très particulière : l'infiltration. Pratique policière importée des Etats-Unis vers la France à partir des années 50 et consistant à pénétrer le milieu délinquant, elles ont longtemps été pratiquées sans aucun cadre légal. C'est la loi du 19 décembre 1991 qui leur a donné ce cadre normatif qui leur faisait défaut (replaçant ainsi le droit français en position de conformité avec les exigences de la Cour Européenne des droits de l'Homme). L'article 706-81 du code de procédure pénale en donne d'ailleurs aujourd'hui une définition claire : *«l'infiltration consiste pour un officier ou un agent de police judiciaire spécialement habilité (...) à surveiller des personnes suspectées de commettre un crime ou un délit en se faisant passer auprès de ces personnes comme un de leurs co-auteurs, complices, ou receleurs»*. L'agent recueille ainsi les indices nécessaires à leur mise en cause, au besoin en commettant des infractions⁶². L'agent infiltré bénéficie d'une exonération totale de responsabilité pénale, l'infiltration agissant en quelque sorte comme un fait justificatif tiré de l'autorisation de la loi.

⁶¹ Cass. crim. 11 mai 1993, no 93-80.932

⁶² J. Buisson, *Répertoire de procédure pénale - enquête préliminaire*, octobre 2006

Les opérations d'infiltrations sont envisageables pour les trois types d'enquêtes règlementées par le code de procédure, mais exclusivement pour des crimes ou délits limitativement énumérés : ceux relevant de la criminalité organisée, précisés à l'article 706-73, où figurent explicitement les actes de terrorisme. Elles sont déclenchées et opérées sous le contrôle du parquet en enquête préliminaire et enquête de flagrance, ou par le juge d'instruction dans le cadre d'une information judiciaire. La décision, écrite et spécialement motivée, est prise pour quatre mois et est indéfiniment renouvelable. L'agent infiltré bénéficie d'un anonymat total, pendant et après les opérations⁶³, afin de garantir sa sécurité. En principe, ne peut d'ailleurs être interrogé, confronté au témoin et appelé devant la juridiction de jugement que l'agent coordinateur, même si, sous l'influence de la CEDH a été prévue une possibilité de confrontation avec l'agent infiltré sous anonymat⁶⁴.

Les actes dont l'accomplissement est autorisé dans le cadre d'une procédure d'infiltration sont énumérés à l'article 706-82 code de procédure pénale : *«acquérir, détenir, transporter, livrer ou délivrer des substances, biens, produits, documents ou informations tirées de la commission des infractions ou servant à la commission de ces infractions ; utiliser ou mettre à disposition des personnes se livrant à ces infractions des moyens de caractère juridique ou financier ainsi que des moyens de transport, de dépôt, d'hébergement, de conservation et de télécommunication»*. On constate qu'il s'agit de participation active au crime ou au délit et que le champ extrêmement vaste de l'article laisse une très grande latitude aux autorités de police. On touche bien ici la spécificité de la criminalité organisée, et du terrorisme, qui appelle des réponses pénales hors normes.

Bien que le procédé de l'infiltration ait été estimé conforme à la Constitution par le Conseil Constitutionnel⁶⁵, la participation active à l'infraction qu'il autorise pose néanmoins la question de la limite avec la provocation à l'infraction, laquelle est prohibée au nom du principe de loyauté des enquêtes et des preuves⁶⁶. A cet égard, la limite de la provocation est rappelée à l'article 706-81, et énoncée à peine de nullité de l'opération. Soulève également certaines interrogations, l'absence de contrôle effectif des opérations d'infiltration, puisque le seul véritable contrôleur est l'agent coordinateur.

La Cour européenne des droits de l'Homme considère que le témoignage anonyme et l'infiltration sont valables mais le droit au procès équitable exige que la culpabilité du prévenu ne soit pas établie sur la seule base de ces témoignages anonymes ou des résultats de l'infiltration⁶⁷. Le droit français est parfaitement conforme aux exigences européennes puisque l'article 706-87 du c.p.p. dispose qu'aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement des déclarations faites par

⁶³ Art 706-84 CPP

⁶⁴ Art 706-61 CPP

⁶⁵ CC, décision n°2004-492 DC du 2 mars 2004

⁶⁶ Arrêt Wilson ch. réunies 31 janvier 1888 pose le premier le principe de loyauté des enquêtes et des preuves ; Cass. Crim. 2 mars 1971 précise que l'utilisation de ruses et stratagèmes ne doit pas avoir été déterminante de la commission de l'infraction

⁶⁷ CEDH Doorson 26 mars 1996 et CEDH PS c/ Allemagne 20 décembre 2001

les officiers ou agents de PJ ayant procédé à une opération d'infiltration. Le résultat de l'infiltration doit donc nécessairement corroborer d'autres éléments qui établissent la culpabilité et ce, même en matière de terrorisme. Il existe une exception à ce principe, énoncée à l'article 706-87 : lorsque les agents ou officiers de police ont participé à une opération d'infiltration et acceptent de déposer sous leur véritable identité.

2/ La surveillance «technologique»

L'évolution de la technologie a permis d'élargir la gamme des outils de surveillance et d'investigation laissée aux autorités d'enquête et d'instruction. Outre les écoutes téléphoniques ou encore la vidéo-surveillance, l'actualité judiciaire a porté notre attention sur la géolocalisation. Toutefois, en raison de leur caractère extrêmement intrusif dans la vie privée des personnes surveillées, le législateur a souhaité réserver ces possibilités à des crimes ou délits d'une particulière gravité. Les infractions terroristes en font partie.

a- Les interceptions de communication

Il existe deux types d'écoutes, procédé qui permet, par l'organisation préalable d'un dispositif technique, de capter les conversations de la personne suspectée au moment où elles se déroulent : les écoutes judiciaires et les écoutes administratives.

ÉCOUTES JUDICIAIRES - Des écoutes judiciaires peuvent bien entendu être ordonnées afin d'écouter une personne suspectée de commettre ou d'avoir commis une infraction terroriste, comme pour toute autre infraction criminelle ou délictuelle dès lors que la peine d'emprisonnement encourue est égale ou supérieure à deux ans. La possibilité de mettre en place des écoutes judiciaires, sous le contrôle du juge d'instruction, n'est donc pas l'apanage des infractions terroristes ni même de celles relevant du domaine de la criminalité organisée, mais concerne toute infraction d'une gravité minimale. Les crimes et délits en matière de terrorisme répondront sans mal à ces exigences. Ainsi, le délit d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste est puni de dix ans d'emprisonnement et 225 000€ d'amende⁶⁸.

Longtemps pratiquées dans une opacité totale, avec pour seules limites celles que la jurisprudence a bien voulu progressivement préciser (exigence du respect des droits de la défense et interdiction du stratagème, de l'artifice et du procédé déloyal⁶⁹, exigence de la soumission au contradictoire et du contrôle du juge d'instruction⁷⁰), elles n'ont été légalement encadrées que par une loi du 10 juillet 1991⁷¹ aux articles 100 et suivants du code de procédure pénale. Leur régime juridique fait écho à la jurisprudence développée par la chambre criminelle mais aussi aux exigences posées par la Cour

⁶⁸ Art 421-5 CP

⁶⁹ Cass. Crim. 12 juin 1952 Imbert

⁷⁰ Cass. Crim. 9 octobre 1980 Tournet et Cass. Crim. 15 mai 1990 Bacha

⁷¹ Loi n°91-646 du 11 juillet 1991

européenne des droits de l'Homme (nécessité des écoutes et présence de garanties suffisantes contre les excès⁷², prévision de l'acte d'écoute par une loi suffisamment précise et circonstanciée⁷³). L'écoute téléphonique, ordonnée pour une durée de quatre mois mais renouvelable sans limitation⁷⁴, fait l'objet d'une transcription, qui n'a pas à être intégrale mais ne doit contenir que les seuls éléments utiles à la manifestation de la vérité⁷⁵, dans un procès-verbal versé au dossier. Si les enregistrements sont détruits à l'expiration du délai de prescription de l'action publique, ils peuvent être, dans l'intervalle, utilisés pour une autre information judiciaire que celle initialement prévue ainsi que pour ouvrir une nouvelle information judiciaire. Cette possibilité est particulièrement intéressante pour notre matière car l'on sait que les terroristes se contentent rarement d'une violation unique de la loi pénale mais se plaisent à s'inscrire dans des schémas criminels complexes, dans des hypothèses de concours réels d'infractions.

Il existe en matière d'écoutes judiciaires une dérogation spécifique à la criminalité organisée. En effet, alors que dans le cadre d'une enquête préliminaire, il est en principe interdit de procéder à des écoutes téléphoniques, une dérogation importante mais néanmoins encadrée est prévue à l'article 706-95 du code de procédure pénale. Le juge des libertés et de la détention, dans le cadre d'une enquête préliminaire pour des faits entrant dans le champ de l'article 706-73, peut autoriser l'interception et l'enregistrement des correspondances téléphoniques.

ÉCOUTES ADMINISTRATIVES - Les interceptions administratives de communications intéressent d'autant plus notre propos qu'elles sont particulièrement attentatoires à la vie privée et qu'elles ne présentent qu'un encadrement très spartiate et des garanties très faibles pour les personnes écoutées. Pour ces raisons, leur champ d'application est bien plus restreint que celui des écoutes judiciaires, pour concerner, entre autres, les personnes soupçonnées d'actes de terrorisme. En effet, encadrées par les articles L241-1 et suivants du code de la sécurité intérieure, elles sont ordonnées en dehors de toute procédure judiciaire par des autorités administratives et ne peuvent l'être que pour des motifs limitativement énumérés : la sécurité nationale, la sauvegarde du potentiel économique et scientifique de la France, la surveillance des groupements dissous, et, surtout, la prévention du terrorisme et de la criminalité organisée⁷⁶. La décision d'ordonner une interception administrative est prise exclusivement par le premier ministre sur proposition du ministre de l'intérieur, du ministre de la défense ou du ministre des finances. Elle est valable pour quatre mois et renouvelable une fois. Ces écoutes sont contingentées : le ministre de l'intérieur, qui sera le plus à même d'ordonner des interceptions de sécurité pour des faits intéressant la prévention du terrorisme, peut ordonner 1 300 écoutes simultanément.

⁷² CEDH *Malone c/ Royaume-Uni* 2 août 1984

⁷³ CEDH *Huvig c/ France* 24 avril 1990

⁷⁴ Art 100-1 CPP

⁷⁵ Art 100-3 CPP

⁷⁶ Art L241-2 du code de la sécurité intérieure

Les juges de Strasbourg ont admis que les autorités administratives puissent être fondées à organiser des écoutes téléphoniques dès lors qu'un intérêt public prépondérant le justifie et, de manière étonnante, ont estimé que celles-ci puissent être contrôlées par une autre autorité que l'autorité judiciaire⁷⁷. Ce contrôle a donc été confié, en France, à une AAI : la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, à laquelle le premier ministre doit communiquer sa décision d'ordonner une écoute dans les 48h. Ce contrôle est toutefois très restreint et ses effets limités. La personne écoutée ne dispose en effet d'aucun droit, l'exécution de l'interception étant secrète et restant totalement ignorée de celui qui la subit même à posteriori. La commission n'a d'ailleurs aucune obligation de notifier à la personne écoutée illégalement qu'elle l'a été, alors même que la transcription de l'écoute peut être conservée indéfiniment. Par ailleurs une jurisprudence du Conseil d'Etat semble priver d'effet d'éventuelles réclamations : celui-ci, saisi par un particulier s'estimant illégalement écouté, a jugé son recours à l'encontre de la décision de rejet de sa réclamation par la commission irrecevable et ce, sans motif particulier ⁷⁸.

b- Les captations d'images ou de données

CAPTATION D'IMAGES DANS UN LIEU PRIVÉ - Si les écoutes téléphoniques s'avèrent particulièrement utiles dans les enquêtes pénales, elles ne constituent pas le seul moyen de surveillance laissé à la disposition des agents de police judiciaire. Les nouvelles technologies permettent également la captation d'images à distance (photographies ou vidéos permettant d'établir la preuve de l'infraction ou l'identité de ses auteurs, co-auteurs ou complices), à l'insu des personnes soupçonnées, à l'occasion de filatures ou de dispositifs de surveillance.

A cet égard loi loi du 9 mars 2004⁷⁹ a créé un article 706-96 dans le code de procédure pénale qui autorise en son premier alinéa, la captation de l'image des personnes se tenant dans un lieu privé (défini comme tout lieu où la personne a le droit de se dire chez elle et dont l'accès est subordonné à l'autorisation préalable du légitime occupant). Cependant, la Chambre criminelle exige un titre légitime pour se trouver, le cas échéant, dans ledit lieu privé. Le cadre légal est relativement restrictif puisqu'il n'autorise ces captations que pour des faits relevant de la criminalité organisée, et donc du terrorisme, et seulement dans le cadre d'une information judiciaire, sous la conduite du juge d'instruction. L'opération de captation doit par ailleurs être exigée par les nécessités de l'enquête. On soulignera également que le processus décisionnel est très encadré puisque la décision de procéder à ces captations est prise par le juge d'instruction, après avis du procureur de la République.

Toutefois, l'article 706-96 ne concentre pas toutes les hypothèses de captation de l'image d'une personne soupçonnée. En effet, par une interprétation a contrario des dispositions de l'article

⁷⁷ CEDH Klass 6 septembre 1978

⁷⁸ CE28 juillet 2000

⁷⁹ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

706-96, la Cour de cassation considère que la captation de l'image d'une personne se trouvant sur la voie publique (et non pas dans un lieu privé) peut être faite beaucoup plus librement, quel que soit le cadre juridique et à la simple initiative de l'agent ou officier de police judiciaire. La jurisprudence semble d'ailleurs estimer que la fixation de l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé visible depuis la voie publique ne tombe pas sous le coup du dispositif spécial aux exigences renforcées de l'article 706-96⁸⁰.

SONORISATIONS DANS DES LIEUX PRIVÉS OU PUBLICS - C'est encore la loi Perben II qui a autorisé la captation des propos confidentiels de personnes soupçonnées, quelque soit le lieu où elles se tiennent, au moyen d'un dispositif technique installé à leur insu.

Avant l'intervention du législateur par la loi Perben II, la jurisprudence autorisait les sonorisations sur le fondement de l'article 81 du code de procédure pénale⁸¹ qui permet au juge d'instruction de procéder à tous les actes utiles à la manifestation de la vérité. Mais la France a été condamnée par la Cour européenne après une sonorisation de parloir, au motif que le droit français n'indiquait pas avec assez de clarté cette possibilité d'ingérence dans la vie privée des détenus⁸². C'est pourquoi l'article 706-96 s'attache à définir un cadre strict pour ces captations, cadre commun aux fixations d'images. Ainsi, la décision de sonorisation relève de la compétence exclusive du juge d'instruction, sachant toutefois que seul le juge des libertés est compétent pour autoriser l'opération lorsque le dispositif technique doit être installé en dehors des heures légales.

Depuis, la Cour de cassation a eu l'occasion, dans un arrêt en date du 1er mars 2006⁸³, de valider la sonorisation dans les parloirs de prison, sur le fondement des nouvelles dispositions du CPP. Si cette décision a pu être critiquée par certains au nom d'un droit à la vie privée qui pourrait ou devrait exister dans le parloir, cette possibilité est d'autant plus importante en matière de terrorisme que l'on sait que la prison est un haut lieu de la radicalisation islamiste et du recrutement terroriste. Elle a d'ailleurs pu être approuvée en doctrine tant sur le terrain de la légalité que de l'opportunité⁸⁴.

GÉOLOCALISATION - L'évolution des nouvelles technologies a permis l'apparition ces dernières années d'un nouveau mode de surveillance et, le cas échéant, de preuve : la géolocalisation. Ce nouveau procédé, qui permet d'observer et d'enregistrer les données concernant la position géographique d'un appareil durant une période de temps déterminée, et donc de suivre les déplacements d'un individu soupçonné, en temps réel ou a posteriori, a suscité des débats très récemment. Bien que le caractère partiel et restreint des informations qu'il permet de fournir limite

⁸⁰ Cass. Crim. 21 mars 2007, n°06-89.444

⁸¹ H. Vlamynck, «*Le point sur la captation de l'image et des paroles dans l'enquête de police*», AJ pénal 2011, p.574

⁸² CEDH Wisse c/ France 20 décembre 2005

⁸³ Crim. 1er mars 2006, n° 05-87.251, Bull. crim. n° 59

⁸⁴ J. Pradel, «*Le parloir n'a plus de secret pour le juge d'instruction en matière de criminalité organisée*», D. 2006 p. 1054

d'autant l'intensité de l'atteinte à la vie privée qu'il induit⁸⁵, le caractère technique des informations obtenues rend difficile une contradiction future. Même si cette technique d'enquête a été de plus en plus fréquemment mise en place par les services de police ces dernières années, que ce soit pour la surveillance d'un véhicule (apposition d'un récepteur GPS) ou directement d'un individu via son téléphone portable, elle ne faisait pas l'objet, jusque très récemment, d'un encadrement législatif.⁸⁶

C'est la Cour européenne des droits de l'homme qui, la première, a eu l'occasion de se prononcer sur la géolocalisation. Elle a en effet précisé que si tel procédé ne méconnaissait pas fondamentalement le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention, c'était toutefois à la condition d'être subordonné au respect de conditions strictes, entourée de garanties suffisantes et limitée à des circonstances particulières, relatives notamment à la gravité de l'infraction⁸⁷. Surtout, la Cour estimait qu'une telle mesure devait être prévue par une loi suffisamment précise, exposant ainsi à la France à une éventuelle condamnation.

Postérieurement, deux arrêts de la chambre criminelle ont été rendus, le 22 octobre 2013, démontrant la nécessité d'une réforme⁸⁸. L'un de ces arrêts concernait justement une enquête préliminaire ouverte du chef d'association de malfaiteurs en vue de la préparation d'actes de terrorisme, dans laquelle les officiers de police judiciaire autorisés par le procureur de la République, puis le juge d'instruction saisi postérieurement, avaient fait procéder à une géolocalisation en temps réel des téléphones mobiles des individus soupçonnés. Si la chambre de l'instruction a rejeté la demande d'annulation de la mesure présentée par le mis en cause et basée sur son défaut de fondement légal, s'appuyant, comme pour les opérations de surveillance physiques traditionnelles sur les articles 41 et 81 du CPP tout en soulignant l'absence de coercition et le moindre degré d'atteinte au droit au respect de la vie privée de la mesure par rapport aux procédés de surveillance sonores, la Chambre criminelle a adopté une position plus nuancée. Elle a en effet considéré que la technique de géolocalisation constituait une ingérence dans la vie privée dont la gravité nécessitait qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge du siège. Elle a ainsi distingué deux choses : l'instruction, dans le cadre de laquelle la mesure de géolocalisation peut être ordonnée sur le fondement de l'article 81 du CPP. sous le contrôle du juge d'instruction, et l'enquête préliminaire dans laquelle la mesure de géolocalisation ne peut être ordonnée sans méconnaître l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, le procureur de la République n'étant pas, aux yeux de la Cour Européenne⁸⁹, une autorité judiciaire présentant les garanties d'indépendance (vis-à-vis de l'exécutif comme des parties) et d'impartialité suffisantes.

⁸⁵ X. Pérez Lòpez, «*La géolocalisation et la preuve pénale*», AJ Pénal 2014, p.67

⁸⁶ M. Bomblet, «*Surveillance par géolocalisation : une ingérence nécessitant le contrôle d'un juge*», D.

⁸⁷ CEDH Uzun c/ Allemagne 2 septembre 2010

⁸⁸ Cass. Crim. 22 octobre 2013, n°13-81.945 et 13_81.949

⁸⁹ De jurisprudence constante : CEDH Medvedyev c/ France 10 juillet 2008, CEDH Moulin c/ France 23 novembre 2010

Une nouvelle loi relative à la géolocalisation promulguée le 28 mars 2014⁹⁰, a déjà fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité l'ayant globalement déclarée conforme à la Constitution⁹¹. N'entre dans le champs de la loi que la géolocalisation en temps réel.

Est créé dans le code de procédure pénale un nouvel article 230-32 qui pose une première condition à l'utilisation du procédé de géolocalisation, relative à la gravité de l'infraction considérée : il doit s'agir d'une enquête relative à un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans ou d'un crime ou délit puni au Livre II (crimes et délits contre les personnes) d'au moins trois ans d'emprisonnement. Transparaît d'ores et déjà la volonté du législateur de poser un cadre très strict pour la mise en oeuvre du procédé de géolocalisation, qui n'est pas sans paradoxe puisqu'en matière d'écoutes téléphoniques les exigences sont moindres bien qu'elles soient généralement considérées comme plus attentatoires à la vie privée. Les infractions terroristes tomberont, pour la très grande majorité d'entre elles, sous le coup de la loi du 28 mars 2014. A titre d'exemple, l'infraction de terrorisme par financement⁹² est punie de dix ans d'emprisonnement⁹³ tandis que le terrorisme par non justification de ressources⁹⁴ est quant à lui puni de sept ans d'emprisonnement. Est d'ailleurs spécifiquement mentionnée à l'article 230-32 au titre de son champ d'application, l'infraction prévue à l'article 434-6, réprimant le terrorisme par aide et protection. La loi n'écarte pas la possibilité de mettre en place une géolocalisation décidée par le procureur de la République dans le cadre d'une enquête de flagrance ou d'une enquête préliminaire, mais prévoit l'intervention du juge des libertés au delà de quinze jours⁹⁵. Concernant l'information judiciaire, c'est le juge d'instruction, considéré comme une garantie suffisante, qui est compétent pour décider de la mise en place d'une géolocalisation⁹⁶.

Le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 25 mars 2014⁹⁷ a validé tant la possibilité d'une géolocalisation décidée par le juge d'instruction, que décidée par le procureur de la république, soulignant pour cette dernière la courte durée de la mesure. Sur ce point, la loi et le Conseil sont en deçà des exigences de la chambre criminelle qui exigeait l'intervention immédiate d'un juge du siège. Les juges de la rue de Montpensier formulent cependant une réserve d'interprétation relative aux articles 230-40, 230-41 et 230-42 qui prévoient que certaines informations afférentes à une géolocalisation puissent ne pas figurer dans le dossier de la procédure, mais dans un dossier à part auquel les parties n'ont pas accès. A cet égard, le Conseil Constitutionnel consacre un droit à contester les conditions dans lesquelles les éléments de preuves fondant la mise en cause ont été recueillis, qu'il relit au principe du contradictoire et au respect des droits de la défense (droit général à la contestation de l'administration de la preuve et non plus seulement de son contenu). Il

⁹⁰ Loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation

⁹¹ CC , décision n°2014-693 DC du 25 mars 2014

⁹² Art 421-2-2 du CP

⁹³ Art 421-5 du CP

⁹⁴ Art 421-2-3 du CP

⁹⁵ Article 230-33 CPP

⁹⁶ Art 230-34 CPP

⁹⁷ Conseil Constitutionnel , décision n°2014-693 DC du 25 mars 2014

estime qu'une procédure de requête en contestation doit être ouverte dans un délai suffisant, exigeant indirectement la motivation de la décision de géolocalisation. Il considère par ailleurs qu'il ne doit pas être possible de condamner une personne sur le seul fondement d'une géolocalisation qui aurait eu lieu sans que les informations relatives à la mise en place technique de la mesure ainsi qu'aux données de géolocalisation soient intégrées au dossier, afin de permettre au prévenu de les contester. Si ces informations ne peuvent être versées au dossier, c'est toute la mesure de géolocalisation et ses résultats qui devront être annulés.

B) L'administration de la preuve facilitée

En matière de terrorisme, non seulement les pouvoirs de surveillance des terroristes présumés sont amplifiés, afin de mieux prévenir des atteintes à l'ordre public d'une extrême gravité, mais c'est encore la recherche de preuves qui est facilitée. En effet, considérant que les groupements terroristes sont souvent structurés et bien organisés, le risque de disparition des indices et des preuves s'en trouve accru, et nécessite le renfort de procédures dérogatoires. Là encore, la procédure pénale apporte une réponse spécifique, en terme d'efficacité accentuée et de pouvoirs d'enquête renforcés, en écho à la complexité du terrorisme et de la criminalité organisée. Cette réponse spéciale se manifeste principalement au sujet des perquisitions.

PERQUISITIONS - Les perquisitions - recherches à l'intérieur d'un lieu clos d'indices permettant d'établir l'existence d'une infraction ou d'en déterminer l'auteur - répondent elles-aussi à un régime dérogatoire en la matière. En effet, si elles peuvent être ordonnées dans le cadre des trois types d'enquête, enquête préliminaire, enquête de flagrance et information judiciaire⁹⁸, une procédure spécifique relative à la criminalité organisée a été introduite aux articles 706-73 et suivants du CPP, impliquant l'intervention du juge d'instruction ou du juge des libertés. La dérogation au droit commun est double : elle s'attache tant au cadre temporel de la perquisition, qu'à son cadre décisionnel.

Concernant le cadre temporel de la perquisition, en droit commun, la Constitution du 22 frimaire an VIII avait interdit dans leur principe les perquisitions de nuit, afin de protéger au mieux l'intimité de la vie privée que chacun est en droit d'espérer dans son domicile. La règle a été reprise à l'article 59 du code de procédure pénale, lequel ne les autorise qu'entre 6h et 21h, sachant que, hors ces horaires, même si la perquisition se fait avec l'assentiment de la personne intéressée elle entraîne la nullité de l'opération.

Pourtant s'est greffé sur ce droit des perquisitions un régime fortement dérogatoire pour la criminalité organisée. Enoncé aux articles 706-89⁹⁹ et suivants code de procédure pénale, il vise tant

⁹⁸ Article 76 du CPP pour l'enquête préliminaire, article 56 pour l'enquête de flagrance et 92 pour l'information judiciaire

⁹⁹ Art 706-89 CPP : «*Si les nécessités de l'enquête de flagrance relative à l'une des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 l'exigent, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance peut, à la requête du procureur de la République, autoriser, selon les modalités prévues par l'article 706-92, que les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction soient opérées en dehors des heures prévues par l'article 59.*»

l'instruction¹⁰⁰ que l'enquête de flagrance¹⁰¹ ou même l'enquête préliminaire¹⁰². Dans le cadre d'enquêtes de flagrance ou d'enquêtes préliminaires ouvertes pour des infractions relevant du champ de l'article 706-73, le procureur de la République peut demander au juge des libertés et de la détention d'autoriser les perquisitions, visites domiciliaires et saisies en dehors des heures prévues à l'article 59. Le législateur pose toutefois une première limite : dans le cadre de l'enquête préliminaire l'autorisation dérogatoire est sans application aux locaux d'habitation. Dans le cadre d'une information judiciaire, le juge d'instruction autorise seul les perquisitions de nuit, mais là encore, elles sont, en principe, limitées aux locaux non habités. Mais les trois exceptions apportées aux alinéas suivants de l'article 706-91 privent presque de toute portée cette limitation en matière de terrorisme : elle ne trouve en effet pas à s'appliquer, notamment, en cas de crime ou lorsqu'il existe un risque immédiat de disparition des preuves ou des indices matériels. C'est d'ailleurs, entre autres, ce risque immédiat de disparition des preuves ou indices qui a servi de fondement à la décision de validation du volet perquisitions de la loi Perben II par le Conseil Constitutionnel¹⁰³.

Il existe une seconde dérogation relative à l'enquête préliminaire. En droit commun, l'une des formalités essentielles de la perquisition dans le cadre d'une enquête préliminaire est l'assentiment exprès de la personne perquisitionnée¹⁰⁴ car l'enquête préliminaire est supposée non coercitive.

Une double dérogation a été introduite par la loi Perben II du 9 mars 2004. Tout d'abord, pour le besoin des enquêtes relatives à un crime ou délit puni d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à 5 ans, le procureur de la République peut se dispenser de l'assentiment de la personne concernée¹⁰⁵. Plus spécifiquement, l'article 706-94 du code de procédure pénale, relatif à la criminalité organisée, instaure la même dérogation pour les crimes et délits mentionnés à l'article 706-73. Dans les deux cas, l'autorisation est sollicitée par le procureur de la République et délivrée par le juge des libertés. Il est intéressant de souligner qu'antérieurement à l'intervention de la loi Perben II, une loi du 15 juin 2000, suivie par une loi du 15 novembre 2001, avait limité cette possibilité de perquisition coercitive au domaine du terrorisme ainsi qu'à la législation sur les stupéfiants, les armes et les explosifs.

Malgré ces dérogations, certaines exigences relatives au respect des droits de la défense et aux garanties contre d'éventuels excès sont intangibles : la personne doit être présente durant la perquisition, laquelle doit se dérouler dans des conditions de loyauté minimum et être nécessaire et proportionnelle aux nécessités de l'enquête. Les vices de la perquisition pourront être invoqués devant le juge de l'infraction, conduisant ainsi, éventuellement, au retrait du dossier de tous les indices irrégulièrement saisis¹⁰⁶.

¹⁰⁰ Art 706-91CPP

¹⁰¹ Art 706-89 CPP

¹⁰² Art 706-90 CPP

¹⁰³ CC 2 mars 2004

¹⁰⁴ Art 76 CPP

¹⁰⁵ Art 76 alinéa 4

¹⁰⁶ J. Buisson, « *enquête préliminaire* » - *répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz

§2 - L'enjeu de la liberté

La liberté est concernée au premier chef par la lutte anti terroriste. La privation est en effet quasi-automatique en la matière, pour des raisons évidentes de sécurité publique, la nécessité d'empêcher la réalisation de l'infraction, d'y mettre fin ou d'empêcher son renouvellement étant un objectif commun à la garde à vue et à la détention provisoire¹⁰⁷.

La complexité de l'enquête justifie, en la matière, l'allongement des délais de droit commun, mais également, parfois, la privation de certaines garanties de la procédure.

A) L'allongement des délais de privation de liberté

GARDE À VUE - La garde à vue, régime de contrainte impliquant la rétention d'un individu dans les locaux de police afin d'y être interrogé, allait, dès la loi du 9 septembre 1986, être soumise à une régime juridique dérogatoire de droit commun. Cette mesure sera par la suite reprise, selon des modalités différentes, par des lois successives.

Le code de procédure pénale de 1958 (le premier à avoir donné un véritable cadre législatif à la garde à vue, en ses articles 68 et suivants) n'avait rien prévu concernant certaines catégories d'infractions considérées comme particulièrement graves. Ses dispositions relatives à la garde à vue ont, en tout état de cause, été abrogées par une décision du Conseil Constitutionnel rendue sur QPC¹⁰⁸. L'adoption d'une nouvelle loi ayant été précipitée par un arrêt de la Cour Européenne des droits de l'homme¹⁰⁹, suivi d'une sanction solennelle de l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation¹¹⁰.

L'actuel dispositif, résultat de la mise en conformité du droit français aux exigences tant européennes que constitutionnelles effectuée par une loi du 14 avril 2011, prévoit que la garde à vue ne peut, en principe, excéder 24h. L'article 63-2 du code de procédure pénale précise que cette durée peut être prolongée pour un nouveau délai de 24h, sur autorisation écrite et motivée du procureur de la république, pour atteindre un total de 48 heures.

La première dérogation, en matière de terrorisme, ou plutôt d'«atteintes à la sûreté de l'Etat», est relativement ancienne. En 1962, le législateur, confronté aux «événements d'Algérie», envisage pour la première fois «*face à l'apparition des techniques de guerre subversives (...) de reconsidérer dans son ensemble la procédure appliquée aux infractions contre la sûreté de l'État*».¹¹¹ Suite au putsch des généraux, une décision présidentielle¹¹², puis une ordonnance du 1er septembre 1962

¹⁰⁷ Art 62-2 CPP pour les objectifs de la garde à vue et article 144 du même code pour la détention provisoire

¹⁰⁸ CC 30 juillet 2010

¹⁰⁹ CEDH *Moulin c/ France* 23 novembre 2010

¹¹⁰ Assemblée plénière de la Cour de Cassation, par quatre arrêts du 15 avril 2011

¹¹¹ Documents de l'Assemblée Nationale, Session de 1962-1963, séance du 19 décembre 1962

¹¹² Décision présidentielle du 24 avril 1961 relative à la garde à vue, J.O. 24 avril 1961, p.3976

¹¹³ porteront à quinze jours le délai de garde à vue en ce domaine. Toutefois, eu égard au cadre historique et politique de l'époque, ces mesures avaient vocation à rester provisoires. La création de la Cour de sûreté de l'Etat, la même année, fut l'occasion de discussions approfondies sur l'opportunité et les dangers de ce délai dérogatoire. Suite aux débats à l'Assemblée Nationale, le délai de garde à vue en matière d'atteintes à la sûreté de l'Etat fut porté à dix jours, et l'extension fut subordonnée à la présentation obligatoire du gardé à vue devant le magistrat chargé de délivrer l'autorisation. Le garde des sceaux Jean Foyer s'était prononcé favorablement à la dérogation estimant que *«la complexité des infractions qu'il s'agit de démêler, leurs ramifications et leurs imbrications multiples, l'étendue des investigations qu'il est nécessaire de faire sur l'ensemble du territoire, le grand nombre de personnes qui se trouvent impliquées dans ces sortes d'affaires, tout cela exige que, pendant un temps d'une inévitable durée un secret indispensable soit préservé. C'est à cela, beaucoup plus qu'à l'idée d'obtenir des aveux, que répondent les délais relativement longs de garde à vue, qui sont prévus dans les deux projets du gouvernement»*.

Postérieurement à cet épisode algérien, c'est en matière de trafic de stupéfiants que la loi est venue instituer, en 1970, une garde à vue dérogatoire¹¹⁴ de 96 heures. Cet exemple topique est éclairant pour notre démonstration car le trafic de drogue, tout comme le terrorisme, s'exerce souvent dans le cadre de réseaux complexes et solidement structurés, bénéficiant le plus souvent de ramifications à l'international. L'anti terrorisme pouvait s'en inspirer.

Rien d'étonnant donc à ce que la loi du 9 septembre 1986 porte à 96 heures le délai maximum de privation de liberté en matière de terrorisme. De la même manière que le texte de 1962 fut pris dans un contexte politique favorable, la loi de 1986 fut adoptée en pleine effervescence législative tant face à la naissance sur la scène judiciaire du terrorisme islamiste que de l'épanouissement du terrorisme Corse. Il était prévu, au terme de l'ancien article 706-23, que la garde à vue des personnes majeures dans une enquête ou une instruction relative à une infraction de terrorisme pouvait faire l'objet d'une prolongation supplémentaire de 48 heures, lorsque les nécessités de l'enquête l'exigeaient. La justification du gouvernement est la suivante : *« c'est la complexité des affaires de terrorisme et, en outre s'agissant de terrorisme international, la nécessité de faire appel, dans certains cas, à des interprètes qui justifient la prolongation de la garde à vue »*.¹¹⁵ Il s'agit donc de répondre au «grand déficit» posé par le terrorisme, qui *«s'attaquant au crédit de l'autorité publique»*, la fait apparaître *«comme incapable de répondre à la criminalité»*.¹¹⁶ Pour autant, le texte n'a pas été sans susciter de critiques, certains ayant en effet soutenu que par cette durée dérogatoire, une certaine forme de «torture légale, destinée à vaincre la résistance psychologique et physiologique de la personne interrogée»¹¹⁷ était légitimée. Si cette critique peut éventuellement s'appliquer aux lois de 1962, il nous est difficile d'y adhérer s'agissant de la loi de 1986, qui trouve

¹¹³ Ordonnance du 1er septembre 1962

¹¹⁴ Loi du 30 décembre 1970

¹¹⁵ Rapport fait par M. Limouzy, n°202, annexe au procès verbal de la séance de l'Assemblée nationale du 18 juin 1986, p.3

¹¹⁶ Rapport fait par M. Limouzy, précité

¹¹⁷ F.Trolliet, *«Les gardes à vue dérogatoires»*, thèse sous la direction du Pr. G. Di Marino, 2002

des fondements légitimes sans heurter la Convention européenne, comme le soulignait déjà Jean Pradel à l'époque¹¹⁸.

L'article 706-23 a été abrogé par la loi Perben II du 9 mars 2004¹¹⁹, laquelle a instauré une procédure dérogatoire destinée à combattre la criminalité lourde, commise en bande organisée. Le régime actuel de la garde à vue dérogatoire en matière de terrorisme résulte des dispositions combinées des articles 706-73 et 706-88 du code de procédure pénale.

L'article 706-88, en effet, prévoit que, si les nécessités de l'enquête ou de l'instruction relatives à l'une des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 - qui vise en son 11° les crimes et délits constituant des actes de terrorisme prévus par les articles 421-1 à 421-6 du code pénal - l'exigent, la garde à vue d'une personne peut, à titre exceptionnel, faire l'objet de deux prolongations supplémentaires de 24 heures chacune, soit un total de 96 heures (concrètement, la garde à vue peut durer quatre jours).

De surcroît, lorsqu'il existe « un risque sérieux de l'imminence d'une action terroriste en France ou à l'étranger ou que les nécessités de la coopération internationale le requièrent impérativement », la durée de la garde à vue peut même atteindre un total six jours (par deux prolongations supplémentaires de vingt-quatre heures chacune), et ce depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme. Cela résulte des modalités de l'article 706-88-1 du code de procédure pénale.

Il nous appartient toutefois de souligner que cette dernière prolongation est conçue comme revêtant un caractère tout à fait exceptionnel pour protéger la sécurité des personnes et des biens contre une menace terroriste imminente et précisément identifiée. C'est sur ce caractère exceptionnel que le Conseil Constitutionnel s'appuie pour valider cette disposition, dans sa décision du 23 janvier 2006¹²⁰, où il souligne qu'une «*telle dérogation ne peut être autorisée que pour permettre d'empêcher la réalisation d'une action terroriste en France ou à l'étranger dont l'imminence a été établie soit grâce aux éléments recueillis dans le cadre de l'enquête ou de la garde à vue elle-même, soit dans le cadre de la coopération internationale*», et que, «*compte tenu des garanties fixées par le législateur - notamment l'intervention du juge des libertés - ces dispositions respectent le principe découlant de l'article 9 de la DDHC de 1789 (...) et de l'article 66 de la Constitution (...) et ne portent en conséquence atteinte à aucun droit ou liberté que la Constitution garantit*».

A titre de comparaison, l'allégation de terrorisme justifie en Angleterre, au Pays de Galles et en Espagne la mise en oeuvre de dispositions dérogatoires s'agissant de la durée de la garde à vue, comme le souligne le rapport du Sénat sur la garde à vue de décembre 2009.¹²¹

Ainsi, en Angleterre et au Pays de Galles les prolongations successives peuvent conduire à 28 jours la durée totale de la garde à vue en matière de terrorisme. En Espagne elle peut atteindre cinq jours.

¹¹⁸ J. Pradel, « *Les infractions de terrorisme : un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal* », Recueil Dalloz Sirey, 1987, 7^e cahier, Chronique, p. 46.

¹¹⁹ Loi Perben II n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

¹²⁰ CC décision n°2005-532 DC du 23 janvier 2006

¹²¹ Les documents de travail du Sénat, série législation comparée, rapport sur la garde à vue, n°LC 204, décembre 2009

Par ailleurs, certains droits accordés par le code de procédure pénale aux personnes placées en garde à vue leur sont refusés, à telle enseigne que le droit de prévenir une personne de confiance et le libre choix de l'avocat ne leur sont pas reconnus.

Ces dérogations sont contrebalancées par le rôle renforcé du juge. Il convient en effet de souligner que, si c'est indifféremment le juge d'instruction ou le juge de la liberté et de la détention qui peuvent décider, dans le cadre de l'article 706-88 relatif à la criminalité organisée, des prolongations successives (à la différence du droit commun où le procureur de la république décide seul de la première prolongation de vingt-quatre heures), c'est le juge de la liberté et de la détention et lui exclusivement, qui est habilité à décider de la prolongation des gardes à vue au delà de quatre-vingt-seize heures en matière de terrorisme, dans le cadre de la mise en oeuvre de l'article 706-88-1.

L'article 706-88 a fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, le Conseil ayant été saisi par soixante députés et soixante sénateurs de sa conformité aux articles 2 et 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Dans une décision du 2 mars 2004 il valide le régime dérogatoire issu de la loi du 9 mars 2004, considérant que les infractions mentionnées à l'article 706-73, susceptibles de porter une atteinte grave à la sécurité, à la dignité et à la vie des personnes, et que leur complexité particulière tenant à l'existence d'un groupement ou d'un réseau dont l'identification et le démantèlement posent des problèmes complexes, justifient en la matière l'instauration d'un régime dérogatoire. Le Conseil valide également cette possibilité de prolongation à l'encontre des mineurs de plus de seize ans, *«lorsqu'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'une ou plusieurs personnes majeurs ont participé, comme auteurs ou complices, à la commission de l'infraction»*¹²².

DÉTENTION PROVISOIRE - La détention provisoire qui ne peut, en vertu de l'article 143-1 du code de procédure pénale, être ordonnée qu'en matière criminelle ou en matière correctionnelle lorsque la personne mise en examen encourt une peine correctionnelle d'une durée supérieure ou égale à trois ans d'emprisonnement, ne doit, en outre, être ordonnée que si elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un des objectifs énumérés limitativement par l'article 144. Elle obéit elle aussi à un régime dérogatoire en matière de terrorisme.

D'après l'article 145-1 du code de procédure pénale, la détention provisoire en matière correctionnelle ne peut excéder quatre mois si la personne objet de la mesure n'a pas déjà été condamnée pour un crime ou un délit de droit commun à une peine ferme supérieure ou égale à un an d'emprisonnement et si elle n'encourt pas une peine excédant cinq ans. Dans les autres cas, le juge peut décider de prolonger la détention pour une nouvelle période de quatre mois (par une ordonnance motivée, précisant notamment les investigations à accomplir). En tout état de cause, sa durée totale ne peut, en principe, excéder un an en matière correctionnelle et deux ans en matière

¹²² Art. 4 de l'ordonnance du 2 février 1945 tel que complété par la loi du 9 mars 2004

criminelle lorsque la peine encourue est inférieure à dix ans de détention ou rétention criminelle (à trois ans dans les autres cas)¹²³.

Cependant, les crimes et délits pouvant être qualifiés de terroristes, tout comme les crimes et délits relevant du trafic de stupéfiants ou encore du proxénétisme, sont soumis une nouvelle fois à un régime dérogatoire. En effet, les concernant, le délai total maximum de détention provisoire est porté à deux ans en matière correctionnelle lorsque la peine encourue est de dix ans d'emprisonnement, et à 4 ans en matière criminelle en vertu de l'article 145-2 du code de procédure pénale. Elle ne peut, en tout état de cause, excéder «une durée raisonnable, au regard de la gravité des faits reprochés à la personne mise en examen et de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité»¹²⁴.

La Cour Européenne des droits de l'Homme a eu l'occasion récemment de se prononcer sur la légalité de détentions provisoires successivement prolongées. Dans un arrêt du 26 janvier 2012¹²⁵, concernant des détenus accusés d'appartenir à l'organisation terroriste ETA qui avaient vu leur détention provisoire plusieurs fois prolongée, elle a conclu à la violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable de l'article 5§3. Les juges européens ont en effet considéré qu'une durée de détention provisoire s'échelonnant de quatre ans et huit mois à cinq ans et dix mois, apparaissait de prime abord déraisonnable et devait être accompagnée de justifications particulièrement fortes.

Si en matière de terrorisme la privation de liberté, garde à vue ou détention provisoire, est dérogatoire quant à sa durée, elle s'accompagne également de dérogations quant aux droits normalement assurés dans le cadre de ces procédures.

B) La privation de certains droits procéduraux

Non seulement la garde à vue en matière de terrorisme apparaît dérogatoire quant à sa durée, mais également quant à ses modalités. Ainsi, le droit de faire prévenir un proche ou son employeur peut être dénié à la personne gardée à vue. S'il en va de la personne soupçonnée de terrorisme comme de la personne soupçonnée d'un crime ou délit de droit commun, ce refus prend davantage d'ampleur concernant une affaire de terrorisme puisqu'en cas de prolongation exceptionnelle au delà de quatre-vingt-seize heures, le gardé à vue ne dispose de la possibilité de réitérer sa demande qu'à l'issue de la quatre-vingt-seizième heure, sans pour autant avoir la garantie qu'il soit fait droit à sa requête (art. 706-88-1 dernier alinéa).

Plus encore, l'intervention de l'avocat, comme pour tous les crimes et délits entrant dans le champ de l'article 706-73, peut être différée. Mais, contrairement à la majorité de ces crimes et délits au régime déjà dérogatoire, pour lesquels le report de l'intervention de l'avocat ne peut avoir lieu que

¹²³ Article 145-2 CPP

¹²⁴ Article 144-1 CPP

¹²⁵ Cour EDH, Berasategi, Esparza Luri, Guimon, Sagarzazu et Soria Valderama c/ France 26 janvier 2012

pour une durée maximale de quarante-huit heures, en matière de terrorisme comme de stupéfiants, le droit à l'assistance d'un avocat peut n'être effectif qu'à partir de la soixante-douzième heure de garde à vue. C'est ce qui résulte du cinquième alinéa de l'article 706-88 tel qu'issu de la loi du 14 avril 2011. Ce report est alors décidé par le juge de la liberté et de la détention statuant à la requête du procureur de la république (pour un report inférieur à vingt-quatre heures, la décision appartient au procureur de la république). L'avocat et son client recouvrent alors, à partir du début de son intervention, l'éventail de leurs droits (entretien de 30 minutes dans des conditions garantissant la confidentialité, accès au dossier, aux procès-verbaux d'audition...). Le conseil Constitutionnel, dans l'examen de la loi du 9 mars 2004, a validé ce report au droit à l'assistance d'un avocat, qu'il n'a considéré ni contraire à la liberté individuelle, ni contraire aux droits de la défense. Il apparaît donc que les droits de la personne gardée à vue doivent ainsi céder devant les nécessités de l'enquête et de la répression.

Certaines garanties restent toutefois intangiblement assurées, comme le droit d'être examiné par un médecin. Ce droit se trouve d'ailleurs renforcé en cas de mise en oeuvre de l'article 706-88-1 puisque le gardé à vue est obligatoirement examiné par un médecin dès le début de chacune des deux prolongations supplémentaires. Le médecin se prononcera sur la compatibilité de la mesure de prolongation avec l'état de santé de l'intéressé.

Il est par ailleurs intéressant de souligner que la loi du 14 avril 2011, afin notamment d'accéder à l'exigence d'une proportionnalité entre la gravité de l'infraction, la nécessité de la mesure, et le caractère particulièrement attentatoire de la privation de liberté, a introduit à l'article 62-2 du code une liste de six objectifs auxquels doit répondre la mesure envisagée afin d'être légalement acceptable dans son principe, à savoir permettre les investigations lorsqu'elles impliquent la présence du principal intéressé, permettre la présentation de celui-ci au procureur de la république, empêcher qu'il ne fasse disparaître ou ne modifie des preuves, ne fasse pression sur des témoins, ou ne se concertent avec ses coauteurs ou complices, ou enfin garantir la cessation du crime ou du délit. La critique de la disproportion se alors trouve mise en échec et la légalité satisfaite. Les mêmes exigences s'appliquent à la matière terrorisme. A cet égard, il apparaît important de s'assurer des fondements suffisants de la prolongation garde à vue. En effet, dans un de ses arrêts¹²⁶, la Cour Européenne semble procéder à une appréciation des éléments de preuves permettant d'asseoir un maintien en garde à vue. Elle a pu conclure à la violation de l'article 5§1 de la Convention de la part de l'Irlande du Nord où un policier avait maintenu, dans le respect des dispositions légales en vigueur à l'époque, un individu soupçonné de terrorisme pendant 72 heures, alors que les éléments de preuves fournis n'étaient, selon elle, pas suffisant pour établir l'arrestation de manière objective. Elle souligne aussi que l'article 5 ne permet pas de détenir un individu pour l'interroger aux seules fins de recueillir des renseignements. Il doit exister une intention, au moins en principe, d'engager des poursuites¹²⁷.

¹²⁶ CEDH Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni 30 Août 1990

¹²⁷ Unité de la Presse de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Fiches Thématiques - Terrorisme et CEDH, Janvier 2014

Enfin, la loi du 14 avril 2011 est venue également préciser, à l'article 63-5, que la garde à vue doit s'exécuter dans des conditions qui assurent la dignité de la personne et que seules peuvent lui être imposées les mesures strictement nécessaires. Ces dispositions visent à répondre aux exigences de la jurisprudence européenne et à tourner la page sur les condamnations passées de la France pour des faits de torture et de traitement humiliants et dégradants commis par les forces de l'ordre lors du déroulement de mesures de garde à vue. Rien ne nous permet d'écarter ces exigences, édictées en des termes généraux, là où le terrorisme est concerné. Il nous est donc permis de constater que si le terrorisme appelle des réponses dérogatoires concernant la privation de liberté, il voit également apparaître des garanties renforcées s'agissant du contrôle de la garde à vue.

Cette liste longue mais non exhaustive des dispositions procédurales dérogatoires relatives notamment aux infractions terroristes nous démontre bien la spécificité avec laquelle le législateur traite la matière. Ce que le terrorisme représente de menaces pour la nation et les citoyens, et la complexité des schémas dans lesquels il s'inscrit, justifient des moyens d'action renforcés. Ces procédures dérogatoires sont autant de marqueurs de la gravité intrinsèque des actes de terrorisme, les dommages sociaux auxquels il risque de conduire comptant parmi les résultats infractionnels les plus redoutés du législateur.

Par ailleurs, l'utilisation de diverses techniques législatives de singularisation de la matière, extension d'une mesure dérogatoire existante à une nouvelle infraction (ex : transposition de la garde à vue prolongée en matière de stupéfiants au terrorisme), extension du caractère déjà dérogatoire d'une mesure d'investigation existante (ex : perquisitions sans l'assentiment de la personne concernée sur autorisation du juge du siège puis dérogation à la contrainte des heures légales), ou pérennisation d'une dérogation pensée comme temporaire, en réponse à un danger immédiat, qui traduit parfois la méfiance première du législateur envers les procédures dérogatoires (ex : opérations de contrôle d'identité et visites de véhicules réalisés sur décision du parquet dans certains lieux et pendant une certaine durée pour la recherche d'infractions terroristes ou d'infractions en matière d'armes, d'explosifs ou de stupéfiants¹²⁸), qui éloigné toujours plus du droit commun le régime applicable en matière de terrorisme, a également à un brouillage des différentes procédures d'enquête. Les incidences de la distinction entre enquête de flagrance, enquête préliminaire et instruction, ne semblent en effet déjà plus être qu'un lointain souvenir. L'extension progressive des dérogations a également conduit à un certain morcellement de ces procédures, au sein même du code de procédure pénale (un Titre XV, au sein du Livre IV étant consacré à la poursuite, à l'instruction et au jugement des actes de terrorisme, alors qu'il faut, concernant les actes d'enquête, se référer aux dispositions du Titre XXV relatif à la criminalité et à la délinquance organisée), entre le droit commun et les dispositions spéciales (les dispositions concernant les contrôles d'identité et les fouilles issues de la loi du 18 mars 2003 figurant à l'article 78-2-2, parmi

¹²⁸ Pérennisées par la loi n°2003-239 du 18 mars 2003

les dispositions de droit commun), et à un certain émiettement entre le code de procédure pénale et d'autres codes ou lois (les écoutes administratives figurent au sein du code de la sécurité intérieure). L'accessibilité et la prévisibilité de la matière en sont affectés. A cet éclatement formel s'ajoute un morcellement matériel causé par la disparité des dispositions dérogatoires¹²⁹. Si la matière a gagné sans conteste en efficacité, elle n'a pas gagné en lisibilité.

Enfin, ces pouvoirs d'enquêtes amplifiés sont axés autour d'un acte fondamental de la procédure : le juge du siège. Ils nous permettent de prendre la mesure du rôle fondamental du juge des libertés qui, presque systématiquement constitue le dernier rempart contre l'arbitraire et les potentielles dérives de l'accentuation de la répression, dans la droite ligne des réflexions et justifications ayant présidé à sa création. Mais ce contrôle est parfois très souple et trop compréhensif.

Mais toutes ces dérogations procédurales seraient vaines sans le support d'une coopération internationale optimisée, comme le démontre la volonté, depuis les années 90, de lutter globalement contre la criminalité organisée, ayant aboutit notamment à la loi Perben II du 9 mars 2004 .

SECTION 2 : UNE COOPÉRATION JUDICIAIRE OPTIMISÉE

S'agissant d'une criminalité transnationale complexe, telle le terrorisme, ayant vocation à s'épandre au-delà des frontières françaises, que ce soit par l'existence de complicités étrangères ou par la commission totale (ex : fourniture de moyens, «recrutement»...) ou partielle (ex : infractions continues comme l'association de malfaiteurs) d'infractions terroristes, la lutte contre un tel phénomène serait illusoire sans procédures de coopération judiciaire renforcées. Puisque le terrorisme ne connaît pas de frontières, son combat doit s'efforcer de réduire l'obstacle de droit qu'elles constituent. L'actualité illustre de la nécessité de ces procédures : est actuellement examiné par la Cour d'Appel de Toronto en ce début d'année 2014, la demande d'extradition présentée par la France du terroriste présumé Hassan Diab. Suspecté d'être le principal instigateur de l'attentat de la rue Copernic, qui avait fait quatre morts et une quarantaine de blessés le 3 octobre 1980, interpellé au Canada le 13 novembre 2008 à la demande de la justice française, il fit l'objet d'une décision d'extradition favorable rendue par la Cour supérieure de l'Ontario en juin 2011. L'appel actuellement est pendant¹³⁰.

La préoccupation d'une lutte internationale contre le terrorisme est récente puisqu'elle ne s'est manifestée qu'à partir la seconde moitié du XXème siècle, coïncidant avec le développement sur la scène internationale d'un terrorisme à échelle mondiale. Kofi Annan, secrétaire général de l'Organisation des Nations-Unies faisait remarquer : *«Le terrorisme (...) représente une menace*

¹²⁹ E. Rubi-Cavagna, «L'extension des procédures dérogatoires», RSC 2008, p. 23

¹³⁰ «Attentat de la rue Copernic : l'extradition du suspect canadien en appel», publié par L'Express.fr, le 04 novembre 2013

mondiale pour la démocratie, le règne du droit, les droits de l'homme et la stabilité. La mondialisation met clairement en relief la nécessité pour la communauté internationale de déployer des efforts»¹³¹.

La lutte internationale contre le terrorisme, qui met en oeuvre des instruments spécifiques prévoyant des procédures dérogatoires en la matière, ne s'organise pas sur un plan unique mais se développe à trois niveaux différents : au sein de l'Organisation des Nations-Unies tout d'abord, au sein du Conseil de l'Europe et de l'Union Européenne ensuite. C'est principalement ce dernier aspect qui intéressera notre propos, le cadre européen présentant des instruments plus approfondis, plus dérogatoires, plus efficaces, avec une incidence plus directe dans notre droit interne que ceux des Nations-Unies ou même du Conseil de l'Europe.

Nous mentionnerons tout de même que, dans le cadre des Nations-Unies, de très nombreuses conventions concernant le terrorisme ont été signées. Leur nombre s'élève aujourd'hui à 16 et laissent le sentiment d'une certaine hétérogénéité quant à leurs objets. On citera, entre autres, la Convention de Tokyo, première en la matière, relative aux infractions et à certains actes survenant à bord des aéronefs du 14 septembre 1963, la Convention de La Haye pour la répression de la capture illicite d'aéronefs du 16 décembre 1970, la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale du 14 décembre 1973, la Convention internationale contre la prise d'otages du 18 décembre 1979 ou la Convention sur la protection physique des matières nucléaires du 3 mars 1980. Plus récemment, ont encore été signées la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme du 9 décembre 1999 et la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire du 13 avril 2005. Ces différentes conventions, qui ont fini par couvrir un champ pénal non négligeable, peuvent toutefois laisser le sentiment d'un certain désordre et d'une absence de réflexion globale.

Ces divers outils comportent presque tous une obligation pour les Etats parties de réprimer dans leur droit interne, par des incriminations adéquates, les infractions définies dans la convention ainsi que l'obligation d'exercer sa compétence à défaut d'extrader¹³². L'affirmation de l'obligation des Etats de se prêter assistance dans les procédures pénales (entraide judiciaire) ainsi que d'extrader (dès lors que les conditions de droit interne sont réunies) figurent également dans la plupart de ces instruments¹³³. On retrouve aussi, pour certains, l'interdiction d'user du motif tiré du caractère politique de l'infraction pour refuser de faire droit à une demande extradition¹³⁴. Aujourd'hui,

¹³¹ Kofi Annan dans la préface du document de l'ONU

¹³² Principe parfois appelé « pas de refuge pour les terroristes »

¹³³ Guide législatif sur les conventions et protocoles mondiaux contre le terrorisme, préparé par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, 2004

¹³⁴ Par exemple l'article 11 de la Convention sur les attentats terroristes à l'explosif et l'article 14 de la Convention sur le financement du terrorisme stipulent que : « Pour les besoins de l'extradition ou de l'entraide judiciaire entre Etats parties, aucune des infractions visées à l'article 2 n'est considérée comme une infraction politique, comme une infraction connexe à une infraction politique ou comme une infraction inspirée par des motifs politiques ».

environ deux tiers des Etats membres de l'ONU ont ratifié au moins 10 des 16 instruments et il n'y a plus aucun pays qui n'ait signé l'un d'eux¹³⁵.

Par ailleurs, les attentats du 11 septembre, qui ont placé la lutte contre le terrorisme au centre des préoccupations de l'ONU, ont servi d'accélérateur à l'approfondissement de la matière. Après avoir réaffirmé solennellement son opposition aux actes de terrorisme, qui constituent des menaces «pour la paix et la sécurité internationales»¹³⁶ et sont «contraires aux buts et aux principes de l'Organisation»¹³⁷, le Conseil de sécurité de l'ONU a créé, par une résolution 1373 du 28 septembre 2001 (résolution à caractère obligatoire, contrairement aux résolutions de l'assemblée générale), un Comité contre le terrorisme qui surveille l'application des instruments en la matière. Cette résolution fait également obligation aux Etats parties d'adopter des mesures nécessaires pour prévenir le terrorisme, de veiller à ce que toute personne participant au financement, à l'organisation, à la préparation ou perpétration des actes de terrorisme soit traduite en justice et d'incriminer ces infractions graves dans leur législation interne. Les Etats membres négocient depuis 2000 un projet de convention générale sur le terrorisme international. Un projet de rapport a été adopté le 12 avril 2013 et la création d'un groupe de travail a été recommandé afin d'achever le processus¹³⁸. Le projet continue toutefois de susciter des critiques et les principales difficultés rencontrées semblent sans surprise concerner la définition du terrorisme.

Le Conseil de l'Europe s'est quant à lui aussi saisi de la problématique terroriste et a, dès 1977, adopté une Convention européenne pour la répression du terrorisme¹³⁹ dite Convention de Strasbourg, amendée en 2003¹⁴⁰. Cette Convention est d'une importance cruciale puisqu'elle a consacré au profit des différents signataires et notamment de la France (qui l'a ratifiée en 1987¹⁴¹), une compétence universelle pour certains actes de terrorisme. Plus précisément, elle fait obligation aux Etats auxquels est demandée l'extradition d'un individu soupçonné d'un acte de terrorisme énuméré, d'exercer sa compétence pour juger lui-même des faits s'il choisit de ne pas extradier, manifestation de l'adage latin «*aut punire, aut dedere*»¹⁴². L'importance du dispositif issu de la Convention de Strasbourg de 1977, couplé à l'accord de Dublin du 4 décembre 1979 relatif à son application, transposé en droit français à l'article 689-3 du code de procédure pénale, est telle qu'il prime tout autre traité ou accord d'extradition applicable entre les Etats membres (y compris la

¹³⁵ Site internet du Comité contre le terrorisme du Conseil de sécurité de l'ONU, partie «Droit», «Les 16 instruments juridiques internationaux de lutte contre le terrorisme»

¹³⁶ Résolution du Conseil de Sécurité de l'ONU n°1368 du 12 septembre 2001

¹³⁷ Résolution du Conseil de Sécurité de l'ONU n°1373 du 28 septembre 2001

¹³⁸ Document Assemblée générale des Nations-Unies, L/3210

¹³⁹ Convention Européenne pour la prévention du terrorisme n°17828 du 27 janvier 1977 : elle fait elle aussi interdiction d'user du motif tiré du caractère politique de l'infraction de terrorisme pour refuser la remise lors d'une procédure d'extradition.

¹⁴⁰ Amendement du 15 mai 2003 (STE n°190) qui élargit le champ d'application de la Convention aux infractions comprises dans les différentes conventions de l'ONU

¹⁴¹ Loi n°87-542 du 16 juillet 1987 autorisant la ratification de la Convention européenne pour la répression du terrorisme

¹⁴² Adage «ou punir, ou extradier» formulé par Grotius et repris dans une formule plus contemporaine *aut dedere, aut judicare*, «ou extradier, ou juger». Z. Galicki, «L'obligation d'extradier ou de poursuivre en droit international», document des Nations-Unies

Convention européenne d'extradition). Au terme de l'article 689-3 du code de procédure pénale, les juridictions françaises ont donc compétence pour poursuivre et juger, si elle se trouve en France, toute personne coupable, au sens du droit français, de l'une des infractions listées à l'article (parmi lesquelles : atteinte volontaire à la vie, enlèvement et séquestration, crime ou délit comportant l'utilisation de bombes...) lorsque ce crime ou délit est en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur. Toutefois, comme le souligne le Professeur Yves Mayaud, les infractions qui relèvent de cette convention sont, comparées aux articles 421-1 et 421-2 du code pénal, plus restreintes (elles sont moins nombreuses ou recourent des qualifications moins étendues) et plus incertaines (les contours des crimes et délits comportant l'utilisation de substances incendiaires ou explosives sont assez flous)¹⁴³, excluant une correspondance optimale entre le dispositif français et européen. La compétence universelle des juridictions françaises est donc plus étroite que leur compétence interne. On soulignera que cette convention n'est pas la seule à instituer une compétence universelle des juridictions françaises. En effet, dans le cadre de l'ONU, la Convention sur la répression de la capture illicite d'aéronefs de La Haye du 16 décembre 1970 ou encore la Convention sur la protection physique des matières nucléaires de Vienne et New York du 3 mars 1980, pour n'en citer que deux, font état de cette même compétence pour des qualifications terroristes très précises. Ces conventions sont référencées aux articles 689-4 à 689-7 du code de procédure pénale. Les dispositifs résultant de ces diverses conventions ne semblent pas procéder d'une approche globale et uniforme mais plutôt de réactions anti-terroristes ponctuelles.

Mais c'est dans le cadre régional de l'Union Européenne qu'ont été développés les instruments internationaux de lutte contre le terrorisme les plus aboutis. Comme nous le montrent les nombreux exemples d'actualité, il n'est pas un pays de l'Union européenne qui puisse prétendre être à l'abri d'agissements terroristes sur son sol. Si les actes de terrorisme ont semblé décroître depuis 2007, un récent rapport d'EUROPOL¹⁴⁴ a établi à 294 le nombre d'attaques terroristes survenues en 2009 sur le territoire de six états membres différents. Les chiffres donnent le vertige. Par ailleurs, 587 individus étaient arrêtés la même année pour les infractions terroristes, la majorité pour participation à un groupement terroriste (en droit français l'association de malfaiteurs) et 391 inculpés de charges terroristes dans un Etat membre. Nulle surprise à ce que le terrorisme figure au rang des préoccupations majeures de l'Union européenne depuis plusieurs années. Mais l'originalité de la lutte contre le «terrorisme organisé» dans le cadre de l'Union européenne est de placer la France dans une situation de partenariat¹⁴⁵. Le cadre européen s'est avéré favorable à la lutte anti-terroriste par la diversité des instruments mis à la disposition de l'Union européenne, plus encore depuis le Traité de Lisbonne, et a permis la création d'un outil d'une extrême efficacité dans la lutte anti-terroriste : le mandat d'arrêt européen.

¹⁴³ Yves Mayaud, «Terrorisme», Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, avril 1997 (mise à jour mars 2013)

¹⁴⁴ EUROPOL, TE-SAT 2010, EU terrorism situation and trend report

¹⁴⁵ Yves Mayaud, op. cit.

§1- Un cadre européen favorable

Il est de principe en droit pénal international que les compétences s'arrêtent aux frontières¹⁴⁶ en raison du principe traditionnel de territorialité de la loi pénale qui fait écho à la séparation politique et territoriale des Etats. De la même manière, l'absence d'autorité de chose jugée à l'étranger est classiquement admise. Ont alors été progressivement introduits par des conventions internationales bilatérales, des mécanismes correctifs : extradition, transfèrement et entraide judiciaire, qui permettent de faire produire des effets à des décisions et à des actes étrangers. L'union Européenne a permis la création de mécanismes d'entraide plus approfondis entre les Etats-membres, favorisant ainsi la conduite par les Etats européens et l'Union européenne elle-même d'une politique anti terroriste efficace.

La construction Européenne des années 50 ne s'est pas préoccupée de droit pénal car celui-ci, assimilé au *jus puniendi*¹⁴⁷ (droit de punir) des Etats et touchant à la compétence du parlement (idée de contrat social), est traditionnellement perçu comme une matière de souveraineté¹⁴⁸. La matière pénale a pourtant fini par infiltrer le droit de l'Union, d'abord indirectement par la jurisprudence de la Cour de Justice relative à la matière commerciale¹⁴⁹, puis directement avec le Traité de Maastricht du 7 février 1992 qui intègre la coopération en matière pénale dans le «troisième pilier»¹⁵⁰. Le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, qui crée un «espace de liberté, de sécurité et de justice» introduit de nouveaux instruments plus efficaces à l'usage du troisième pilier : la décision et la décision-cadre (instrument contraignant quant au résultat et au délai de transposition mais sans effet direct), qui serviront la lutte anti terroriste européenne.

L'Union européenne se reconnaît ainsi une compétence pénale, certes plus limitée qu'en matière communautaire, mais qui va bénéficier de l'essor pris par le concept de reconnaissance mutuelle¹⁵¹, qui déjà émerge, pour continuer à se développer. Formalisée par le Conseil Européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, la reconnaissance mutuelle, «pierre angulaire» de la coopération judiciaire¹⁵², est d'abord conçue comme un substitut à l'harmonisation des législations internes des Etats membres. Elle prône la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires entre Etats membres au soutien d'une coopération renforcée. C'est dans ce contexte européen favorable que seront adoptés les premiers instruments de l'Union Européenne relatifs au terrorisme.

¹⁴⁶ Impossibilité pour les agents d'un Etat d'agir sur le territoire d'un autre Etat posée par l'arrêt Lotus de la CIJ de 1927 ; illustration française dans l'arrêt Argou de la Chambre criminelle de 1964

¹⁴⁷ E. Barbe, «L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit pénal français : de l'ombre à la lumière», AJ pénal 2011, p.438

¹⁴⁸ Y. Mayaud, *Droit pénal général* - «L'union européenne a-t-elle une compétence pénale?», op. cit.

¹⁴⁹ Pour l'éviction de dispositions pénales internes contraires aux droits et libertés communautaires : CJCE 21 mars 1972 ministère de la république italienne, avec une application interne par Cass. Crim. 18 décembre 1997

¹⁵⁰ Préalablement, la Convention d'Application des Accords de Schengen (CAAS) du 19 juin 1990 s'était déjà saisie de questions de coopération judiciaire sans pouvoir autant intégrer en tant que tel le droit pénal dans le droit de l'Union

¹⁵¹ Idée de reconnaissance mutuelle qui suppose que l'on fasse produire directement effet à une décision étrangère, transposition d'un principe existant en matière de marché intérieur : CJCE Cassis de Dijon 20 février 1978

¹⁵² Conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, CVCE

A) La diversité des instruments de l'Union Européenne au soutien de la lutte anti-terroriste

Dès le 21 septembre 2001, les chefs d'Etat et de gouvernement, réunis en Conseil Européen extraordinaire, adoptaient un plan d'action pour lutter contre le terrorisme¹⁵³ impliquant un renforcement de la coopération policière et judiciaire pénale, ainsi que la création, au sein d'Interpol, d'une équipe de spécialistes anti-terroristes¹⁵⁴. Des mesures concrètes ont rapidement suivi, soit pour favoriser la coopération policière ou judiciaire, soit pour tenter d'harmoniser les procédures ou droits pénaux des Etats membres sur certains sujets spécifiques.

1/ La quête de normes communes

La confiance mutuelle que doivent s'accorder les Etats membres de l'Union européenne pour pouvoir mettre en oeuvre une coopération judiciaire et policière renforcée suppose un minimum de «langage commun»¹⁵⁵ entre ces Etats aux traditions juridiques diverses. Les processus en effet entretiennent une relation d'interdépendance et se combinent dans un double sens : soit l'harmonisation apparait comme une condition de la coopération, soit la coopération et la reconnaissance mutuelle sont nécessaires à l'efficacité de l'harmonisation. Qu'il s'agisse de droit matériel ou de droit processuel, les institutions de l'Union européenne ont donc entendu, corrélativement au renforcement de la coopération, introduire des «normes minimales communes» aux Etats membres en terme de définitions communes, de sanctions communes, ou encore de principes processuels communs¹⁵⁶. Pour ce faire, le Conseil et la Commission ont usé du panel d'outils à leur disposition dans le cadre de leur pouvoir législatif en matière pénale (décisions, règlements, conventions multilatérales mais surtout décisions-cadre).

DÉFINITIONS, INCRIMINATIONS, SANCTIONS, COMPÉTENCE - L'instrument le plus topique est certainement la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme¹⁵⁷. Ayant bénéficié pour son adoption du sentiment d'urgence consécutif aux attentats du 11 septembre 2001, elle a eu pour principaux objectifs de donner un commencement de définition commune des infractions terroristes ainsi que de veiller à ce que les différents comportements visés (auxquels s'ajoutent la complicité, la tentative et l'incitation) soient érigés en infractions dans tous les Etats membres de l'Union et soient punissables de sanctions communes et effectives¹⁵⁸.

¹⁵³ Document 14925/01 JAI 7 décembre 2001

¹⁵⁴ Rapport d'information de l'Assemblée Nationale n°3332 du 15 octobre 2001 sur les mesures prises par l'Union Européenne à la suite des attentats terroristes aux Etats-Unis

¹⁵⁵ Mireille Delmas-Marty, «A la recherche d'un langage commun», in *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Collection de l'UMR de droit comparé de Paris, Vol.5, 2003

¹⁵⁶ D.N. Commaret, «*Le mandat d'arrêt européen*», RSC 2005, p.326

¹⁵⁷ Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 n°2002/475/JAI

¹⁵⁸ M-A. Beernaert, «La décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme», *Revue Internationale de droit pénal* 2006/1-2, vol. 77, p.277-284, Eres

En terme de procédure, la décision-cadre a souhaité introduire des «*règles juridictionnelles (...) pour garantir que l'infraction terroriste peut faire l'objet de poursuites efficaces*»¹⁵⁹. Elle impose à ce titre aux Etats de veiller à ce que puissent relever de leur compétence non seulement les infractions commises sur leur territoire ou à bord d'un navire battant leur pavillon ou d'un aéronef y étant enregistré (compétence territoriale classique), mais aussi les infractions ayant pour auteur l'un de leurs ressortissants ou résidents (compétence personnelle active élargie à la résidence et pas seulement relative à la nationalité, en écho à la montée en puissance de la notion de résidence en droit pénal international) ou qui ont été commises contre leurs institutions ou contre un de leurs nationaux (compétence personnelle passive)¹⁶⁰. Les Etats doivent également s'estimer compétents lorsque l'infraction a été commise contre une institution ou un organisme de l'Union européenne ayant son siège sur son territoire. On voit donc bien ici émerger des règles procédurales spéciales, qui font obligation à certains Etats d'adopter des règles de compétence qui n'appartiennent pas nécessairement à leur tradition juridique (la compétence personnelle passive, si elle parfaitement admise en droit français, reste inconnue de certains pays de *common law* comme l'Irlande¹⁶¹).

PROCÉDURES COMMUNES DE «GEL» - Depuis la résolution 1373 du Conseil de Sécurité des Nations-Unies, la lutte contre le financement du terrorisme a pris une place centrale dans la lutte anti-terroriste internationale et le gel des avoirs terroristes constitue un axe fondamental de cette politique. Certains instruments de l'Union adoptés postérieurement au 11 septembre 2001 ont donc visé à mettre en oeuvre des résolutions des Nations-Unies relatives à la lutte contre le financement du terrorisme. C'est le cas de la position commune adoptée le 27 décembre 2001, visant à geler les avoirs bancaires des terroristes, qui entend mettre en oeuvre la résolution 1373 et de la position commune relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme, à laquelle est annexée une liste de personnes et entités reconnues comme terroristes au sein de l'Union¹⁶². Le dispositif est complété par un règlement du Conseil du 27 décembre 2001 ordonnant le gel des fonds des personnes et entités inscrites sur la liste précédemment mentionnée. La procédure est inédite : lorsque l'Union dispose d'informations selon lesquelles une autorité nationale a pris une décision d'ouverture d'enquête ou de poursuite pour un acte de terrorisme, la personne ou l'entité concernée peut être inscrite sur une liste établie par le Conseil. La conséquence de l'inscription pour la personne concernée réside dans le gel de ses avoirs, c'est-à-dire la privation de son pouvoir de contrôle sur la chose gelée (actifs financiers, avantages économiques et ressources économiques de toute nature qui ne sont pas des fonds mais peuvent être utilisés pour obtenir des fonds, biens ou services)¹⁶³, ainsi que de la possibilité d'en jouir. Il s'agit d'empêcher par tout moyen leur mutation. L'Union européenne a peaufiné le dispositif en visant spécifiquement certains types de terrorisme : le terrorisme lié à la mouvance Al Qaida¹⁶⁴ et le terrorisme lié à

¹⁵⁹ Exposé des motifs de la décision-cadre du 13 juin 2002 n°2002/475/JAI

¹⁶⁰ Art 9 de la décision-cadre du 13 juin 2002 n°2002/475/JAI

¹⁶¹ Voir l'affaire Ian Bailey/ Sophie Toscan du Plantier, Supreme Court of Ireland 1 march 2012 n° 174/2011

¹⁶² Position commune relative à la lutte contre le terrorisme, JOCE n°344 du 28 décembre 2001, p. 93 et s.

¹⁶³ C. Cutajar, «*Le gel des avoirs terroristes en application du règlement UE n°2580/2001*», AJ Pénal 2013, p.455

¹⁶⁴ Règlement UE n°881/2002

l'Afghanistan¹⁶⁵. Le dispositif, qui intéresse tant le fond du droit que la procédure, est basé sur une véritable collaboration entre Etats membres et Union européenne. Il a eu un écho en droit français : la loi du 23 janvier 2006 confie en ce domaine une prérogative de police administrative spéciale au ministre de l'économie et des finances, qui peut décider le gel des fonds et ressources¹⁶⁶.

Dans le même état d'esprit, a pu être adoptée le 24 février 2005 une décision-cadre relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime¹⁶⁷, qui concerne spécifiquement la criminalité transfrontalière. Elle vise, afin de prévenir et combattre efficacement cette criminalité, à «dépister, geler, saisir et confisquer les produits du crime». Conformément à cette décision-cadre, chaque Etat membre doit prendre les mesures nécessaires pour permettre la confiscation des produits provenant d'infractions pénales passibles d'une peine privative de liberté d'une durée supérieure à un an, commises dans le cadre d'une organisation criminelle, et notamment d'une organisation terroriste. Elle a donc pour objet non pas la création d'une procédure spécifique au sein de l'Union européenne mais l'instauration, dans chaque Etat membre, de procédures minimales communes.

2/ Le renforcement de la coopération policière et judiciaire

L'Union européenne a également eu en vue d'accroître la coopération policière et l'entraide judiciaire classique concernant le terrorisme entre Etats membres, mais également avec les Etats tiers. A cet égard, la place occupée par la coopération avec les Etats-Unis s'est considérablement accrue depuis le 11 septembre comme en témoignent la déclaration commune de l'Union européenne et des Etats-Unis sur la lutte contre le terrorisme¹⁶⁸, la décision du Conseil du 23 juillet 2007¹⁶⁹ relative à la signature d'un accord entre l'Union européenne et les Etats-Unis sur le traitement et le transfert de données des dossiers passagers par les transporteurs aériens (données PNR), ou encore, l'accord relatif à l'extradition entre l'Union européenne et les Etats-Unis¹⁷⁰ qui prévoit, sous certaines conditions, l'abandon de la voie diplomatique au profit de la transmission directe entre autorités judiciaires des demandes d'arrestation provisoire et transmissions d'informations. Mais les avancées les plus notables se font au sein de l'Union, entre Etats membres.

COOPÉRATION JUDICIAIRE - Outre la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, que nous examinerons plus après, et la création d'une procédure d'extradition simplifiée entre Etats membres¹⁷¹, devenue obsolète depuis l'entrée en vigueur du mandat d'arrêt européen qui la

¹⁶⁵ Règlement UE n°753/2011

¹⁶⁶ Loi n°2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers

¹⁶⁷ Décision cadre 2005/212/JAI du Conseil du 24 février 2005

¹⁶⁸ EU-U.S. ans Member states 2010 Declaration on Counterterrorism, 3018th Justice and Home Affairs Council meeting Luxembourg, 3 june 2010

¹⁶⁹ Décision 2007/551/PESC/JAI du Conseil du 23 juillet 2007

¹⁷⁰ Accord du 19 juillet 2003, JOUE n°L181/27

¹⁷¹ Convention du 27 septembre 1996 relative à l'extradition entre Etats membres de l'Union Européenne

supplante, l'une des avancées les plus notables en terme de coopération judiciaire concerne la reconnaissance et l'exécution par un Etat membre des décisions de gel de biens et d'éléments de preuve prises dans un autres Etat membre. Une décision-cadre «gel de biens et d'éléments de preuves» du 22 juillet 2003¹⁷² est en effet intervenue pour fixer les règles selon lesquelles un Etat membre reconnaît et exécute sur son territoire une décision de gel émise par une autorité judiciaire d'un autre Etat membre dans le cadre d'une procédure pénale. Il s'agit d'un acte de coopération pénale internationale visant à permettre de geler, à l'étranger, des avoirs soupçonnés d'être criminels. La procédure revêt un caractère judiciaire et non inter-étatique classique puisque la demande se fait par commission rogatoire internationale, assortie d'un «certificat», envoyée à l'autorité judiciaire de l'Etat étranger. Comme pour le mandat d'arrêt européen, la décision-cadre conserve la technique des cas de refus d'exécution de la décision et affirme l'absence de contrôle de double incrimination pour 32 catégories d'incriminations, dont les infractions terroristes. La lutte anti-terroriste s'en trouve doublement facilitée.

Soulignons également que l'Union européenne a créé une agence, EUROJUST, par une décision européenne du 28 février 2002 transposée en droit français par la loi Perben II du 9 mars 2004, afin de faciliter la coopération judiciaire au sein de l'Union. «Acteur original de la coopération judiciaire européenne»¹⁷³, auprès duquel chaque Etat membre doit détacher un magistrat qui sera un pivot de l'échange d'informations, l'agence a vocation à intervenir s'agissant d'infractions graves entrant dans le champ de la criminalité organisée et notamment du terrorisme¹⁷⁴. Elle coordonne des enquêtes et apporte son soutien aux autorités compétentes qui en font la demande, afin de renforcer l'efficacité des procédures transnationales. Elle peut informer le procureur national compétent d'une infraction dont elle a connaissance et lui demander de diligenter une enquête et même d'engager des poursuites ou de nommer une équipe commune d'enquête¹⁷⁵. Elle détient une base de données importante qu'elle peut mettre au service des Etats qui en font la demande.

COOPÉRATION POLICIÈRE - La coopération policière a également son agence européenne : EUROPOL, créée par une décision du premier octobre 1998, modifiée par la décision du Conseil du 6 avril 2009¹⁷⁶ qui a élargi ses pouvoirs. Elle a pour mission l'amélioration de «*la coopération policière en vue de la prévention et de la lutte contre le terrorisme, le trafic illicite de stupéfiants et d'autres formes graves de criminalité internationale*». EUROPOL organise notamment le traitement et l'échange d'informations dans les domaines relevant de sa compétence (parmi lesquels figurent les actes de terrorisme)¹⁷⁷. Sa base de données est alimentée par les Etats membres ainsi

¹⁷² Décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve

¹⁷³ F. Falletti, «L'apport d'EUROJUST dans la lutte contre la criminalité organisée, 23 août 2010», dans l'ouvrage *La criminalité organisée. Droit français, droit international et droit comparé* sous la direction de Jean Pradel et Jacques Dallest, Lexis Nexis 2012

¹⁷⁴ Art 695 CPP qui se réfère à l'article 4 de la décision du 28 février 2002

¹⁷⁵ Art 696-5 CPP

¹⁷⁶ Décision 2009/371/JHA

¹⁷⁷ Art K1 du Traité de Maastricht du 7 février 1992

que par l'agence elle-même. Les informations relatives aux personnes condamnées ou soupçonnées d'avoir commis une infraction ou participé à une infraction relevant de sa compétence ainsi que celles relatives aux personnes pour lesquelles il existe des indices concrets qui laissent croire qu'elles commettront des infractions relevant de la compétence de l'agence, sont conservées pendant trois ans au maximum. EUROPOL a créé également des «fichiers d'analyse», soutien analytique aux enquêtes menées par les Etats membres, qu'elle alimente par des rapports d'enquête fournissant des pistes et des hypothèses ainsi que des informations utiles. Il existe un fichier d'analyse baptisé «Hydra» concernant le terrorisme islamiste ainsi qu'un fichier «Dolphin» concernant le terrorisme non islamiste dans l'Union européenne¹⁷⁸. EUROPOL aide enfin à l'analyse des menaces criminelles contemporaines. Ses travaux ont notamment conduit à l'élaboration du programme de Stockholm, adopté en octobre 2009, qui a défini cinq axes prioritaires de lutte pour les prochaines années, dont le terrorisme.

En terme de coopération policière entre Etats membres, la Convention d'application des accords de Schengen (CAAS) du 19 juin 1990 contient des dispositions intéressantes. Elle prévoit un dispositif original qui, s'il n'est pas propre à la matière terroriste, contribue sans nul doute à l'efficacité de la lutte anti-terroriste européenne. L'article 40 de la CAAS prévoit un droit d'observation. Il reconnaît en effet aux agents d'un Etat membre signataire de l'accord de Schengen, la possibilité, dans le cadre d'une enquête judiciaire dans laquelle ils observent sur leur territoire une personne soupçonnée d'avoir participé à un fait punissable pouvant donner lieu à extradition, la possibilité de continuer leur observation sur le territoire d'un autre Etat membre ayant autorisé l'observation transfrontalière. Cette possibilité s'effectue en principe sur la base d'une autorisation préalable émise par l'Etat étranger mais, pour des raisons particulièrement urgentes, il est possible de se passer de cette autorisation préalable pour certains faits punissables limitativement énumérés dont certains peuvent concerner le terrorisme (assassinat, meurtre, enlèvement, prise d'otage, infractions aux dispositions légales en matière d'armes et d'explosifs, destructions par explosifs). L'article 41 permet quant à lui un droit de poursuite qui n'est pas sans intérêt s'agissant du terrorisme. Il reconnaît aux agents, en raison d'une urgence particulière, la faculté de poursuivre sur le territoire d'un autre Etat une personne qui vient de commettre sur leur territoire une infraction flagrante ou qui s'est évadée. La liste est là encore déterminée et limitative et est sensiblement la même que s'agissant du droit d'observation. Reste que l'interpellation n'est pas pour autant possible.

B) L'extension de la compétence pénale de l'Union européenne au service de la lutte anti-terroriste

Si certains ¹⁷⁹ font remonter la compétence pénale directe de l'Union européenne à un arrêt de la CJCE du 13 septembre 2005¹⁸⁰, il reste que c'est le traité de Lisbonne de 2007 qui a véritablement

¹⁷⁸ M. Quille, «EUROPOL» dans l'ouvrage *La criminalité organisée. Droit français, droit international et droit comparé*, op. cit.

¹⁷⁹ E. Barbe, «L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit pénal français : de l'ombre à la lumière», AJ pénal 2011, p.438

¹⁸⁰ CJCE, 13 sept. 2005, n° C-176/03, *Commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne* : s'appuyant sur l'article 47 du TUE, la Cour a reconnu que l'Union pouvait, par le biais d'une directive (hors troisième pilier), obliger les Etats membres à sanctionner pénalement le non respect du droit communautaire

consacré cette compétence dans toute sa plénitude. Avec lui une étape est franchie : l'Union s'est maintenant saisie de l'entier domaine de la coopération et étend cette saisine au droit interne des Etats membres, en matière procédurale comme en matière de fond.

Le traité de Maastricht avait certes mentionné le terrorisme comme un des domaines prioritaires du rapprochement des législations¹⁸¹, mais c'est l'extension de la compétence pénale de l'Union européenne opérée par le Traité de Lisbonne qui va permettre de faire de cet objectif une réalité. Par l'article 83 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), le Parlement européen et le conseil s'arrogent en effet le pouvoir d'adopter des règles minimales communes relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines particulièrement graves et revêtant une dimension transfrontière. Il s'agit là d'une compétence d'attribution par rapport à des domaines limitativement énumérés (mais la liste peut être élargie sur décision du Conseil à l'unanimité), parmi lesquels figure bien entendu le terrorisme. Le terrain est sensible car cette compétence s'accompagne inmanquablement d'une perte de souveraineté, ce que révèle notamment l'abandon de la règle de l'unanimité au profit de celle de la majorité pour la procédure législative ordinaire (un Etat membre pourra donc se voir imposer des normes de droit pénal, matérielles ou procédurales). Mais nous sommes ici confrontés à des domaines de criminalité contre lesquels la force de tous est nécessaire et qui, a priori, emportent consensus. L'abandon de souveraineté est de plus relatif car il ne s'agit pour l'instant que de «règles minimales communes», dans des domaines de criminalité limités, qui revêtent de toute façon une dimension transfrontière (cela étant l'article 83 2° du TFUE consacre une compétence de l'Union européenne pour l'adoption de règles minimales afin d'assurer l'efficacité de la politique mise en place par l'U.E. dans des domaines ayant déjà fait l'objet de mesures d'harmonisation).

En termes de règles procédurales, l'article 82 2° prévoit que le Parlement européen et le Conseil peuvent adopter, par la procédure législative ordinaire (à la majorité) et «dans la mesure où cela est nécessaire pour faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires, ainsi que la coopération policière et judiciaire», des règles minimales sur l'admissibilité mutuelle des preuves entre les Etats membres, les droits des personnes dans la procédure pénale, les droits de victimes, et d'autres éléments spécifiques de la procédure pénale. Le champ de cette compétence semble donc vaste bien qu'elle soit limitée aux «eurocrimes»¹⁸², c'est à dire aux infractions revêtant une dimension transfrontière (résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes). L'Union serait donc en mesure d'imposer des procédures particulières ou des droits spécifiques en la matière, comme elle l'a fait concernant le droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales en 2010¹⁸³ (transposée

¹⁸¹ Art 31 e) du Traité de Maastricht

¹⁸² Expression de L. Bellulo et B. Sturlèse dans «*La Constitution européenne : une opportunité pour l'Europe de la justice*», JCP 2004, reprise par A. Huet, Droit pénal, «§1 Infractions susceptibles d'être créées par des directives», septembre 2010

¹⁸³ Directive 2010/64/UE

par la loi n°2013-711 du 5 août 2013) ou concernant le droit à l'assistance d'un avocat en 2013¹⁸⁴, par des directives qui posent des règles purement internes en matière de procès pénal. Dans tous les cas néanmoins, une clause de sauvegarde comprenant une procédure «frein» (en cas d'atteinte aux intérêts fondamentaux du système de justice pénale d'un Etat membre) doublée d'une procédure «accélérateur», est prévue.

Cette nouvelle compétence devrait donc conduire à un accroissement considérable de l'influence de l'Union européenne sur notre droit pénal et notre procédure pénale interne, et la lutte anti-terroriste pourrait fort bien être concernée. Reste à savoir si l'Union fera pencher la balance du côté de l'efficacité répressive ou du côté des libertés fondamentales...

§2 - Un instrument efficace : le mandat d'arrêt européen

Si les conventions d'extradition visent déjà à supprimer, ou du moins à réduire, cette marge d'appréciation discrétionnaire laissée à l'Etat requis quant à l'exécution de la demande de remise (laquelle n'est perçue que comme une faculté¹⁸⁵), et à faire de l'extradition une obligation dès lors que les conditions légales sont réunies¹⁸⁶, le mandat d'arrêt européen vise à réduire encore davantage la marge de manoeuvre de l'Etat d'exécution (à cet égard le changement de terminologie est éloquent : on passe d'Etat «requis» à un Etat «d'exécution»...) dans une logique de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires au sein d'un espace intégré.

Le mandat d'arrêt européen, «première concrétisation du principe de reconnaissance mutuelle», est créé par la décision-cadre du 13 juin 2002. Son intérêt dans une lutte anti-terroriste à échelle européenne est d'autant plus évident que son adoption a été précipitée par les attentats du 11 septembre 2001. Visant à remédier aux défaillances des mécanismes traditionnels de l'entraide judiciaire (les procédures d'extradition étaient estimées trop longues et aléatoires en raison des nombreuses exceptions et voies de recours ainsi que de l'intervention du pouvoir politique dans la prise de décision¹⁸⁷) en facilitant les procédures et en supprimant ou atténuant bon nombre de motifs de refus d'exécution, il est entré en vigueur le 31 décembre 2003 et s'est substitué aux procédures d'extradition dans l'ensemble des Etats membres et entre eux.

Comme le précise l'article 1er de la décision-cadre *«le mandat d'arrêt européen est une décision judiciaire émise par un Etat membre en vue de l'arrestation et de la remise par un autre Etat membre d'une personne recherchée pour l'exercice de poursuites pénales ou pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté»*. Le mandat d'arrêt européen, même s'il n'équivaut pas encore à une exécution directe de la décision étrangère et reste proche du schéma de l'entraide, s'éloigne quand même de la transmission par voie diplomatique pour instituer une

¹⁸⁴ Directive 2013/48/UE

¹⁸⁵ Art 692-2 c.p.p. «le gouvernement français peut remettre...»

¹⁸⁶ Exemple de la Convention européenne d'extradition de 1957 qui stipule que «les parties contractantes s'engagent à se livrer réciproquement...»

¹⁸⁷ C. Mauro, «Mandat d'arrêt européen», Répertoire de droit international, janvier 2006 (mise à jour janvier 2014)

procédure judiciaire¹⁸⁸. Des cas de refus d'exécution de la demande sont maintenus¹⁸⁹, ils sont toutefois tempérés par rapport aux procédures d'extradition, permettant une remise quasi-automatique en matière d'infractions terroristes. Toutefois, le mécanisme n'est pas sans travers.

A) Une remise quasi-automatique en matière terroriste

Le mandat d'arrêt européen, afin de faciliter les remises entre Etats membres, ne maintient que trois motifs de non-exécution obligatoires de la demande : l'amnistie dans l'Etat membre d'exécution (à condition que celui-ci ait également compétence pour poursuivre), la règle *non bis in idem* au sein de l'Union européenne et seulement dans la mesure où la personne a exécuté sa peine (toutefois la France a élargi ce cas de refus obligatoire au cas où une décision définitive française ou étrangère, même hors Union européenne, est intervenue¹⁹⁰ alors que la décision-cadre faisait de l'intervention d'une décision définitive dans un Etat non membre un cas facultatif) et l'irresponsabilité de la personne (en raison de son âge). La remise de terroristes présumés ou condamnés se trouve facilitée tant par la réduction des cas facultatifs de refus d'exécution (certains étant tout de même conservés) que par la dépolitisation des actes de terrorisme, la suppression de la double incrimination ou encore l'assouplissement de la règle de spécialité.

DÉPOLITISATION DES ACTES DE TERRORISME - L'exclusion des infractions politiques du champ de l'extradition est de règle en droit international, dans l'idée que le politique relève du cœur des Etats. Le Conseil d'Etat avait d'ailleurs eu l'occasion d'affirmer dans un avis de 1995 que *«le principe selon lequel l'Etat doit se réserver le droit de refuser l'extradition pour les infractions qu'il considère comme des infractions à caractère politique constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la république»*¹⁹¹. Mais, dès les premiers instruments internationaux de lutte contre le terrorisme, on assiste à une érosion progressive de l'exception traditionnelle relative au caractère politique de l'infraction¹⁹². La Convention du 27 septembre 1996 sur l'extradition entre Etats membres de l'Union européenne excluait déjà toute possibilité, et sans clause échappatoire, de refuser une extradition au motif que l'infraction pour laquelle elle est demandée serait de nature politique (ce qui pourrait raisonnablement être invoqué s'agissant du terrorisme), précisant que les réserves exprimées ne s'appliquent pas entre les Etats membres. La décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, dont les lois de mise en oeuvre sont de niveau constitutionnelle en vertu

¹⁸⁸ Art. 6 de la décision-cadre du 13 juin 2002 : transmission d'autorité judiciaire à autorité judiciaire

¹⁸⁹ Art. 3 pour les cas de refus obligatoires et art. 4 pour les motifs facultatifs

¹⁹⁰ Art 695-22 2° CPP

¹⁹¹ CE avis du 9 novembre 1995, repris dans un arrêt du 3 juillet 1996 Koné

¹⁹² Si la Convention de Tokyo de l'ONU stipule au contraire l'absence d'obligation d'extrader en cas d'infraction politique, dès la Convention du Conseil de l'Europe de lutte contre le terrorisme du 27 novembre 1977 référence est faite à cette dérogation à l'exception classique pour infraction politique par l'énumération d'un certain nombre d'actes de terrorisme qui ne pourront être considérées comme politiques, tout en laissant la porte ouverte aux réserves. La France avait d'ailleurs formulé une réserve dans le décret de publication n°87-1024 du 21 décembre 1987.

de l'article 88-2 de la Constitution¹⁹³, consacre par son silence en ses articles 3 et 4, cette impossibilité, achevant ainsi la dépolitisation des actes de terrorisme.

EXTENSION DU CHAMP DU MAE PAR LA SUPPRESSION DU CONTRÔLE DE LA DOUBLE INCRIMINATION - L'exigence de double incrimination, constante impérative du droit extraditionnel classique¹⁹⁴ fondée sur une idée de réciprocité et d'ordre public, figure dans l'ensemble des conventions signées par la France. Mais, dans la décision-cadre, l'absence de double incrimination n'est plus présentée que comme un motif facultatif de refus de la remise¹⁹⁵, afin de réduire l'obstacle que pouvait constituer les différences, en l'absence d'harmonisation, entre les droits matériels des Etats membres. Il n'est pas inutile de rappeler que la Convention du 27 septembre 1996 relative à l'extradition entre Etats membres d'Union européenne¹⁹⁶, avait déjà apporté une exception à la condition de la double incrimination, notamment en matière terrorisme. Toutefois, elle laissait la possibilité aux Etats membres, excepté dans le cadre d'infractions terroristes, de faire une réserve mentionnant qu'ils peuvent ne pas appliquer cette exception ou ne l'appliquer que dans certaines conditions¹⁹⁷.

Le mandat d'arrêt va plus loin en supprimant totalement, dans un certain nombre de cas, la possibilité de refuser la remise lorsque le droit interne de l'Etat d'exécution n'incrimine pas le comportement reproché¹⁹⁸. Le maintien de cette condition, alors que l'Union prétend fonder la coopération judiciaire sur les principes de reconnaissance et confiance mutuelle, aurait pu heurter et sembler incohérent¹⁹⁹. La suppression du principe de double incrimination ne vaut cependant que pour trente-deux catégories d'infractions, dont, bien sûr, les actes de terrorisme. Ces trente-deux catégories d'incrimination sont considérées comme tellement graves qu'elles sont supposées faire l'objet d'un consensus en Europe, du moins quant au principe de leur incrimination, limitant ainsi le risque d'atteinte à la double incrimination (d'autant plus, s'agissant des actes de terrorisme, qu'ils renvoient le plus souvent à des agissements de droit commun presque tous saisis par les droits étrangers, excepté le terrorisme écologique). Elles sont, de plus, par leur gravité et leur dimension transnationale, supposées mériter une coopération sans condition²⁰⁰. Concernant ces trente-deux catégories d'infraction, dont le terrorisme, la seule limite à l'absence de contrôle de la double

¹⁹³ A ce sujet le Conseil d'Etat avait pu déclarer, dans un avis du 26 septembre 2002 que la décision-cadre n'assurait pas le respect de «ce principe fondamental reconnu par les lois de la République». Le gouvernement a donc opté pour une modification de la Constitution afin de permettre la transposition de la décision-cadre. La loi constitutionnelle n°2003-267 du 25 mars 2003 a donc créé un article 88-2 de la Constitution qui prévoit que «la loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris par les institutions de l'Union européenne».

¹⁹⁴ Voir l'art. 696-3 CPP pour le droit commun de l'extradition, ou encore la Convention européenne d'extradition de 1957

¹⁹⁵ Art. 2 de la décision-cadre

¹⁹⁶ L'origine de cette disposition est liée à une affaire dans laquelle la Belgique avait refusé l'extradition d'un coupe de ressortissants basques, membres présumés de l'ETA, demandée par l'Espagne du chef de «participation à bande armée», au motif que cette même infraction n'existait pas dans la législation belge, relevant ainsi les insuffisances du mécanisme classique de l'extradition - Yves Mayaud, «Terrorisme», p.c.

¹⁹⁷ Art. 3 de la Convention

¹⁹⁸ Transposition à l'article 695-23 alinéa 2 du CPP

¹⁹⁹ V. Malabat «Observations sur la nature du mandat d'arrêt européen», Droit pénal n°12, déc. 2004, ét. 17

²⁰⁰ C. Mauro, art. cit.

incrimination réside dans l'erreur manifeste, appréciée de manière restrictive. Pour le reste, la décision-cadre avait fait du principe de double incrimination un cas de refus facultatif de la remise, mais la France, en transposant la directive, l'a transformé en cas obligatoire²⁰¹.

Toutefois, la Cour de Cassation a pu juger que même pour les infractions pour lesquelles la double incrimination n'a pas à être examinée, la chambre de l'instruction doit vérifier la compatibilité de la remise aux autres conditions légales et notamment aux autres cas de refus d'exécution²⁰².

RÉDUCTION DES MOTIFS DE REFUS D'EXÉCUTION - Seuls sept motifs de refus d'exécution du mandat d'arrêt européen ont été conservés. Ils sont d'une grande diversité : certains tiennent à la compétence de l'Etat requérant, d'autres à la prescription, d'autres encore au principe *non bis in idem*.... Le «grand absent» de la liste est le refus fondé sur la nationalité de la personne réclamée.

La règle de non-extradition des nationaux est classique en droit pénal international. Elle se retrouve dans de très nombreuses conventions bilatérales d'extradition²⁰³ ainsi que dans le droit commun français de l'extradition, à l'article 696-2 du code de procédure pénale. Elle n'a toutefois pas de valeur constitutionnelle en France²⁰⁴. Elle n'a été que peu sujette à contestation dans la mesure où presque tous les Etats la pratiquent et qu'elle a pour correctif la compétence personnelle active. Elle s'explique par la défiance naturelle qu'ont les Etats envers les juridictions étrangères, auxquelles elles sont rétives à confier leurs nationaux, ce qui justifie qu'elle ne soit plus concevable dans l'espace de confiance mutuelle qu'est l'Union européenne. La décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen exclut la possibilité d'un tel refus fondé sur la nationalité dans la mesure où il ne l'évoque ni au titre des cas de refus d'exécution obligatoires ni même au titre des cas de refus d'exécution facultatifs. Toutefois, il a été établi que certains Etats membres restreignent la portée de cette règle par des motifs de refus supplémentaires tirés par exemple de la «croyance légitime» des individus «dans le fait qu'ils ne seraient pas livrés» (Allemagne, Pays-Bas, Pologne)²⁰⁵. Le déséquilibre qui résulte des divergences dans l'application du mandat d'arrêt européen menace à terme son maintien en suscitant une méfiance²⁰⁶.

ASSOUPLISSEMENT DE LA RÈGLE DE SPÉCIALITÉ - La règle de spécialité est une règle traditionnelle de l'extradition qui veut qu'elle ne porte que sur les infractions pour lesquelles elle a été accordée. Elle est présente dans toutes les conventions d'extradition et fondée originellement sur le respect des droits de l'Etat requis (qui doit pouvoir savoir à quel type de justice pénale il s'associe) et la nécessité d'éviter les fraudes à l'extradition. On lui rattache classiquement l'interdiction de la réextradition²⁰⁷.

²⁰¹ Art 695-23 c.p.p.

²⁰² Cass. crim. 26 mai 2004, no 04-82.795

²⁰³ Par exemple : Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1997, art 6-1, loi du 10 mars 1927 art 3 alinéa 1

²⁰⁴ Didier Rebut, Droit pénal international, Dalloz, 2012 n°238

²⁰⁵ Commission staff working document, SEC/2011/430 final, spéc. p. 80

²⁰⁶ Didier Rebut, «*Le mandat d'arrêt européen en question*», annuaire de droit de l'Union Européenne 2011, 2013

²⁰⁷ Didier Rebut, Droit pénal international, op. cit.

La règle a été conservée s'agissant du mandat d'arrêt européen mais elle a néanmoins été assouplie²⁰⁸. Alors que dans l'extradition, la renonciation à la règle de spécialité est inefficace, elle est possible dans le cadre du mandat d'arrêt européen (cela démontre également le nouveau fondement de la règle de spécialité : non plus seulement la protection des droits de l'Etat requis mais également la protection de l'individu). Cette renonciation qui peut intervenir, de manière expresse, *a priori*, dans l'Etat requis, mais également *a posteriori*, dans l'Etat requérant, où elle est efficace sans que l'Etat requis puisse s'y opposer. La répression s'en trouve facilitée.

Tous ces exemples nous montrent que les nécessités de la lutte anti-terroriste ont permis le renversement de principes anciens et profondément ancrés dans les traditions juridiques des Etats membres, pas toujours à bon escient cependant.

B) Les limites du mécanisme en matière terroriste

Le mandat d'arrêt européen reste un outil imparfait, et ce, essentiellement en raison de l'insuffisance de l'harmonisation des législations des Etats membres qu'il ne peut à lui seul gommer. La confiance mutuelle dont les Etats membres doivent faire preuve les uns envers les autres se révèle parfois problématique dans la mesure où elle veut s'imposer en dépit des divergences parfois très profondes entre les systèmes juridiques et des législations de ces Etats.

Tout d'abord, les contours des trente-deux catégories d'infractions qui font l'objet d'une dispense de contrôle de la double incrimination, ne sont pas définis de la même manière dans les droits internes des Etats membres et aucun travail d'harmonisation n'a pleinement abouti. Ces infractions sont en effet souvent exprimées par le biais d'expressions génériques qui permettent d'y inclure des faits plus ou moins graves (selon la politique pénale de l'Etat en question), mais il n'existe pas véritablement de définition positive des infractions relevant de ces catégories. Ainsi, et cela sera l'objet de plus amples développements, jamais le terrorisme n'a véritablement trouvé de définition fixe et uniformément admise. Bien que l'Union européenne ait, il est vrai, tenté de se saisir de la définition du terrorisme par sa décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme, celle-ci reste partielle et non limitative ce qui laisse les Etats membres libres de l'élargir. Si c'est là, pourtant, que réside la mise à l'écart du contrôle de la double incrimination, la solution, qui apparaît comme privilégiant le droit national le plus répressif, n'est pas sans susciter de difficultés d'application.

L'affaire Aurore Martin en est une parfaite illustration. Le 15 décembre 2010, la Cour de Cassation approuvait l'exécution du mandat d'arrêt européen émis par l'Espagne à l'encontre d'une de nos ressortissantes françaises militante de la cause basque, Aurore Martin, pour des faits de participation à une organisation terroriste²⁰⁹. Elle fut livrée à l'Espagne le 1er novembre 2012 provoquant un tollé médiatique, et révélant, selon le Professeur Didier Rebut, de «graves défauts dans l'application

²⁰⁸ Art 695-18 et suivants du c.p.p.

²⁰⁹ Crim. 15 décembre 2010 n°10-88204

du mandat d'arrêt européen»²¹⁰. Aurore Martin était visée par le mandat pour des faits de participation, en France comme en Espagne, à des réunions organisées par un parti politique qualifié de terroriste en Espagne, mais tout à fait légal et autorisé en France. La participation à ces mêmes réunions, si elle était délictuelle en Espagne, ne tombait donc pas sous le coup de la loi française. La situation peut sembler absurde. La clé de l'affaire réside uniquement dans la nature terroriste des faits qui en sont l'objet : le terrorisme n'entrant pas dans le champ des infractions à l'égard desquelles la double incrimination peut être contrôlée²¹¹, les juridictions françaises n'ont pas vérifié que les faits poursuivis étaient également incriminés par la loi française²¹². En l'absence d'harmonisation des définitions nationales, on peut raisonnablement s'interroger sur la légitimité et l'opportunité de la suppression du contrôle de la double incrimination car un Etat pourrait ainsi être contraint à s'associer à la répression d'un fait qu'il ne réprime pas, voire même relève pour lui de l'exercice d'une liberté fondamentale.

Ensuite, l'affaire Toscan du Plantier²¹³ a également été révélatrice de ce décalage entre la coopération judiciaire souhaitée par l'UE et la réalité des divergences des droits internes qui demeurent, mais cette fois dans le sens de l'absence de répression. Le mandat d'arrêt européen donne la possibilité aux Etats membres de ne pas s'associer à une compétence qu'ils ne reconnaissent pas²¹⁴. Certains Etats de *common law* par exemple, ne connaissent pas la compétence personnelle passive (qui est une compétence plus récente et moins naturelle, ayant pour fondement la protection du national et non pas celle du territoire) et peuvent ainsi faire échec à une compétence que la France prétendrait légitimement exercer. Un autre obstacle fréquemment opposé (également examiné s'agissant de la demande d'extradition d'Hassan Diab) réside dans les différentes conceptions de la notion de «poursuites pénales» au sein de l'Union européenne. C'est là que se révèlent les insuffisances du principe de reconnaissance mutuelle et de l'intégration pénale de l'Union européenne qui est aujourd'hui en avance sur l'intégration politique réelle des Etats membres.

Ces premiers développements nous ont permis de constater que l'une des réponses du droit au terrorisme réside dans la création, au niveau national comme au niveau européen, de nombreuses procédures dérogatoires qui se sont avérées extrêmement efficaces.

²¹⁰ D. Rebut, «Le mandat d'arrêt européen en question», art. cit.

²¹¹ La Cour de Cassation interdit alors d'apprécier le bien fondé de la qualification donnée dans l'Etat d'émission : Cass. Crim. 21 novembre 2007

²¹² Disposition transposée à l'art 695 alinéa 2 du c.p.p.

²¹³ Supreme Court of Ireland 1 march 2012 n° 174/2011

²¹⁴ L'article 4§7 de la décision-cadre relative a mandat d'arrêt européen laisse la possibilité à l'autorité judiciaire d'exécution de refuser d'exécuter le MAE s'il porte sur des infractions commises hors du l'Etat membre d'émission et que le droit de l'Etat membre d'exécution n'autorise pas la poursuite pour des faits commis hors de son territoire. C'est un cas facultatif de refus.

De même que prévention et répression sont rarement dissociables, procédure et droit pénal de fond constituent un autre binôme inséparable dans la lutte contre la criminalité. En matière anti-terroriste, le droit pénal spécial apporte lui aussi son lot de réponses spécifiques.

CHAPITRE 2 : DES INCRIMINATIONS INÉDITES

«Il faut une science politique nouvelle à un monde tout nouveau. Mais c'est à quoi nous ne songeons guère ; placés au milieu d'un fleuve rapide, nous fixons obstinément les yeux vers quelques débris qu'on aperçoit encore sur le rivage ; tandis que le courant nous entraîne et nous pousse à reculer vers les abîmes».

Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, 1835.

S'il nous était permis de paraphraser Tocqueville, nous dirions qu'il faut une science juridique nouvelle - du moins des constructions juridiques innovantes - à un monde nouveau - dans lequel s'épanouiraient des menaces criminelles jusqu'alors inconnues - sans toutefois perdre de vue, au milieu d'une frénésie législative emportée par un tourbillon d'événements tragiques, le respect de stricts principes juridiques afin de ne pas sombrer dans le pire des abîmes d'une société démocratique : celle de la négation du droit.

Ce sont en effet les nombreux et dramatiques attentats terroristes ayant secoué la France de la fin du XXème siècle qui ont fait évoluer le droit pénal substantiel dans le sens de la création de réponses spéciales à la criminalité terroriste. Si celle-ci n'est, il est vrai, pas nouvelle, nous assistons pourtant depuis la fin des années soixante, à l'aggravation et à la mutation de la menace terroriste, qui a pris une «ampleur nouvelle exceptionnellement inquiétante»²¹⁵. A titre d'illustration, de 1981 à 1982, le nombre d'actes de terrorisme passait de 665 à 1270, celui des victimes de 64 à 311²¹⁶.

Robert Badinter affirmait, en 1982, à propos d'une intervention de l'ancien président François Mitterrand relative au terrorisme : *«Le président a montré très justement que quand il s'agissait de lutte contre le terrorisme, l'essentiel c'était les moyens, nous les avons. Les hommes, nous les avons. Et la volonté politique, il en a fait état. Nous sommes prêts»*²¹⁷. L'histoire lui aura donné raison sur un certain nombre de points, à l'exception de celui-ci : à cette époque, la France n'était pas prête. En témoignera la vague d'attentats initiée au milieu des années quatre-vingt, qui se

²¹⁵ J. Pradel *«Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal»*, D.187, chron. 39

²¹⁶ Rapport sur la lutte contre le terrorisme présenté par le Sénateur Masson, Doc. Sénat n°322 (seconde session ordinaire de 1983-1984), p.15 et suivantes

²¹⁷ Intervention plateau de Robert Badinter, 26 août 1982, images d'archives INA 26 août 1982 bk 82.08.26 4/4

poursuivra jusque dans les années 90, et le bouleversement législatif qui s'en est suivi. L'inadaptation du droit commun à répondre à l'ampleur de la criminalité terroriste était révélée. Nous avons étudié ces bouleversements en terme de réponses spécifiques apportées par le droit procédural. Nous devons maintenant faire état de l'adaptation du droit pénal spécial à la lutte anti-terroriste et à ses caractéristiques, par la création d'incriminations spécifiques.

La loi du 9 septembre 1986²¹⁸, première à être intervenue en la matière - après les attentats parisiens du milieu des années quatre-vingt - a donc apporté un certain nombre de réponses spéciales et partielles. Mais elle ne saurait à elle seule refléter la complexité, la modernité et la complétude du droit positif en la matière. Elle a en effet été complétée par de multiples interventions spécifiques et ponctuelles, à la lumière de ce que l'actualité pouvait charrier d'évènements nouveaux appelant une nécessaire adaptation du droit aux faits²¹⁹. Ainsi ont été adoptées les lois du 22 juillet 1996 postérieurement aux attentats de Port-Royal et de Saint-Michel, du 23 janvier 2006 après les attentats de Madrid, ou encore plus récemment, la loi du 21 décembre 2012 suite à l'affaire Merah, qui ont complété le dispositif français afin de couvrir d'éventuels vides juridiques propices à l'impunité. Puisque «le terrorisme produit des terrorismes comme la forêt engendre des arbres qui incarnent la forêt»²²⁰, le besoin d'adaptation est permanent, et il est à parier que l'évolution, dans cette «ère du terrorisme mondial»²²¹, n'est pas tout à fait achevée.

Le dispositif actuel trouve sa place, depuis la réforme du Code pénal²²², au Livre IV du code, celui des «Crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique», dans un Titre 2 «Du terrorisme», aux articles 421-1 à 422-7. Cette place en retrait, subordonnée²²³ par rapport aux infractions contre les personnes, n'est que peu révélatrice des enjeux pratiques du terrorisme, qui fait de l'homme un bourreau mais aussi une victime. Mais il est vrai que le terroriste vise, derrière la masse des personnes qu'il atteint (et qu'il tend à considérer davantage comme des moyens que comme des cibles), l'Etat et ses valeurs. En effet, au delà de l'atteinte aux personnes ou aux biens qu'ils

²¹⁸ Loi n°86-1020 du 9 septembre 1986, intervenue après un contrôle de constitutionnalité : Décision n°86-213 DC du 3 sept. 1986 qui déclare conforme à la Constitution l'institution d'une procédure dérogatoire pour les infractions terroristes

²¹⁹ L'expression d' «adaptation du droit au fait» est souvent utilisée dans un sens différent, voire contraire : la prise en compte par le droit, dans le sens d'une 'légalisation' ou tout du moins d'une tolérance prenant la forme de la dépénalisation de certains comportements portés par des évolutions sociales, adaptation qui n'est pas toujours approuvée par la doctrine, du moins lorsqu'elle présentée comme un «dogme» («Le mythe de l'adaptation du droit au fait», D. Linotte et M. Atias 1977). Cette expression nous paraît pouvoir être utilisée également dans le sens d'une nécessaire prise en compte par le droit, dans le sens cette fois de la stigmatisation par le droit prenant la forme de la pénalisation, de certains comportements nouveaux et nuisibles à la société.

²²⁰ J. Mascotto, «*Terrorisme (s) : sociétés assiégées et oublié de la société*» dans *Hannah Arendt, le totalitarisme et le monde contemporain*, sous la direction de Daniel Dagenais, Les presses de l'Université Laval, 2003

²²¹ Livre blanc du gouvernement contre le terrorisme de 2006 qui justifie le réexamen du dispositif français de lutte anti-terroriste par la hausse potentielle du niveau de destruction recherché par les terroristes et l'apparition, à la fin du siècle dernier, d'une forme de terrorisme d'un genre nouveau : le terrorisme mondial.

²²² Au terme de la loi n°92-686 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique. Dispositions entrées en vigueur le 1er mars 1994, avec l'ensemble des dispositions du «nouveau» code pénal.

²²³ G. Giudicelli-Delage, «*Les crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique dans le nouveau code pénal*», RSC 1993, p.493

engendrent, les auteurs d'actes de terrorisme poursuivent le but de répandre l'intimidation ou la terreur (art. 421-1 CP), ce qui fait dire Michel Massé que «même agissant seul, le terroriste s'adresse à un groupe, à ses dirigeants»²²⁴. Le terrorisme à cet égard est ambivalent et complexe.

Le travail entrepris de construction d'un droit adapté était titanesque et son aboutissement se devait de saisir le terrorisme dans son extrême diversité criminologique (terrorisme inspiré de motifs religieux ou politiques, concrétisé par des détournements d'avions ou des assassinats, revendiqué par des groupes régionaux ou internationaux ou même des individus solitaires...). Le résultat est original : il fait du terrorisme non seulement une catégorie d'infractions²²⁵ mais également un phénomène criminel global (c'est à dire un «l'ensemble des agissements antisociaux dans un secteur déterminé du droit pénal»²²⁶).

Au terme de l'évolution législative apparaît un dispositif cohérent témoignant d'une réaction inscrite dans la durée²²⁷. Il traduit la nécessité de réponses spécifiques et inédites en termes de droit pénal de fond, par l'instauration d'un «dispositif d'exception»²²⁸, dérogoratoire à la théorie générale de l'incrimination.

Les réponses du droit au terrorisme sont avant tout des réponses pragmatiques et réalistes, et s'inscrivent dans un double mouvement circulaire combinant répression et prévention. Nulle autre criminalité que le terrorisme n'illustre en effet aussi bien la nécessité, au même titre qu'une prévention affûtée (essentielle pour détecter et surveiller les individus «dangereux» et neutraliser ceux qui envisagent de dépasser le stade de la résolution criminelle pour passer à l'acte), d'une répression effective. A cet égard, dans la lutte contre le terrorisme, prévention et répression se combinent et s'enrichissent mutuellement : la répression porte en son sein la prévention quand la prévention nourrit elle-aussi souvent la répression. Le livre blanc du gouvernement sur le terrorisme la souligne : «le système pénal français - et c'est sa force - n'établit pas de frontière étanche entre prévention et répression»²²⁹. Le droit pénal a donc épousé corrélativement ces deux directions.

Par ailleurs, et pour reprendre une distinction établie par le Professeur Yves Mayaud²³⁰, le législateur procède selon deux grandes méthodes : d'une part par la transposition d'incriminations de droit commun, qui, commises dans un contexte particulier, vont venir nourrir une catégorie

²²⁴ M. Massé, «*La criminalité terroriste*», RSC 2012, p.89

²²⁵ J-P. Marguénaud, «*La qualification pénale des actes de terrorisme*», RSC 1990

²²⁶ G. Cornu, «Criminalité», *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, PUF, 8è édition, 2000

²²⁷ Yves Mayaud, «Terrorisme», op. cit.

²²⁸ J. Alix, «*Terrorisme et droit pénal. Etude critique des incriminations terroristes*», sous la direction de G. Giudicelli-Delage, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2010

²²⁹ La France face au terrorisme - Livre blanc du Gouvernement sur la sécurité intérieure face au terrorisme, Secrétariat général de la défense nationale, octobre 2006, La documentation Française

²³⁰ Y. Mayaud, «*La politique d'incrimination du terrorisme à la lumière de la législation récente*», AJ pénal n°9, p. 442 et s., septembre 2013

particulière d'infractions susceptibles d'influer sur leur répression²³¹ - on parlera à cet égard de terrorisme «dérivé» - et d'autre part par la création d'incriminations totalement autonomes et souvent très spécifiques - on parlera alors de terrorisme «qualifié». Ces dernières, plus récentes, sont davantage sensibles à l'inflation législative. L'appréhension du terrorisme par le droit substantiel est donc innovante puisque son régime juridique s'obtient par la combinaison de deux méthodes d'incrimination : l'incrimination par renvoi à des infractions de droits commun et l'incrimination autonome, lorsqu'aucune infraction de droit commun ne peut servir de base à une infraction terroriste particulière. Les réponses du droit au(x) terrorisme(s) en terme d'incriminations sont donc à son image : non pas uniques, mais multiples.

SECTION 1 : LE TERRORISME «DÉRIVÉ», DES INCRIMINATIONS *SUI GENERIS*

Le 9 avril 1986, Jacques Chirac, alors premier ministre, affirmait lors de son discours de politique générale sa volonté de lutter contre le terrorisme et pour ce faire, de créer dans le code pénal un «crime de terrorisme»²³². La solution proposée avait le mérite de la force du symbole que peut constituer une incrimination unique²³³. Mais la tâche s'avérait fastidieuse en raison de la difficulté à prévoir un crime unique assorti d'une peine commune ayant vocation à couvrir une multitude d'actes de gravité variable, ainsi qu'en raison de la difficulté à définir le terrorisme²³⁴. Elle s'avérait également inopportune, le législateur de l'époque soutenant le caractère suffisamment efficace des incriminations de droit commun, sous couvert d'une aggravation des sanctions existantes. Pour toutes ces raisons, ce n'est pas la voie de la consécration d'une incrimination propre qui a été suivie par la loi du 9 septembre 1986 mais bien celle d'un reflux de sévérité à l'égard de certaines infractions lorsqu'elles sont commises dans un contexte terroriste. Cette loi n'a donc jamais eu pour but, ni pour résultat, d'aboutir à la création d'une incrimination spécifique de terrorisme²³⁵, ni même à l'adjonction d'un élément constitutif nouveau à des infractions déjà existantes²³⁶, mais simplement la création d'une nouvelle catégorie d'infractions²³⁷ et l'application, comme nous l'avons étudié, de dispositions procédurales dérogatoires, lorsque que ces infractions, limitativement énumérées et empruntées au droit commun, sont en relation avec «une entreprise ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur». C'est donc une voie médiane entre la création d'une incrimination unique et autonome et la répression par le

²³¹ Merle et Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*. 6ème ed. Cujas 1988, n°358

²³² J.O. déd. Ass. nat. 10 avril 1986, p.90

²³³ En effet, criminaliser c'est à la fois stigmatiser les comportements et leurs auteurs, dont la gravité intrinsèque est soulignée, et rassurer l'opinion en affirmant que l'Etat détient la solution, en mettant en place un régime adéquat comme le souligne, Julie Alix, thèse p.c.

²³⁴ J-P. Marguénaud, «*La qualification pénale des actes de terrorisme*», RSC 1990

²³⁵ Y. Mayaud, «Terrorisme», op. cit.

²³⁶ La jurisprudence l'a rappelé à plusieurs reprises notamment : Cass. Crim. 7 mai 1987, bull. crim. n°186, p.497, ou Cass. Crim. 3 juin 1987, bull. crim. n°236, p.646

²³⁷ B. Bouloc, chron. législative, cette Revue, 1987 p.247, cité par JP Marguénaud, article p.c.

droit commun, qui a été trouvée et qui s'est traduite par une répression en référence à des comportements déjà connus du droit commun, dont la qualification et le régime applicable seraient modifiés en fonction de circonstances particulières. La technique s'était déjà rencontrée concernant les crimes contre l'humanité²³⁸.

Ce n'est qu'avec la réforme du code pénal, puis la loi du 22 juillet 1996²³⁹ que le terrorisme est devenu une infraction autonome - autonomie qui reste principalement le fait de pénalités aggravées - par référence à des actes bien définis. Là où le législateur de 1986 avait hésité pour finalement renoncer, le réformateur de 1992 a sauté le pas pour créer une catégorie d'infractions terroristes à part entière, d'une nature nouvelle. La justification étant avant tout celle de la gravité, «plus lourde qu'une infraction de droit commun» par son caractère «aveugle à la sûreté des personnes et des biens»²⁴⁰, et de la dangerosité qui fait des infractions terroristes «après les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation, les plus susceptibles de déstabiliser une (les) démocratie (s)»²⁴¹.

Pourtant, malgré leur spécificité pourtant, les actes de terrorisme prennent souvent l'aspect d'actes criminels classiques, de comportements déjà incriminés dans le droit pénal spécial (meurtres ou assassinats, violences mortelles ou non, destructions et dégradations dangereuses ou non pour les personnes, enlèvements et séquestrations, tortures...). L'incrimination contenue dans l'article 421-1 du code pénal, socle de la matière, permet de prendre en compte ces différentes réalités ainsi que leur gravité particulière, par un principe inédit consistant à emprunter à des infractions existantes leur éléments constitutifs (et même leur terminologie) et à leur appliquer une qualification terroriste - assortie bien entendu de conséquences pratiques très particulières - dès lors que leur réalisation s'inscrit dans un «contexte terroriste», c'est à dire un contexte d'intimidation ou de terreur. Le terrorisme dérivé d'infractions de droit commun procède ainsi de l'adossement du qualificatif «terroriste», en faisant découler l'application d'un régime juridique dérogatoire, à des infractions existantes, prélevées essentiellement dans les livres II et III du droit pénal spécial. On assiste à une mutation juridique²⁴² de ces crimes et délits qui perdent leur nature première pour se voir attribuer un régime juridique autonome.

Pour autant, cet emprunt fait au droit commun ne doit pas nous abuser et il serait trompeur de penser que le terrorisme dérivé relève, finalement, du droit commun. Il est en effet associé à ces infractions terroristes un régime propre, marqué par la sévérité du législateur et la quête de répression. Ces incriminations nous apparaissent de nature *sui generis*.

²³⁸ Alors définis par l'article 6c) du Statut du Tribunal de Nuremberg, et soumis à un régime spécial, notamment l'imprescriptibilité instaurée par la loi n°64-1326 du 26 décembre 1964

²³⁹ Loi n°96-647 du 22 juillet 1996

²⁴⁰ M. Sapin, Doc. Ass. nat. 2083, p.9, 5 juin 1991, cité par G. Giudicelli-Delage, p.c.

²⁴¹ G. Giudicelli-Delage, art. cit.

²⁴² Yves Mayaud, art. cit.

§1 - L'incrimination dérogatoire

L'acte de terrorisme de l'article 421-1 relève de deux critères : le comportement de l'agent, assise matérielle principale de l'infraction, et le contexte de celui-ci, les circonstances particulières dans lesquelles il s'inscrit, c'est à dire la relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur. C'est cette dernière circonstance qui justifie l'application d'un régime dérogatoire.

A) Le support d'infractions existantes

Le législateur a entendu prélever dans le droit commun un certain nombre de crimes ou délits qui se voient attribuer une qualification particulière en raison du contexte spécifique dans lequel ils sont commis. Le comportement punissable est donc emprunté au droit commun, le code pénal se contentant de renvoyer, comme l'avait fait avant lui la loi de 1986, à des incriminations existantes. L'article 421-1 dresse la liste limitative de ces comportements qui peuvent être considérés comme terroristes lorsqu'ils sont commis dans un contexte particulier. Elle concerne une multiplicité de crimes et délits, permettant ainsi à la répression de couvrir un champ très étendu. Cette diversité et la technique d'incrimination utilisée, favorables à la répression, ne sont pas sans incidence sur la conception théorique que l'on peut se faire de ces incriminations.

1/ Diversité et élargissement des actes de terrorisme dérivé

Toute la difficulté et l'intérêt de la création d'une incrimination générique de terrorisme résidait dans la nécessité de refléter et d'appréhender le terrorisme dans la très grande diversité criminologique des actes qui en relèvent. L'exercice est réussi avec l'article 421-1 puisqu'il renvoie à une importante pluralité de crimes et délits de droit commun qui, commis dans un contexte terroriste, seront considérés comme tels. Il s'agit tant d'atteintes aux personnes que d'atteintes aux biens, ou encore d'atteintes à la nation, l'Etat et la paix publique. Le législateur n'est pas constant dans la technique qu'il met en oeuvre puisqu'il renvoie parfois à des chapitres entiers du droit pénal spécial, ou à des sections seulement ou encore à des incriminations précisément identifiées (mais c'est là l'hypothèse la moins fréquente) du code pénal, et parfois même à d'autres codes que le code pénal (code de la défense, code de la sécurité intérieure). On soulignera que cette énumération de crimes et délits est limitative, ce qui va dans le sens d'un plus grand respect du principe de légalité. Par ailleurs, on peut remarquer un mouvement d'extension de cette liste, dans un esprit enclin à la répression.

ATTEINTES À LA PERSONNE - Concernant les atteintes à la personne susceptibles d'être qualifiées de terroristes, l'article 421-1 se réfère aux atteintes volontaires à la vie ainsi qu'aux atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, l'article renvoyant alors à des chapitres précis du Livre II du Code pénal (chapitres 1 et 2 du code).

Sont donc concernées, au titre des atteintes volontaires à la vie, les qualifications de meurtre (article 221-1), de meurtre aggravé (article 221-4), d'assassinat (article 221-3) et d'empoisonnement (article 221-5).

S'agissant des atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, l'article 421-1 renvoie à la section du même nom, comprenant les articles 222-1 à 222-18. Il s'agit de trois séries d'infractions : les tortures et actes de barbarie (articles 222-1 à 222-6), les violences (articles 222-7 à 222-16) qui peuvent avoir différents résultats (la mort, la mutilation ou l'infirmité permanente, une incapacité totale de travail variable) et les menaces (article 222-17 à 222-18). On remarquera que la catégorie des violences comprend l'incrimination d'administration de substances nuisibles (article 222-15), incrimination qui pourrait, avec l'empoisonnement, entrer en conflit avec celle de terrorisme écologique (prévue à l'article 421-2), comme l'explique la doctrine²⁴³. On soulignera également que cette même catégorie englobe les appels téléphoniques malveillants ou les agressions sonores (222-16), ce qui n'est pas sans susciter l'étonnement.

Au titre des atteintes à la liberté, se trouvent concernées les qualifications d'enlèvement et de séquestration (articles 224-1 à 224-5-2), et le détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport (articles 224-6 à 224-8-1).

Par rapport à l'ancien code pénal la liste s'est ouverte à des infractions de nature délictuelle, alors que seule leur version criminelle était antérieurement concernée par un régime spécifique au terrorisme (c'est le cas des violences et du vol). De même, avant la réforme, les tortures et actes de barbarie n'étaient pas visés car ils ne constituaient pas une incrimination autonome mais seulement une circonstance aggravante de certaines infractions. On a donc assisté à une extension des incriminations terroristes.

ATTEINTES AUX BIENS - Sont mentionnés au premier chef les « vols », ce qui renvoie tant au vol simple qu'au vol aggravé, énumérés aux articles 311-1 à 311-11.

Sont ensuite concernées les extorsions, destructions, dégradations et détériorations. Cette liste renvoie, comme pour les atteintes aux personnes, plutôt à des formules génériques susceptibles de correspondre à des titres de chapitres ou de sections du Code pénal, plutôt qu'à des incriminations précises (bien qu'une incertitude s'immisce ici quant au renvoi fait à l'extorsion). Les destructions, dégradations et détériorations recourent en effet un chapitre précis du Livre III (chapitre II du titre III) qui traite successivement des destructions, dégradations et détériorations sans danger pour les personnes (articles 322-1 à 322-4), puis de celles présentant un danger pour les personnes (articles 322-5 à 322-11), et enfin des menaces de commettre ces mêmes infractions et des fausses alertes (articles 322-12 à 322-14). Il est intéressant de souligner que le législateur n'exclut pas les destruction, dégradations ou détériorations les plus bénignes (celles qui sont sans danger pour les personnes), seraient-elles sanctionnées seulement par une peine d'amende, ce qui invite à considérer quelles pourraient aussi servir de support à des actions terroristes²⁴⁴.

²⁴³ M.E. Cartier, « *Le terrorisme dans le nouveau code pénal français* », RSC 1995, p.225 et Y. Mayaud, « *Terrorisme* », répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz

²⁴⁴ Yves Mayaud, *Terrorisme*, op. cit.

Il convient de ne pas oublier l'ajout effectué par la loi du 22 juillet 1996²⁴⁵ concernant les «infractions en matière informatique définies par le livre III du présent code» et qui renvoie en réalité au chapitre III du livre III «Des atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données», lequel réprime notamment le fait «d'entraver ou de fausser le fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données ²⁴⁶ou encore le fait «d'introduire frauduleusement des données» dans un tel système²⁴⁷.

L'article 421-1 renvoie également à des incriminations qui ne sont pas contenues dans le code pénal mais dans le code monétaire et financier, pour les délits d'initié (article L465-1 du code monétaire et financier), ajoutés par la loi du 15 novembre 2001²⁴⁸ parallèlement au blanchiment (chapitre IV, du titre II, du livre III).

Enfin, depuis la loi du 22 juillet 1996, l'article 421-1 inclut le recel dans les infractions susceptibles d'être qualifiées de terroristes. C'est un ajout très intéressant pour la lutte contre le terrorisme car le recel, «dénominateur commun de la plupart des infractions visées»²⁴⁹, va permettre de prolonger le caractère terroriste d'une des actions visées aux alinéas 1° à 4° de l'article 421-1 au-delà de ses manifestations premières et immédiates, pour en suivre les retombées permettant d'incriminer le comportement de ceux qui y participent par une assistance postérieure. La répression gagne là encore en effectivité. Nous rappellerons toutefois que l'auteur du recel devra non seulement connaître l'origine infractionnelle de l'objet recelé (condition classique du recel), mais également, pour entrer dans le champ de l'article 421-1 et se voir appliquer le qualificatif «terroriste», avoir connaissance de la nature terroriste de l'infraction dont l'objet du recel est issu ainsi qu'avoir, par son comportement délictuel, la volonté de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur. On voit donc que la matérialité du recel ne suffit pas, s'y greffent deux conditions d'ordre psychologique.

ATTEINTES À LA NATION, L'ETAT ET LA PAIX PUBLIQUE - Certaines incriminations contenues dans le Code pénal au titre des atteintes à la nation, à l'Etat et à la paix publique sont également mentionnées à l'article 421-1. Il s'agit tout d'abord les infractions en matière de groupes de combat et de mouvements dissous définies par les articles 431-13 à 431-17. Ces références, ajoutées par la loi du 22 juillet 1996, concernent des textes incriminant le fait de participer, d'organiser ou de contribuer au maintien ou à la reconstitution de l'un de ces groupements dissous en application de la loi du 10 janvier 1936.

Sont également concernés les articles 434-6 du Code pénal, qui incrimine le recel de malfaiteurs, et 441-2 à 441-5, qui incriminent les faux et usages de faux. Le recel de malfaiteurs consiste à

²⁴⁵ Loi n°96-647 du 22 juillet 1996

²⁴⁶ Art. 323-2 CP

²⁴⁷ Art. 323-3 CP

²⁴⁸ Loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001, modifiée par la loi n°2003-239 du 18 mars 2003

²⁴⁹ Yves Mayaud, *Terrorisme*, op. cit.

favoriser l'activité d'auteurs d'infractions, en leur donnant à asile ou en assurant leur impunité par une assistance postérieure à l'infraction²⁵⁰ (il se caractérise par le fait de fournir à l'auteur d'une infraction un logement, un lieu de retraite, des subsides, ou des moyens d'existence ou tout autre moyen permettant de la soustraire aux recherches ou à l'arrestation). C'est donc une incrimination très utile à la lutte contre le terrorisme. De plus, alors que l'ancien texte ne visait que le recel de l'auteur ou du complice d'un crime, la loi du 22 juillet 1996 a élargi l'incrimination pour prévoir également son application en matière délictuelle, pour les délits les plus graves (sanctionnés de dix ans d'emprisonnement). Pareillement, alors que n'avaient été envisagés que les faux et usages de faux documents administratifs, l'incrimination de 421-1 s'est ouverte par la loi du 22 juillet 1996 à tous les faux (faux en écriture publique ou authentique, fourniture frauduleuse d'un document délivré par une administration...) ce qui va dans le sens de l'efficacité de la répression.

Enfin, l'article 421-1 renvoie à des infractions en matière d'armes, de produits explosifs ou de matières nucléaires définies par le code de la défense ou par le code de la sécurité intérieure. Sont en cause notamment le fait de détenir, transférer, utiliser ou transporter, hors du territoire de la République et sans autorisation, des matières nucléaires (article L1333-11 du code de la défense), de se livrer à la fabrication ou au commerce de matériels, armes, munitions ou d'exercer une activité d'intermédiaire à l'occasion de ces infractions (article L2339-2 du code de la défense), ou encore la cession ou la détention, sans autorisation d'une ou de plusieurs armes de catégories A ou B (article L317-4 du code de la sécurité intérieure).

La volonté préventive est ici très nette, car l'on reconnaît en ces dernières prévisions des infractions «obstacles», c'est à dire des incriminations visant à sanctionner un comportement susceptible de conduire à la commission d'infractions plus graves.

2/ Les conséquences quant à la structure de l'infraction : une matérialité complexifiée

Cette méthode unique d'incrimination «globalisée» des comportements terroristes et la diversité des actes ainsi appréhendés font des incriminations terroristes dérivées des incriminations très singulières. A telle enseigne que la théorie générale de l'incrimination a du mal à les saisir. Elles nous donnent le sentiment, tant dans la technique d'incrimination utilisée que dans chacun des aspects de leur structure, d'être dérogatoires de droit commun : quant au résultat redouté d'une part, quant au résultat juridique d'autre part, quant à leur élément matériel, enfin.

RÉSULTAT REDOUTÉ ET VALEURS SOCIALES PROTÉGÉES - La valeur protégée par l'article 421-1 est-elle précisément identifiable ? Toute incrimination protège nécessairement une valeur sociale préalablement définie, dont le respect est implicitement exigé par le législateur car «avant toute inobservation les règles diffusent préventivement l'obéissance qu'elles demandent»²⁵¹. Le premier pas vers la répression est donc l'identification d'un danger social menaçant l'une de ces

²⁵⁰ P. Maistre du Chambon, «Recel de Malfaiteurs», *Répertoire de Droit pénal et de procédure pénal*, 2009

²⁵¹ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Armand Colin, coll. «U», 1972, cité par Yves Mayaud, *Droit pénal général*, «La genèse de l'incrimination», 4^e ed. 2013, PUF

valeurs considérées comme suffisamment importantes pour le législateur pour être protégées contre toute atteinte.

Là où l'incrimination est généralement la réponse à un danger social précis menaçant une unique valeur sociale spécifiquement définie (par exemple la qualification d'homicide volontaire²⁵² vise à protéger la vie, et celle de vol²⁵³ à protéger la propriété) - les intitulés des chapitres du Code pénal nous aidant bien souvent à les identifier²⁵⁴ - s'agissant du terrorisme, ces repères traditionnels se trouvent brouillés. L'incrimination de l'article 421-1, par la multiplicité des comportements qu'elle prend en considération, reflétant autant de résultats redoutés, protège en effet plusieurs intérêts sociaux simultanément et une grande diversité de valeurs sociales.

D'une part, la classification des infractions de droit commun en fonction de l'intérêt social qu'elles protègent perd ici toute pertinence²⁵⁵ puisque le terrorisme s'inscrit aussi bien dans les infractions contre les personnes que dans les infractions contre les biens ou encore contre la nation. D'autre part, les nombreux crimes et délits énumérés par l'article 421-1, relèvent aussi bien d'atteintes à la vie, à l'intégrité physique ou à la liberté, que d'atteintes à la propriété ou encore d'atteintes à la confiance ou à la paix publique. Enfin, derrière chacune de ces valeurs sociales particulières, se dresse une atteinte à l'Etat et à la paix publique. Certes, chaque infraction porte en elle atteinte à l'ordre public et à la paix publique justifiant son incrimination, mais le terrorisme, par sa dimension aveugle et massive, par son objectif de terreur et d'intimidation, par le fait qu'il tient tout un groupe social pour cible, caractérise d'autant plus fortement cette atteinte. C'est d'ailleurs ce que traduit la place qui lui est réservée dans le Livre IV du Code pénal, le législateur ayant fait symboliquement primer la nation comme premier objet de protection contre le terrorisme.

Ces considérations, qui font du terrorisme une catégorie d'incriminations à part dans le droit pénal spécial, expliquent également l'intérêt d'une incrimination générale du terrorisme selon le modèle dérivé pour éviter un éclatement de la matière dans les différents livres et chapitres du Code pénal, et même entre le code pénal et d'autres codes et lois.

RÉSULTAT RÉEL, RÉSULTAT LÉGAL ET RÉSULTAT JURIDIQUE - Les infractions terroristes de l'article 421-1 sont-elles des infractions matérielles ou formelles ? A toute infraction correspond un «résultat redouté» (dit aussi «résultat réel» ou «résultat sociologique») qui est la «source réelle de la qualification légale»²⁵⁶, indissociable du processus d'incrimination (c'est le «dommage envisagé dans sa dimension socialement redoutable» qui guide le législateur dans le processus

²⁵² Art 221-1 : «Le fait de donner volontairement la mort» est incriminé au titre «Des atteintes volontaires à la vie».

²⁵³ Art 311-1 : «La soustraction frauduleuse de la chose d'autrui» vise à protéger contre les «appropriations frauduleuses» et a donc pour objectif de protéger la propriété.

²⁵⁴ Par exemple, au sein du Livre II du Code pénal, chaque chapitre identifie précisément, dans une approche decrescendo, la valeur sociale que les incriminations qu'il contient visent à protéger : la vie, l'intégrité physique, la liberté, la dignité, la personnalité. Deux chapitres font exception à cette méthode de codification : le chapitre relatif à la mise en danger, et celui relatif aux mineurs et à la famille. Analyse précisée par Pierre Couvrat, «*Le nouveau Code pénal en sa forme*», PUF, 1994.

²⁵⁵ M-E. Cartier, «*Le terrorisme dans le nouveau code pénal français*», RSC 1995, p.225

²⁵⁶ A. Decocq, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971

d'incrimination)²⁵⁷. Ce résultat redouté n'est pas pour autant érigé en élément constitutif de toutes les infractions, même expressément visé par la formule d'incrimination il ne participe pas forcément de sa matérialité constitutive²⁵⁸. Le résultat redouté évoque un dommage non individualisé, alors que le «préjudice»²⁵⁹ quant à lui renvoie à une atteinte personnalisée. La doctrine a donc dégagé de nouvelles notions : le «résultat légal»²⁶⁰, qui consomme l'infraction et le «résultat juridique»²⁶¹, résidant dans l'atteinte ou la menace au bien juridique protégé par l'incrimination. Lorsque le résultat réel coïncide avec le résultat légal l'infraction est dite matérielle. Lorsque le résultat légal se situe en deçà du résultat réel l'infraction est dite formelle. L'infraction matérielle comprend donc le résultat redouté parmi ses éléments constitutifs et ne sera constituée que si l'atteinte au résultat redouté est effective (il en est ainsi de la mort dans l'homicide volontaire ou de la soustraction frauduleuse dans le vol), alors que l'infraction formelle est indifférente au résultat²⁶² (exemple du délit de risques causés à autrui qui ne nécessite pas, pour être constitué, que le comportement dangereux ait causé effectivement la mort ou la mutilation de la personne mise ainsi en danger²⁶³).

Le problème pouvant se poser au sujet de l'incrimination générique de l'article 421-1 réside essentiellement, comme nous l'avons vu, dans la difficulté à lui attribuer une unique valeur protégée. Si l'on considère, comme sa place dans le Code pénal nous y invite, que la valeur protégée des incriminations terroristes dérivées, prises dans leur globalité, est la protection de la nation et de la paix publique (protection contre un trouble grave à l'ordre public par l'usage de l'intimidation ou de la terreur), celles-ci sont formelles²⁶⁴ car le résultat redouté, la terreur, ne coïncide pas avec le résultat juridique. Le trouble à l'ordre public par l'intimidation ou la terreur n'a en effet pas à être effectif pour que l'infraction soit consommée comme nous l'indique la rédaction de l'article 421-1 («ayant pour but de...»), il n'est pas érigé en élément constitutif de l'infraction. Mais l'on ne peut se satisfaire de cette approche car au delà de ce résultat réel commun - la crainte d'un trouble grave à l'ordre public par l'intimidation ou la terreur - chacune est porteuse d'un résultat réel et juridique propre et défend une valeur sociale distincte (ainsi en est-il de l'assassinat qui protège la vie et craint la mort, de la séquestration qui protège la liberté et craint l'entrave, du faux qui protège la confiance publique et craint les falsifications, sources de défiance...). L'article 421-1 échappe donc à toute approche théorique globale et ne peut s'appréhender que dans la spécificité de chacun des renvois qu'il effectue. Ainsi, les incriminations terroristes dérivées sont majoritairement des infractions matérielles, en témoignent les incriminations de meurtre,

²⁵⁷ Yves Mayaud, *Droit pénal général*, op. cit., «La variable : le résultat»

²⁵⁸ A titre d'exemple l'empoisonnement qui protège la vie mais qui ne fait pas de la mort un élément constitutif de l'infraction, laquelle sera consommée dès l'administration de substances mortifères, que mort s'en suive ou non.

²⁵⁹ Notion de préjudice qui ne doit pas être entendue dans le même sens qu'en droit civil

²⁶⁰ A. Decocq, op. cit.

²⁶¹ Y. Mayaud, op. cit.

²⁶² L'infraction formelle est une «infraction de comportement» alors que l'infraction matérielle est une «infraction de résultat»

²⁶³ Art 223-1 CP

²⁶⁴ Julie Alix, op. cit. «Dans le cadre du processus terroriste, aucune infraction n'est matérielle».

d'assassinat, de violences volontaires, d'enlèvement et de séquestration, de vol, d'extorsion, de destructions, dégradations et détériorations, de recel... Mais à mesure que les incriminations terroristes se multiplient le nombre d'infractions formelles se multiplie, dans le sens d'une répression plus marquée et d'une volonté de prévention affirmée. Si elles étaient limitées en 1986 à l'empoisonnement et aux menaces de commettre un crime ou un délit contre les personnes (articles 222-17 à 222-18-1), la réforme du code pénal leur a ajouté le délit d'accès à un système de traitement automatisé de données (art 323-1) et la loi du 17 juin 1998 les infractions en matière d'armes des articles L2342-57 à L2342-61 du code de la défense.

B) La circonstance dérogante : le contexte terroriste

Pour être qualifiée de terroriste au sens de l'article 421-1, l'infraction doit avoir été commise dans des circonstances particulières : elle doit avoir été «intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur». Le juge, pour qualifier pénalement un acte de terrorisme, doit donc établir d'une part l'existence d'un lien entre l'acte intentionnellement commis et une entreprise plus vaste²⁶⁵, et d'autre part une finalité propre à cet entreprise consistant dans la volonté de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur²⁶⁶. Cette exigence nous rappelle celle qui existe en matière de crimes contre l'humanité, les crimes et délits empruntés au droit commun et listés à l'article 212-1 (parmi lesquels l'atteinte volontaire à la vie, l'empoisonnement, la torture, le viol, l'enlèvement...) devant, pour entraîner l'application de la qualification de crime contre l'humanité, avoir été commis «en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique»²⁶⁷.

On note d'ores et déjà que la technique d'incrimination est finaliste et qu'avec elle le législateur étend la prévention non plus seulement aux actes directement susceptibles de provoquer la terreur, aux actes de terrorisme stricto sensu (pose d'une bombe, détournement d'un avion), mais l'élargie aux infractions commises dans un cadre terroriste, de la préparation des actes de violence au soutien qui leur est apporté (achat et transport d'armes, recel de malfaiteurs, recel du produit du crime ou du délit, blanchiment...). Toute la chaîne des comportements, même lointains, permettant d'une manière ou d'une autre la réalisation ou l'épanouissement d'un acte de terrorisme est appréhendée par ce régime spécifique réservé aux infractions terroristes. L'article 421-1 permet d'englober tout comportement susceptible de présenter un lien avec le terrorisme.

²⁶⁵ Cass. Crim. 7 mai 1987, *bull. crim.* n°186

²⁶⁶ T. S. Renoux, «*Juger le terrorisme ?*», Cahiers du Conseil Constitutionnel n°14 (Dossier : La justice dans la constitution), mai 2003

²⁶⁷ «*C'est le fait que l'acte est commis dans le contexte d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile qui le définit comme un crime contre l'humanité*» TPIY Ch. prem. inst. 7 mai 1997, *Tadic* §656, cit. par Julie Alix, op. cit.

L'article 421-1 pose donc l'exigence de la commission de l'infraction dans un contexte terroriste. Ce contexte se décompose en deux éléments : la relation avec une entreprise individuelle ou collective, laquelle doit avoir le but de troubler l'ordre public par l'intimidation ou la terreur. Le texte d'incrimination esquisse donc une définition du terrorisme, exprimée essentiellement par un élément intentionnel particulier. Cet ajout nous conduit à nous interroger sur la nature de cette exigence particulière, qui contribue encore à faire des incriminations terroristes des incriminations dérogatoires.

1- Une précision qualifiante

Définir le terrorisme, et nous y consacrerons de plus amples développements ultérieurement, est une «entreprise périlleuse»²⁶⁸, cette définition s'étant longtemps avérée «introuvable»²⁶⁹. Toutefois, afin de respecter le principe de légalité, le législateur a bien été contraint de poser les jalons d'une définition du terrorisme, pour pouvoir soumettre les crimes et délits pouvant prétendre à cette qualification à un régime spécifique. Il apparaît à la lecture de l'article 421-1 que l'acte terroriste est un acte qui se commet dans un contexte particulier, répondant à deux composantes : c'est un acte en relation avec une «entreprise» individuelle ou collective, qui doit avoir pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur. La doctrine, pour une large part, et la jurisprudence, plus modestement, ont contribué à éclaircir les contours de cette notion nouvelle.

LA CAUSALITÉ - Il convient d'établir un lien de «relation» entre l'acte commis et une «entreprise» à finalité terroriste. La formule, restée inchangée depuis 1986, avait déjà à l'époque fait l'objet de critiques de la doctrine qui lui reprochait son manque de précision²⁷⁰, et ce malgré une validation du texte par le Conseil Constitutionnel²⁷¹. Ce manque de précision est d'autant plus regrettable que le lien de causalité est très lâche, l'article 421-1 se contentant d'exiger une «relation» avec une entreprise terroriste. L'expression évoque en effet un lien de causalité distendu, à degré variable.

En pratique, comme le souligne Marie-Elisabeth Cartier²⁷², la question de la causalité se pose rarement, les groupes terroristes prenant eux-même le soin d'écarter toute hésitation en la matière en revendiquant généralement les actes commis. La jurisprudence se montre quant à elle peu exigeante puisqu'elle semble se contenter d'une appréciation globale des faits qui révélerait cette relation. Ainsi, la Cour de Cassation avait considéré, s'agissant du groupe terroriste «Action Directe», que l'ensemble des comportements reprochés étaient «en relation évidente avec l'activité

²⁶⁸ R. Ottenhof, « *Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme* » cette *Revue*, 1987, p. 607

²⁶⁹ R. Koering-Joulin, « *Infraction politique et violence* » *JCP* 1982.I.3066, n° 1

²⁷⁰ J.P. Marguénaud, art. cit.

²⁷¹ Décision n°86-213 DC du 3 septembre 1986 : le Conseil Constitutionnel a considéré que «*la première condition fixée par la loi, qui renvoie à des infractions qui sont elles-mêmes définies par le code pénal ou par des lois spéciales en termes suffisamment clairs et précis, satisfait aux exigences du principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines ; que, de même, la seconde condition est énoncée en des termes d'une précision suffisante pour qu'il n'y ait pas méconnaissance de ce principe*»

²⁷² M.E. Cartier, art. cit.

du groupement Action Directe»²⁷³. La jurisprudence fait également de l'appartenance d'un individu à un groupe terroriste une preuve de la relation à une entreprise terroriste de l'acte qu'il a pu, même individuellement, commettre²⁷⁴.

La causalité est donc envisagée plutôt comme un rapport de connexité²⁷⁵, et même de simple proximité entre l'infraction de base et le contexte terroriste. L'approche favorise la répression, mais manque tout de même de rigueur (spécialement quand on analyse les enjeux de cette qualification en terme de procédure comme de pénalités).

L'ENTREPRISE INDIVIDUELLE OU COLLECTIVE - Les contours de la notion d'entreprise sont relativement imprécis. Il paraît peu évident de parler d'entreprise à propos d'un acte unique et isolé mais, pour autant, l'article 421-1 ne semble pas exiger une pluralité d'actes matériels distincts. La notion doit être plutôt comprise comme exigeant une certaine organisation, une préparation de l'acte. L'acte terroriste s'inscrit dans une dynamique terroriste qui comprend la maturation d'un projet, sa préparation puis sa mise à exécution.

Une circulaire d'application de la loi de 1986 avait d'ailleurs précisé que *«la notion d'entreprise est exclusive de toute idée d'improvisation ; elle suppose des préparatifs et un minimum d'organisation : par exemple, l'établissement d'un plan d'action, le rassemblement de moyens matériels, la mise en place d'un dispositif de repli, la rédaction d'un communiqué destiné à la presse...»*, en faisant *«une organisation d'où le hasard est exclu»*²⁷⁶. Cet élément de précision est décisif et confirme ce qui ne ressortait pas de manière évidente de la rédaction de l'article 421-1 : la circonstance terroriste est une circonstance préméditée²⁷⁷ qui s'inscrit en amont de la commission de l'acte. L'entreprise est donc à rapprocher du «dessein formé avant l'action»²⁷⁸ qui caractérise la préméditation (mais l'article 421-1 n'exige pas pour autant que les crimes et délits aient été prédéterminés dans leur nature). La doctrine est également en ce sens et fait de la notion d'entreprise un «dessein formé ou plan concerté se traduisant par des efforts coordonnés en vue de l'objectif à atteindre»²⁷⁹. La jurisprudence confirme, la Cour de cassation ayant eu l'occasion de juger que l'explosion d'une charge dans la loge d'un concierge de collège, acte isolé et non revendiqué, ne constituait pas un acte de terrorisme faute d'organisation suffisante et d'un mode de préparation révélant le professionnalisme de ses auteurs²⁸⁰. Les actes de terrorisme supposent donc

²⁷³ Cass. Crim. 7 mai 1987

²⁷⁴ CA Paris 1ère ch. corr. 5 juillet 2001 n°2001-164604 *«Les divers délits pour lesquels la Cour a confirmé la culpabilité des prévenus (...) ont été commis dans le contexte de l'appartenance des prévenus à l'ETA (...) le jugement sera donc confirmé en ce qu'il a retenu pour chacun de ces délits la circonstance aggravante qu'ils ont été commis en relation à titre principal ou connexe avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur»*.

²⁷⁵ Termes de l'arrêt sus-cité CA Paris 1ère ch. corr. 5 juillet 2001

²⁷⁶ Circulaires du garde des Sceaux, ministre de la justice, en date des 10 oct. 1986 et 27 mars 1987. V. Th. Renoux, *L'indemnisation publique des victimes d'attentats*, préc., p. 21 et s

²⁷⁷ La préméditation est, au sens de l'article 132-72 du code pénal un «dessein formé avant l'action de commettre un crime ou un délit déterminé»

²⁷⁸ Art. 132-73

²⁷⁹ A. Chalandon, *JOAN*, Débats, 8 août 1986, p. 4125, cité par Y. Mayaud, *Terrorisme*, cit.

²⁸⁰ Cass. 1ère civ. 17 octobre 1995, sous l'article 421-1, code pénal Dalloz, 110ème ed.

un minimum de préparatifs et d'organisation, ils doivent être le résultat de l'élaboration d'une véritable stratégie.

M. Mayaud propose une analyse intéressante et suggère de faire du caractère individuel ou collectif de l'infraction le critère de détermination du sens de la notion d'entreprise : individuelle, l'entreprise rejoindrait plutôt la préméditation, collective, elle se rapprocherait d'un contexte de criminalité organisée²⁸¹. Mais pour Julie Alix, cette analyse n'a pas d'écho en jurisprudence, laquelle rejette systématiquement l'entreprise individuelle, non pas forcément au stade du jugement²⁸², mais dès le stade des poursuites (on peut toutefois souligner que le phénomène d'entreprise terroriste individuelle étant de développement assez récent en pratique, des évolutions sont probablement à prévoir). Pour elle, cette condition, et l'interprétation qu'en fait la jurisprudence, est d'inspiration réaliste et renvoie à un contexte de criminalité organisée. Il est vrai que les actes terroristes, s'inscrivent, le plus souvent, dans une stratégie collective et scrupuleusement préparée, même si ces dernières années nous assistons à une recrudescence du terrorisme «individuel» (en témoigne l'affaire Merah²⁸³, il est donc heureux que reste aussi visée l'entreprise individuelle, qui n'est pas obligatoirement moins bien organisée et moins méticuleusement préparée).

UNE FINALITÉ TERRORISTE - L'acte doit non seulement s'inscrire dans un contexte organisé mais également avoir une finalité particulière, lui attribuant véritablement son caractère terroriste. On rejoint là l'intention et le mobile²⁸⁴. La prise en compte par la loi des mobiles est très rare en droit pénal, et marque ici à nouveau la spécificité des actes de terrorisme.

La finalité terroriste est définie par l'article 421-1 comme la volonté de causer un trouble grave à l'ordre public par l'intimidation ou la terreur. Comme l'analyse la doctrine, le trouble grave à l'ordre public évoque un «effet de panique ou de contrariété sociale propre à entraîner des mouvements sociaux incontrôlés : autodéfense, vengeance, manifestations, violation des lois et règlements»²⁸⁵. Dans le cadre du terrorisme, c'est la volonté de créer un sentiment particulier de vulnérabilité et d'insécurité²⁸⁶. Le texte fait état du moyen employé pour aboutir à ce trouble : l'intimidation ou la terreur. L'intimidation consiste à inspirer une crainte ou un trouble à une personne, lui faisant perdre son assurance alors que la terreur, beaucoup plus forte, se définit plutôt

²⁸¹ Y. Mayaud, *terrorisme*, op. cit.

²⁸² L'auteur cite l'arrêt Civ. 1er 17 octobre 1995 sur le rejet de qualification terroriste suite à l'explosion d'une charge dans la loge d'un concierge de collège mais à noter que le rejet de qualification résulte non pas d'une éventuelle individualité dans l'entreprise, le(s) auteur(s) n'ayant pas été identifié(s), mais plutôt du contexte général de l'infraction (le contexte scolaire, le peu de dégâts démontrant un manque de préparation...).

²⁸³ Les 11, 15 et 16 mars 2012, à Toulouse et Montauban, un professeur et trois enfants, ainsi que trois militaires étaient tués par balle. L'homme soupçonné des faits, Mohammed Merah, qui se revendiquait d'Al-Qaïda, décéda dans le siège de son appartement, lors d'un échange de tirs avec le RAID et la DCRI. *Le Monde*, «Retour sur dix jours de traque, de Toulouse à Montauban», 07/01/2013.

²⁸⁴ Le principe de l'indifférence des mobiles est un principe de portée ordinaire qui n'est formulé nulle part et n'interdit pas au législateur d'y déroger.

²⁸⁵ M.E. Cartier, art. cit.

²⁸⁶ B. Bouloc, « *Le terrorisme* » in *Problèmes actuels de science criminelle*, Presses universitaires d'Aix-Marseille 1989

comme une peur violente qui paralyse²⁸⁷. Une circulaire d'application confirme : « *ce qui caractérise le type de criminalité que veut atteindre le législateur, c'est, au-delà des conséquences immédiates de l'infraction, la volonté d'intimider ou de terroriser la population ou une partie de celle-ci, en troublant ainsi gravement l'ordre public...* »²⁸⁸. C'est en effet le propre du terrorisme que d'inspirer la terreur, par son caractère aveugle, par «son ignorance et mépris des distinctions traditionnelles, le fait qu'il frappe indistinctement les jeunes ou les vieux, les riches ou les pauvres, les puissants ou les obscurs, les innocents ou les coupables»²⁸⁹. Et en effet, c'est là où personne ne peut se dire protégé, là où tout le monde est exposé, là où la raison et la rationalité sont abolies, que naît véritablement la terreur.

Mais la jurisprudence ne semble pas rentrer dans une analyse détaillée de ces procédés, se contentant par exemple de relever que les individus ont «*réagi avec détermination et violence, à la manière d'un commando, n'hésitant pas à tuer ou à agresser toute personne leur faisant obstacle*»²⁹⁰. De même, la Cour de cassation a pu approuver le renvoi par la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris de deux accusés devant la Cour d'Assises de Paris du chef de complicité d'assassinat en relation avec une entreprise terroriste au motif qu'il existait des charges suffisantes dans la mesure où avaient été trouvées chez eux des preuves de leur participation à la rédaction et à la diffusion du communiqué de revendication de l'acte et que «*l'établissement antérieurement à l'action, par les idéologues d'un groupe de terroristes, d'un texte de revendication, qui justifie l'acte terroriste à réaliser, en définit les objectifs et les motifs, constitue un acte de complicité par instruction (...) qu'il existe en conséquence des charges suffisantes - contre les prévenus - de s'être rendus complices de l'assassinat perpétré (...) ce par instruction mais aussi par aide et assistance pour avoir participé à la définition de la stratégie, crime en relation avec une entreprise terroriste*»²⁹¹.

Il est à préciser que l'intention terroriste s'apprécie non pas directement dans la personne de l'agent mais plutôt par rapport à l'entreprise elle-même. C'est l'entreprise terroriste qui doit tendre vers la provocation de la terreur ou de l'intimidation de la société. Là encore, l'analyse est globale et expéditive, la jurisprudence se contentant parfois d'une simple présomption²⁹².

2- Une circonstance «dérogeante»²⁹³

L'exigence de cette «circonstance terroriste» amène deux questions relatives à sa nature : est-ce un élément matériel supplémentaire ou l'expression d'une intention renforcée ? Se conçoit-elle comme

²⁸⁷ Définitions du dictionnaire Larousse 2013

²⁸⁸ Circ. préc. du 10 oct. 1986, no 2113, p. 62, cité par Yves Mayaud, *Terrorisme*, p.c.

²⁸⁹ M.E. Cartier, art. cit.

²⁹⁰ Cass. Crim. 7 mai 1987

²⁹¹ Cass. Crim. 18 décembre 2002, n°02-86.689

²⁹² Crim. 18 juillet 1990 n°90-80588 : pour établir l'entreprise terroriste la Cour se contente de caractériser l'appartenance à l'ETA qui est, de notoriété publique «une organisation recherchant par la violence terroriste l'indépendance du pays basque».

²⁹³ Terme emprunté à J. Alix, op. cit.

une circonstance aggravante, comme une condition préalable ou comme un élément constitutif de l'infraction ? Ses questions ne sont pas sans incidence sur la structure de l'infraction.

LE CONTEXTE TERRORISTE : SUPPLÉMENT DE MATÉRIALITÉ OU RENFORT DE L'ÉLÉMENT MORAL ? - L'incrimination générique de l'article 421-1 entretient une certaine confusion quant à sa structure au regard de la théorie générale de l'incrimination. Là où l'incrimination classique se compose d'un élément matériel (le comportement illégal associé ou non du résultat redouté) et d'un élément intentionnel (la culpabilité) clairement définis, s'agissant de terrorisme les composantes matérielle et intentionnelle de l'incrimination semblent enchevêtrées dans un ensemble inextricable. A cette question se joint celle de la nature simple ou complexe des infractions terroristes. On sait que l'infraction terroriste de 421-1 peut revêtir l'habit de l'instantanéité²⁹⁴ (meurtre) comme celui de la continuité²⁹⁵ (séquestration), le visage de la collectivité²⁹⁶ (recels successifs du produit d'un crime terroriste) ou de l'entreprise individuelle (destruction par un individu unique), et qu'elle ne peut apparaître sous les traits de l'omission²⁹⁷, mais la question peut se poser de sa nature simple (infraction caractérisée par la réalisation d'un seul acte) ou composite²⁹⁸ et plus particulièrement complexe (s'extériorisant par une pluralité d'actes de natures différentes : exemple de l'escroquerie²⁹⁹).

La relation exigée de l'infraction avec une entreprise terroriste constitue-t-elle un ajout à l'élément matériel de l'infraction, qui alors comprendrait deux composantes distinctes et ferait de cette infraction une infraction complexe, ou vient-elle enrichir l'élément moral par un supplément original à l'intentionnalité, l'infraction étant alors une infraction simple ? La doctrine ne semble pas s'être accordée sur ce point.

Il convient de souligner que cette question est à distinguer de celle de l'existence d'un élément intentionnel dans l'incrimination, qui elle ne pose pas problème. La responsabilité pénale, qui trouve son fondement dans la faute du délinquant, exige l'analyse de la dimension subjective de l'infraction, la caractérisation d'un élément moral qui permette l'imputation de l'infraction à son auteur. On rappellera à cet égard que les infractions sont par principe intentionnelles, en vertu de l'article 121-3 du code pénal³⁰⁰. Cependant, par exception et en matière délictuelle exclusivement, une faute non intentionnelle peut engager la responsabilité de son auteur lorsque le texte

²⁹⁴ L'infraction instantanée est celle qui se réalise en un trait de temps

²⁹⁵ Sont dites continues les infractions qui se prolongent dans le temps, qui procèdent d'une «matérialité extensible»

²⁹⁶ L'infraction collective correspond à une «continuité de but partagée entre plusieurs personnes», Y. Mayaud, *Droit pénal général*, op. cit.

²⁹⁷ A la lecture de l'article 421-1 on constate qu'il n'est pas, en effet, de terrorisme «par omission», mais seulement des infractions terroristes de commission, et cela en toute logique eut égard à l'intentionnalité renforcée exigée pour leur constitution.

²⁹⁸ Yves Mayaud, *Droit pénal général*, op. cit., «La dimension matérielle de l'infraction»

²⁹⁹ Art. 313-1 : elle suppose l'existence d'un mensonge et d'une remise pour être constituée

³⁰⁰ Art. 121-3 : «Il n'y a point de crime ni de délit sans intention de la commettre».

d'incrimination le prévoit expressément³⁰¹. S'agissant des infractions terroristes listées à l'article 421-1, toutes sont intentionnelles. Le bon sens nous dicte qu'il n'est point de terrorisme par inadvertance, par «négligence». Il importera ainsi au juge, dans sa mission de qualification, de caractériser l'existence de l'élément intentionnel propre à chacune de ces infractions (*animus necandi* pour le meurtre, connaissance du caractère mortifère de la substance et la volonté néanmoins de l'administrer pour l'empoisonnement par exemple³⁰²).

Toutefois, et depuis la loi du 22 juillet 1996, le législateur a pris le soin de se référer expressément à ce caractère intentionnel, en précisant que le crime ou délit commis doit être «intentionnellement» en relation avec une entreprise terroriste. Cette précision doit s'interpréter logiquement comme exigeant, en plus de l'intention de commettre le crime ou le délit concerné, la connaissance du but terroriste de l'entreprise dans laquelle il s'inscrit et la volonté d'y intégrer son comportement malgré tout. C'est là que les conceptions doctrinales divergent.

La doctrine majoritaire, dont Yves Mayaud³⁰³ ou encore Jean Pradel y voient un dol spécial, voire un dol aggravé, une donnée psychologique qui se surajoute à l'élément moral de l'infraction. La relation avec l'entreprise terroriste constituent pour eux un élément subjectif de l'infraction, un mobile devant animer l'auteur³⁰⁴. Ce dol spécial comporterait deux éléments : un élément objectif, l'entreprise individuelle ou collective, et un élément subjectif, la finalité terroriste. Pour Thierry Renoux³⁰⁵ en revanche, cette référence à la finalité de l'entreprise ne se confond pas avec l'élément intentionnel de l'infraction mais n'est qu'un élément circonstanciel que l'on retrouve dans les conventions internationales relatives au terrorisme ou concernant les crimes contre l'humanité. Pour Julie Alix ensuite³⁰⁶, cette exigence supplémentaire s'analyse, dans la construction globale de la criminalité terroriste et au regard des applications jurisprudentielles qui sont faites de l'article 421-1, comme un élément matériel complémentaire, qui s'ajoute à l'élément matériel nécessaire que constitue le comportement individuel. L'auteur s'appuie pour son analyse sur une tendance de la jurisprudence à écarter de l'infraction terroriste toute entreprise individuelle pour concentrer la répression sur les associations terroristes, se contentant ainsi pour prouver l'intention terroriste de démontrer l'organisation matérielle d'un groupement dans le cadre duquel a été commis l'acte. L'intention prend alors la forme d'un dol général participatif. Enfin, Jean-Pierre Marguénaud choisit d'éluider la difficulté théorique en considérant plus opportun de parler de répression en terme, non

³⁰¹ Art. 121-3 alinéas 2, 3 et 4

³⁰² S'agissant de l'élément moral de l'empoisonnement, la doctrine se montre partagée depuis les arrêts de la Chambre criminelle relatifs à l'affaire du sang contaminé (Crim. 18 juin 2003 Dr. Garetta) ou encore à la transmission du VIH par relations sexuelles (Crim. 2 juillet 1998), certains auteurs (A. Lepage) interprétant ces arrêts comme adoptant la thèse du dol spécial, faisant obligation de démontrer en plus de l'existence d'un dol général, l'intention particulière de donner mort à l'agent.

³⁰³ Yves Mayaud, terrorisme, op. cit.

³⁰⁴ J.Pradel, art. cit.

³⁰⁵ T. Renoux, art. cit.

³⁰⁶ J. Alix, op. cit.

pas d'éléments moral et matériel, mais de critères objectif (le comportement listé emprunté au droit commun) et subjectif (le mobile d'intimidation ou de terreur)³⁰⁷.

Nous rejoindrons plutôt la position de Mmes Grewe et Koering-Joulin³⁰⁸ qui qualifient cet élément de véritable «hydre juridique» et estiment qu'il recèle deux composantes : un élément de nature matérielle relié à un élément de nature intellectuelle. Il nous semble en effet que la jurisprudence, en s'attachant à démontrer l'existence d'une organisation, d'une certaine préparation, d'un plan concerté, en somme l'existence d'une «entreprise» au sens de l'article 421-1, ajoute bien un surplus de matérialité à celle due au crime ou délit de droit commun. Toutefois, il nous apparaît impossible d'ignorer le renforcement de l'intention ainsi opéré. Car, non seulement l'article 421-1 vise expressément, et sans utilité aucune hors de cette analyse, par le terme «intentionnellement» ce qui semble être un élément psychologique supplémentaire (le but de troubler l'ordre public), mais il résulte également de la jurisprudence qu'elle procède d'une appréciation très globale de l'existence de cette circonstance qui résulte parfois de la simple intention mûrie de l'auteur, dans l'hypothèse de l'entreprise individuelle par exemple (dans cette hypothèse, même si elle est peu développée en jurisprudence, l'entreprise individuelle équivaut à une préméditation, élément intellectuel). De surcroît, pour citer Georges Levasseur, «*plus l'élément matériel est mince, plus l'élément moral prendra sa place, remplissant le vide du précédent*»³⁰⁹, ce qui nous amène à penser que l'aspect matériel de la circonstance terroriste viendrait finalement à être absorbé par son aspect moral pour ne plus constituer qu'un agent révélateur. Cette analyse nous semble également la plus proche de la réalité criminologique du terrorisme, celui-ci se caractérisant avant tout par la volonté de semer la terreur. La complexité des réflexions en la matière nous démontre à nouveau, si besoin était, à quel point les incriminations terroristes se situent hors des concepts traditionnels du droit pénal spécial.

LE CONTEXTE TERRORISTE : QUELLE NATURE ? - Bien que la question ait été résolue en concluant à l'insertion de la circonstance terroriste dans l'élément moral des infractions terroristes³¹⁰, il n'est pas inutile d'examiner quelques autres difficultés qui peuvent se poser au sujet de la nature de celle-ci.

La circonstance terroriste, par son antériorité aux faits (exigée par une certaine préméditation) et par sa valeur de définition, nous fait penser à la notion de condition préalable³¹¹. Elle pourrait être abordée comme une condition préalable particulière, mêlant intentionnalité et matérialité. La condition préalable est en effet définie par Jean-Paul Doucet comme une situation particulière à partir de laquelle certaines infractions peuvent se développer, et qui peut consister soit en une

³⁰⁷ J-P Marguénaud, art. cit.

³⁰⁸ Grewe et Koering-Joulin, «*De la légalité de l'infraction terroriste à la proportionnalité des mesures antiterroristes*», *Libertés, justice, tolérance*. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan, Bruxelles, Bruylant, 2004, Vol. II, p.894.

³⁰⁹ G. Levasseur, «*Etude de l'élément moral de l'infraction*», Confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie, Annales de la Faculté de Droit et des sciences économiques de Toulouse, T. XVII, fasc. 1, 1969, p.95, cit. par J. Alix, op. cit.

³¹⁰ Position que rejoint notamment J-Y Maréchal, «*Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*», éd. L'Harmattan, 2003

³¹¹ Exemple du recel qui exige comme condition préalable la nature frauduleuse de l'objet recelé.

circonstance de fait (la personne en péril dans l'omission de porter secours), soit en une circonstance de droit (la remise dans l'abus de confiance). Elle constitue donc la base indispensable à l'infraction et contribue à sa définition, tout en lui demeurant distincte³¹², sans se confondre avec sa matérialité. Seulement, il manque à notre circonstance terroriste cette extériorité à l'infraction elle-même pour être considérée comme condition préalable. La condition préalable exige en effet et logiquement de ne pas figurer dans les agissements délictueux reprochés au prévenu. Les conditions préalables délimitent «le domaine dans lequel l'infraction peut se commettre» alors que les éléments constitutifs sont relatifs à la conduite répréhensible elle-même³¹³. En concluant à l'inclusion de la circonstance terroriste dans l'élément moral de l'infraction, nous avons écarté le débat de la condition préalable.

La circonstance terroriste, qui vient s'agréger à l'acte punissable principal pour entraîner des conséquences particulières et notamment une aggravation des peines, évoque également la technique de la circonstance aggravante, qui parfois se réfère elle aussi aux circonstances de l'acte (avec violence, avec arme, en réunion...), mais qui peut aussi se référer aux mobiles (en raison du sexe de la victime, de son orientation sexuelle ou religieuse, de son identité sexuelle, de son refus de contracter mariage...), ou encore à une qualité particulière de l'auteur (ascendant, conjoint, dépositaire de l'autorité publique...) ou de la victime (mineur, personne vulnérable...). En outre, circonstance terroriste et circonstance aggravante poursuivent le même but par les mêmes moyens : révéler et tirer les conséquences de la dangerosité accrue de l'auteur des faits et l'atteinte plus forte causée à la société, l'agent méritant une sanction plus sévère. Cependant, là où l'effet principal de la circonstance aggravante est d'entraîner une peine alourdie, la circonstance terroriste entraîne également l'application d'un régime procédural dérogatoire, que nous avons étudié, et la mise en place de mécanismes propres (comme le régime des repentis). De surcroît, en évoquant l'autonomie des incriminations terroristes par rapport au droit commun, on a renoncé à parler en terme de circonstance aggravante, qui viendrait contredire cette autonomie par rapport au droit commun. Plutôt qu'une simple aggravation, il s'agirait plutôt donc d'une novation.

L'exigence particulière d'un contexte terroriste revêt donc une nature hybride : et élément moral renforcé dans son principe, et circonstance dérogeante dans ses effets. Par elle, le législateur a synthétisé les caractéristiques d'une criminalité qui s'inscrit par sa nature dans la pluralité : de mobiles et de modes de commission, et ce, afin d'une part d'offrir une vision globale et une esquisse de définition du terrorisme et, d'autre part, de soumettre cette criminalité singularisée à un régime spécifique.

³¹² J.P. Doucet, «*La condition préalable à l'infraction*», Gazette du Palais 1972 II Doct. 726

³¹³ R. Vouin, droit pénal spécial, tome 1, Dalloz, 2e ed., n°, p.2

§2 - Le régime dérogatoire, un renforcement de la répression

Le législateur a tiré les conséquences de la création d'une catégorie d'infractions autonomes en leur attribuant un régime juridique spécifique. On a vu quelles en étaient les implications en terme de procédure. Une autre des manifestations de ce régime dérogatoire s'exprime dans les pénalités attachées à ces infractions, le législateur faisant ici preuve d'une volonté répressive marquée, en accord avec la gravité et la dangerosité de la criminalité terroriste. Même lorsqu'il semble inspiré par un souci d'indulgence, il ne souhaite en réalité que mieux servir la lutte anti-terroriste.

A) L'aggravation des peines

L'échelle des peines applicables aux infractions terroristes présente la particularité d'être relevée d'un degré par rapport au droit commun. Le mécanisme est dérogatoire et, comme le souligne la doctrine, surprend au regard de l'article 131-4³¹⁴ qui ne ménage aucune possibilité de dérogation à l'échelle des peines qu'il institue³¹⁵ (mais cette échelle n'a qu'une valeur ordinaire et n'empêche pas la loi d'y d'adopter d'autres prévisions). Ces dérogations sont en conformité avec la Constitution, comme l'affirmé le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 3 septembre 1986. Le quantum des peines se trouve donc relevé et de nouvelles peines complémentaires sont applicables. Il convient également de faire état de la responsabilité des personnes morales.

1/ Augmentation du quantum des peines principales

PERSONNES PHYSIQUES - Concernant les personnes physiques, l'échelle des peines figure à l'article 421-3 et la dérogation s'opère selon les incrimination et en fonction des peines antérieurement prévues. Ainsi, en matière criminelle, la sévérité prend les traits d'une nette aggravation de la peine par rapport à celle qui est encourue pour les crimes de droit commun : le maximum de la peine privative de liberté encourue est porté à la réclusion criminelle à perpétuité lorsque l'infraction est punie de trente ans de réclusion criminelle (pour un meurtre simple ou un empoisonnement terroriste par exemple), elle est portée à trente ans lorsque l'infraction est punie de vingt ans de réclusion criminelle (violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner commises sur un mineur ou une personne vulnérable) et à vingt lorsqu'elle est punie de quinze (comme pour des tortures et actes de barbarie). Seul l'assassinat terroriste ne se trouvera pas aggravé puisqu'il est déjà puni en droit commun de la réclusion criminelle à perpétuité³¹⁶.

Concernant les délits, on remarque que les solutions retenues dérogent à l'échelle des peines correctionnelles établies par l'article 131-4. En effet, alors que le maximum de la peine d'emprisonnement est de dix ans en matière délictuelle, lorsque le délit commis est déjà puni de la peine délictuelle maximale en droit commun, la peine en matière terroriste est portée à quinze ans

³¹⁴ L'art.131-4 dispose que la peine d'emprisonnement maximale en matière correctionnelle est de dix ans.

³¹⁵ T. Renoux, art. cit.

³¹⁶ Art. 221-3

de réclusion criminelle (ça sera le cas pour la commission d'une infraction de blanchiment en bande organisée par exemple). L'emploi du terme «réclusion criminelle» nous fait penser que l'infraction change alors de nature pour devenir criminelle. Par ailleurs, la peine est portée à dix ans d'emprisonnement lorsque l'infraction est ordinairement punie de sept ans d'emprisonnement (comme pour une destruction, dégradation ou détérioration contre un immeuble classé) et à sept ans d'emprisonnement lorsqu'elle est punie de cinq (pour un recel dans le cadre d'une entreprise terroriste par exemple). Enfin, la peine est doublée lorsque l'infraction est punie de trois ans au plus (ainsi l'auteur d'un vol simple dans le cadre d'une entreprise terroriste encourra non pas une peine de trois d'emprisonnement³¹⁷ mais de six ans).

Quant aux amendes, elles sont systématiques pour les délits comme pour les crimes. Mais, aucune peine d'amende n'étant spécifiquement prévue pour les infractions dérivées de l'article 421-1 (contrairement au terrorisme écologique ou à l'association de malfaiteurs) il conviendra de se référer au droit commun.

PERSONNES MORALES - C'est la réforme du code pénal qui a introduit la responsabilité pénale des personnes morales à l'article 121-2 du code : *«les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 (auteur, tentative, complicité) des infractions commises pour son compte par ses organes ou représentants»*. Auparavant, la responsabilité des personnes morales devait être spécifiquement prévue par la loi ou le règlement, ce qui n'est plus le cas depuis la loi Perben II du 9 mars 2004 qui a généralisé leur responsabilité pénale (cela n'a pas eu d'incidence en la matière puisque l'art 422-5 précisait déjà que les personnes morales pouvaient être déclarées pénalement responsables de tous les actes de terrorisme). Cette responsabilité pénale d'une personne morale n'est pas seulement une hypothèse d'école dans la mesure où il n'est pas impossible d'imaginer des activités terroristes camouflées sous une structure officielle (société commerciale, association...), propre à faciliter les déplacements des terroristes, l'acquisition de matériels ou la mise à disposition de locaux. Cette personne morale pourra, le cas échéant, être sanctionnée en même temps que les personnes physiques organes ou représentants, auteurs ou complices, comme le rappelle l'article 121-2 en son dernier alinéa. Cette responsabilité ne vaut, bien évidemment, que pour des personnes morales, donc des structures juridiquement reconnues et sujets de droit (sociétés, syndicats, associations, partis politiques...). Un simple groupement terroriste informel ne constituera qu'une association de malfaiteurs et seule la responsabilité de ses membres pénale pourra être engagée.

Certaines conditions³¹⁸ inhérentes à l'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales devront toutefois être réunies, ce sont celles de l'article 121-2 du code pénal. L'infraction doit avoir été commise pour le compte de la personne morale (et non pas pour le compte personnel des individus qui sont intervenus dans sa commission), élément d'imputabilité de l'infraction à celle-ci.

³¹⁷ Art 311-1

³¹⁸ M. Delmas-Marty, «Les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales», Rev. sociétés 1993, p.301

Il en sera ainsi de la personne qui agit au nom de la personne morale et dans l'intérêt de celle-ci. L'infraction doit également avoir été commise par les organes ou représentants de la personne morale, donc par des personnes habilitées à représenter officiellement et légalement la personne morale, ou par des personnes habilitées par la loi, les statuts, ou une délégation de pouvoirs. Pour la doctrine cette représentation n'est pas obligatoirement à envisager de manière stricte et l'on pourrait concevoir un représentant terroriste mandaté par la personne morale³¹⁹, voire même un dirigeant de fait³²⁰, qui engagerait la responsabilité de celle-ci.

S'agissant des peines applicables aux personnes morales, l'article 422-5 du code pénal renvoie aux dispositions de l'article 131-38 relatives au droit commun de la peine et qui prévoient un taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques. On remarquera que s'agissant des peines d'amende le législateur ne fait pas preuve d'une sévérité exacerbée face aux infractions terroristes car il renvoie tout simplement aux peines normalement applicables aux personnes morales, tout en laissant une grande marge d'appréciation aux juridictions. Il conviendra donc de se référer aux peines d'amende applicables pour les personnes physiques pour chacune des incriminations énumérées à l'article 421-1 et de les multiplier par cinq pour obtenir pour chacune d'elles la peine d'amende maximale prévue pour les personnes morales. Ainsi, et à titre d'exemple, une personne morale déclarée coupable de blanchiment en bande organisée en relation avec une entreprise terroriste encourra jusqu'à 3 750 000€ d'amende (contre 750 000€ pour une personne physique)³²¹.

2/ Les autres marqueurs de la sévérité du législateur : les peines complémentaires

La sévérité du législateur à l'égard des infractions terroristes ne se manifeste pas seulement quant à l'élévation de l'échelle des peines d'emprisonnement ou de réclusion mais également à l'égard des peines complémentaires. Le juge a en effet en sa possession, en matière terroriste, l'entier panel des peines complémentaires facultatives applicables aux personnes physiques comme morales.

PERSONNES PHYSIQUES - S'agissant des personnes physiques, ce sont les articles 422-3, 422-4 et 422-6 qui listent ces peines complémentaires à l'usage du juge en matière de terrorisme. Peuvent ainsi être prononcées les peines d'interdiction du territoire français³²² (à titre définitif ou provisoire), dont le particularisme était de déclarer inapplicables les exceptions prévues à l'article 131-30³²³, ou encore l'interdiction de séjour sur le territoire français³²⁴, dont la durée est susceptible

³¹⁹ M.E. Cartier, art. cit.

³²⁰ Yves Mayaud, terrorisme, op. cit.

³²¹ Combinaison des articles 324-2 et 131-38 CP

³²² Art. 422-4

³²³ Cette précision qui figurait au deuxième alinéa de l'article 422-5 a été abrogée par la loi n°2003-1119 du 26 novembre 2003 sans que cela ait toutefois d'incidence notable sur la répression puisque rien n'interdit au juge de prononcer néanmoins cette interdiction à l'encontre de «tout étranger coupable».

³²⁴ Art. 422-3 3°

d'être portée à 15 en cas de crime et 10 ans en cas de délits (contre respectivement 10 et 5 ans en droit commun³²⁵).

Les individus condamnés pour infractions terroristes encourent également l'interdiction des droits civiques (droit de vote), civils (droit de témoigner en justice) et de famille (droit d'être nommé curateur ou tuteur), étant précisé que cette interdiction est limitée à quinze ans en matière criminelle et dix ans en matière délictuelle (contre respectivement dix ans et cinq ans pour des infractions de droit commun) ainsi que l'interdiction d'exercer une fonction publique ou l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ou encore une profession commerciale ou industrielle, interdiction dont la durée peut être définitive ou temporaire (avec alors des seuils encore augmentés par rapport au droit commun de l'article 131-27)³²⁶.

Une loi du 15 novembre 2001³²⁷, dont les dispositions ont été modifiées très récemment³²⁸, a ajouté à l'article 422-6 une peine de confiscation de tout ou partie des biens appartenant aux terroristes, quelle qu'en soit la nature.

Enfin, et c'est une prévision d'importance, l'article 421-3 opère un renvoi à l'article 132-23 s'agissant de la période de sûreté, qui se trouve applicable aux crimes et aux délits terroristes punis de dix ans d'emprisonnement. Durant cette période le condamné ne pourra bénéficier des mesures de suspension ou de fractionnement de la peine, de placement à l'extérieur, de permissions de sortie, de semi-liberté ou de libération conditionnelle.

On peut donc souligner que, non seulement de nombreuses peines complémentaires ont été prévues par le législateur et généralisées à tous les crimes et délits terroristes, mais elles ont en plus vu s'élever leur durée d'application. En outre, ces peines peuvent être assorties de «sanctions» accessoires, n'étant pas à proprement parler des peines car prononcées par l'autorité administratives³²⁹, telle la déchéance de la nationalité française³³⁰.

PERSONNE MORALES - Les personnes morales ont également attiré l'attention du législateur s'agissant de la prévision de peines complémentaires. L'article 422-5 dispose en effet que peuvent être prononcées à leur égard, outre l'amende, et de manière cumulative, la totalité des peines prévues par l'article 131-39.

Peuvent donc être prononcés, entre autres, le placement sous surveillance judiciaire de la personne morale, la fermeture définitive ou temporaire de l'établissement ayant servi à commettre les faits incriminés, l'interdiction d'émettre des chèques ou d'utiliser des cartes de paiement, l'interdiction

³²⁵ Art. 131-31

³²⁶ Art. 422-3 1° et 2°

³²⁷ Loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001

³²⁸ Loi n°2012-409 du 27 mars 2012

³²⁹ T. Renoux, art. cit.

³³⁰ En application de l'article 25 du code civil, prononcée par décret après avis conforme du Conseil d'Etat lorsqu'un individu a été reconnu coupable d'une infractions terroristes dès l'instant où les faits se sont produits dans un délai de dix ans à compter de l'acquisition de la nationalité française. Mesure introduite par la loi n°96-647 du 22 juillet 1996 et dont les dispositions ont été déclarées conformes à la Constitution par une décision n°96-377 DC malgré la discrimination introduite selon le mode d'acquisition de la nationalité (entre français «de souche» et français par mariage, adoption, résidence...).

d'exercer directement ou indirectement l'activité professionnelle ou sociale à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, la confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en était le produit.

Mais c'est surtout la dissolution qui manifestera son utilité en matière de terrorisme. Elle peut être prononcée pour un crime ou un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure à cinq ans, commis par une personne morale détournée de son objet pour commettre les faits incriminés³³¹. La reconstitution de la personne morale dissoute est par ailleurs sanctionnée de manière générale par les articles 434-43 à 434-47 du code. La dissolution apparaît comme la seule sanction adaptée à la gravité des faits et les autres peines apparaissent comme dérisoires à son égard en la matière³³². Cette dissolution judiciaire ne doit pas être confondue avec la dissolution administrative de la loi du 10 janvier 1936 concernant les groupes de combat et milices privées, texte complété par la loi du 9 septembre 1986 pour permettre la dissolution, par décret du président de la République rendu en conseil des ministres, de toutes les associations ou groupements se livrant sur le territoire français à des agissements en vue de provoquer des actes de terrorisme.

Les possibilités laissées au juge sont donc nombreuses. On peut toutefois s'interroger sur l'opportunité de la responsabilité pénale des personnes morales, que la doctrine considère parfois comme inadaptée au terrorisme. Marie-Elisabeth Cartier avance en effet que les terroristes se soucient peu de la structure juridique de leur organisation³³³. De plus, comme le souligne Yves Mayaud³³⁴, les seules personnes morales juridiquement et précisément identifiables seront probablement étatiques et la répression se heurtera alors à des problèmes d'immunité et de souveraineté. En tout état de cause, le législateur aurait dû mieux sélectionner les peines encourues, pour ne retenir que les plus graves.

B) L'indulgence au service de la répression : le mécanisme du repentir

Le terme de repentir est lié à la «pénitence et à la peine»³³⁵. Selon La Rochefoucauld, c'est une tristesse, un remord que nous cause la prise de conscience de nos fautes³³⁶. Le repentir constitue donc le premier pas vers l'amendement et incite de la sorte les juges à la clémence. Il existe donc, dans le code pénal, plusieurs dispositions accordant une exemption ou une réduction de peine au repentir, «collaborateur de justice», qui dénonce une infraction dont il est le coauteur ou le complice³³⁷. Le dispositif existe en effet également pour le trafic de stupéfiants, l'association de

³³¹ Art. 131-9 1°

³³² M.E. Cartier, art. cit.

³³³ M-E. Cartier, art. cit.

³³⁴ Y. Mayaud, *Terrorisme*, op. cit.

³³⁵ R. Merle, *La pénitence et la peine*, éd. Cerf, Cujas, 1986.

³³⁶ Cit. par Jean-Paul Doucet, *Dictionnaire de droit criminel*

³³⁷ *Les repentis face à la justice*, service des études juridiques du Sénat, 2003

malfaiteurs ou encore nombre d'atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation (trahison, espionnage, faux monnayage).

En matière de terrorisme, c'est moins la repentance, qui paraît illusoire, que le souci d'inciter les terroristes à s'arrêter sur le chemin du crime et à dénoncer leurs complices ou coauteurs qui fonde l'existence du mécanisme, pensé dans l'intérêt de la société. La loi du 9 septembre 1986 avait déjà mis en place des exemptions et atténuations de peines pour les repentis (anciens articles 463-1 et 463-2). La réforme n'a pas rompu avec cette tradition et les articles 422-1 et 422-2 du code pénal accordent aux terroristes qui collaborent avec les autorités administratives ou judiciaires une telle exemption ou une réduction de peine.

L'article 422-1 du code pénal dispose en effet que *«toute personne qui a tenté de commettre un acte de terrorisme est exempté de peine si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis d'éviter la réalisation de l'infraction et d'identifier, le cas échéant, les autres coupables»*. Il résulte de ce texte que l'exemption de peine (qui implique au préalable une reconnaissance de culpabilité) suppose la tentative d'une infraction terroriste, c'est à dire un commencement d'exécution de l'infraction suivi d'un désistement volontaire³³⁸, puis une information donnée à une autorité administrative ou judiciaire par l'un des complices ou coauteurs, et l'efficacité du renseignement donné qui doit avoir permis au minimum d'éviter un résultat dommageable, la réalisation de l'infraction, et au mieux d'arrêter également ses auteurs.

L'article 422-2 prévoit quant à lui la réduction pour moitié de la peine si le renseignement donné aux autorités administratives ou judiciaires a permis *«de faire cesser les agissements incriminés ou d'éviter que l'infraction n'entraîne mort d'homme ou infirmité permanente et d'identifier, le cas échéant, les autres coupables»*. Sachant que lorsque la peine encourue est la réclusion criminelle à perpétuité, celle-ci est ramenée à vingt ans de réclusion. Un terroriste reconnu coupable d'une infraction consommée et non plus tentée pourra donc voir sa peine réduite s'il avertit les autorités et que cette information, sans avoir pour autant empêché l'infraction, a permis soit de faire cesser les agissements incriminés, soit d'éviter des morts ou des blessés graves, soit d'identifier les coupables. Cela n'est pas sans nous évoquer le repentir actif.

Alors que dans les autres domaines dans lesquels le repentir est possible seules des infractions déterminées peuvent donner lieu à des réductions ou exemptions de peines, en matière de terrorisme le principe est de portée générale, ce qui permet de l'appliquer à chacune des incriminations terroristes. Dans ce mécanisme, qui pourrait être perçu comme une clémence du législateur accordant le pardon au repentant sincère, le législateur recherche plutôt la prévention par l'exemption de peine, afin d'éviter que l'infraction soit consommée et produise ses désastreux effets, et la répression, déplacée sur d'autres, par la réduction de peine. C'est donc l'intérêt général qui toujours est servi.

³³⁸ Dans le cas où la tentative est punissable

La création d'incriminations terroristes dérivées de droit commun a donc constitué la première réponse du droit pénal substantiel à la criminalité terroriste. C'est une réponse inédite qui déroge doublement au droit commun : et par la méthode d'incrimination utilisée, peu commune, et par l'application d'un régime spécifique, marqué par une sévérité nettement accrue. Cependant, comme l'analyse Julie Alix³³⁹, les applications faites par les juges du fond de l'article 421-1 ont marqué le rejet de l'entreprise terroriste individuelle et la subordination de la qualification terroriste de l'article 421-1 à l'existence d'une certaine organisation, assimilant finalement l'entreprise terroriste à l'association de terroristes. La majorité des poursuites est d'ailleurs, comme le souligne l'auteur, exercée sur un double fondement, comprenant d'un côté une infraction relevant de l'article 421-1, et de l'autre la participation à une association de malfaiteurs à but terroriste. Il n'est pas absurde en effet que ce concours réel d'infractions, fréquent en pratique, se solde par le cumul, selon la réponse normale du droit pénal général ³⁴⁰(même si, il est vrai, l'emprunt d'éléments constitutifs de chacune des infractions pour apporter la preuve de l'autre peut contribuer à un certain brouillage entre la notion de concours réel et de concours idéal). Depuis les années 2000 le cumul semble systématique en pratique³⁴¹, facilitant ainsi la preuve de l'intention terroriste, et faisant de la caractérisation des éléments constitutifs des deux infractions le fruit d'une démonstration unique. Mais cette intention terroriste complexe spécifique aux infractions dérivées de droit commun (et au terrorisme écologique) a été délaissée par les nouvelles incriminations élaborées par le législateur en la matière, pour lesquelles l'élément intentionnel a été globalement simplifié, permettant d'appréhender à nouveau l'entreprise individuelle.

SECTION 2 : LE TERRORISME «QUALIFIÉ», DES INCRIMINATIONS INNOVANTES EN EXPANSION

Le terrorisme dérivé de droit commun, technique d'incrimination inédite et première à avoir été mise en oeuvre dans la lutte anti-terroriste, n'est pas l'unique réponse du droit pénal spécial à la criminalité terroriste. Se sont en effet développées - et le mouvement s'accélère ces dernières années - de multiples incriminations terroristes, selon une méthode d'incrimination tout à fait

³³⁹ Julie Alix, op. cit.

³⁴⁰ Art 132-2 CP

³⁴¹ L'auteur cite pour illustrer son propos un arrêt CA Paris, 10^e ch. corr. 5 juillet 2001 n°201-164604, la juridiction, après avoir caractérisé la réunion des éléments constitutifs de l'infraction issue du droit commun, analysant au titre de l'intention terroriste l'appartenance à un groupement organisé, en l'espèce les actes ayant été commis «dans le contexte de l'appartenance de ces prévenus à l'ETA».

En témoigne également un arrêt Cass. Crim. 11 mai 2006 n°06-81.117 dans le lequel la Chambre criminelle rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de la chambre de l'instruction ayant renvoyé l'accusé devant la Cour d'Assises pour vol avec arme, destructions aggravées, enlèvement et séquestration aggravés, violences volontaires sur personnes dépositaires de l'autorité publique, infraction en relation avec une entreprise terroriste et association de malfaiteurs en vue de la préparation d'actes de terrorisme estimant qu'il existait des charges suffisantes contre lui aux motifs qu'il avait été mis en cause par d'autres «comme étant l'un des leurs lors de l'action menée contre la gendarmerie de Pietrosella mais aussi comme faisant partie intégrante de l'association de malfaiteurs constituée pour l'occasion en vue de préparer des actes de terrorisme (...) à l'époque des faits (...) Yvan X était en contact régulier, constant avec la plupart des membres du groupe (...) Yvan X sera renvoyé (...) dès lors que les éléments décrits sont constitutifs d'une co-action dans la commission des faits, indépendamment des actes positifs individuellement commis par chacun des mis en examen». On peut également citer Cass. Crim. 18 décembre 2002 n°02-86.689.

différente. Ces incriminations de terrorisme «qualifié»³⁴² sont complètement indépendantes du droit commun et définies de manière autonome dans tous leurs éléments constitutifs. Elles se voient appliquer le régime spécifique prévu concernant les infractions terroristes en terme de procédure et les dispositions particulières du titre II du livre IV (régime des repentis, peines accessoires). Elles font l'objet d'une répression aggravée, spécifique à chacune d'elles. Le terrorisme «qualifié» procède donc d'une logique d'incrimination très dissemblable à celle du terroriste dérivé, plus classique dans sa technique juridique mais également plus inventive dans ses manifestations. Il traduit le choix du législateur, face à certains comportements pouvant difficilement, par leur spécificité, être empruntés au droit commun, de les ériger en infractions autonomes.

Si seul le terrorisme écologique (article 421-2) échappait auparavant à la logique «dérivée»³⁴³, se sont développées une multitude d'incriminations spécifiques, essentiellement dirigées vers la prévention du résultat terroriste redouté par le législateur, en réponse à la multiplicité de comportements qui sous-tendent l'action terroriste «finale» et fatale. A tel point que, pour la doctrine, le champ de leur couverture est aujourd'hui arrivé à quasi-maturité³⁴⁴. L'actualité juridique est à ce titre très riche d'enseignements.

C'est l'infraction d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste qui est la plus typique du caractère innovant du terrorisme «qualifié». Mais après elle, de nombreuses autres incriminations, non moins originales, ont été érigées afin de saisir toute la chaîne des comportements terroristes.

§1- L'infraction type : l'association de terroristes

Infraction largement ouverte de manière à faciliter la répression, l'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste est l'incrimination terroriste la plus utilisée par les juridictions pénales en matière de lutte anti-terroriste.

En matière de criminalité organisée, l'ancien code pénal connaissait déjà l'association de malfaiteurs, d'abord comme circonstance aggravante de plusieurs infractions³⁴⁵, puis comme incrimination autonome³⁴⁶, abrogée pour partie en 1983³⁴⁷, rétablie concernant le terrorisme par la loi du 9 septembre 1986³⁴⁸, et recriminalisée dans son entier lors de la réforme du Code pénal. Est

³⁴² Terme employé par Y. Mayaud, terrorisme, op. cit.

³⁴³ Le terrorisme écologique, défini à l'article 421-2 du code pénal comme «*le fait d'introduire dans l'atmosphère, sur le sol ou dans les eaux, y compris celles de la mer territoriale, une substance de nature à mettre en péril la santé de l'homme ou des animaux ou le milieu naturel*», est en effet la première incrimination terroriste «qualifiée» à avoir été introduite dans le code. Le rapport Colcombet précisait que «sont visés les actes de pollution volontaire ayant pour effet d'empoisonner et d'intoxiquer les hommes et les animaux ou de dégrader le milieu naturel».

³⁴⁴ Y. Mayaud, art. cit.

³⁴⁵ Art. 435 de l'ancien CP

³⁴⁶ Oeuvre de la loi n°81-82 du 2 février 1981

³⁴⁷ Par la loi «Sécurité et liberté» du 10 juin 1983

³⁴⁸ L'article 1er de la loi n°86-1019 du 9 septembre 1986 avait rétabli l'ancien article 266 quasiment dans son libellé de 1981, mais l'association de malfaiteurs dans le cadre d'une entreprise terroriste, bien que soumise au régime spécifique des articles 706-16 et suivants concernant la procédure, se voyait appliquer le droit commun concernant sa répression, fruit d'un compromis pour le moins curieux. Y. Mayaud, Terrorism, cit.

donc réprimé au titre du droit commun, à l' article 450-1 du code, le fait de participer à une association formée ou à une entente établie en vue de la préparation, concrétisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes contre les personnes ou les biens. Elle figure donc parmi les atteintes à la paix publique, le législateur y voyant en effet une atteinte à la sécurité publique en raison du potentiel dangereux d'un tel groupement.

En matière de terrorisme, c'est la loi du 22 juillet 1996 qui a incriminé spécifiquement dans le code pénal le terrorisme par association de malfaiteurs, à l'article 421-2-1. Ce texte réprime le «*fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents*». Pour autant, les effets de cette incrimination étaient relativement pauvres puisque l'incrimination dérogeait à l'effet normal de la qualification terroriste. En effet, l'infraction restait correctionnelle, et la peine, une peine d'emprisonnement de dix ans, équivalente à celle du droit commun. Seule l'amende se faisait l'écho de la gravité particulière de l'association de terroristes, se trouvant relevée par rapport au droit commun (225 000€ contre 150 000 en droit commun), ainsi que l'application de la période de sûreté obligatoire. On soulignera également que la prescription de l'action publique d'un délit terroriste est de vingt ans, alors qu'elle n'est que de trois ans en droit commun³⁴⁹. Le choix de conserver l'association de malfaiteurs en dehors du champ de l'article 421-1, la préservant ainsi d'une criminalisation consécutive à une aggravation sensible de la peine (15 ans de réclusion au lieu de dix ans d'emprisonnement) est simplement opportuniste : le législateur, dans une optique de gain d'efficacité et de célérité de la justice, avait souhaité conserver la compétence des juridictions correctionnelles en la matière.

La doctrine³⁵⁰ a pu critiquer l'opportunité de l'autonomie d'une telle qualification, car l'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste connaît les mêmes éléments de définition que ceux de l'article 450-1 (qui saisit la préparation collective de tout crime, ainsi que tout délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement). On avancera toutefois comme élément de justification que certains délits seraient restés en dehors du champ de l'article 450-1 : il en serait allé ainsi notamment de la détention frauduleuse d'un faux document administratif (punie seulement de deux ans d'emprisonnement en droit commun³⁵¹, peine élevée à quatre ans en matière de terrorisme, alors que l'article 450-1 exige une peine abstraitement prévue de cinq ans d'emprisonnement), ou encore pour le délit d'initié (punie d'un à deux ans d'emprisonnement en droit commun³⁵²).

L'originalité de l'incrimination de terrorisme par association est, comme pour l'association de malfaiteurs, de criminaliser une simple participation préparatoire à une infraction, la participation à

³⁴⁹ Art. 706-25-1 2° CPP

³⁵⁰Y. Mayaud, *Terrorisme*, op. cit.

³⁵¹ Art 441-3 CP

³⁵² Art. L465-1 du code monétaire et financier

un groupement ou une entente en vue de la préparation d'un acte de terrorisme dérivé ou de terrorisme écologique. C'est donc une infraction-obstacle qui a pour particularité d'être essentiellement une infraction d'intention.

A) Une infraction-obstacle

L'innovation de l'incrimination de terrorisme par association réside dans sa particularité : elle vise à saisir l'activité criminelle en cours, avant qu'elle ait causé un dommage effectif. Il s'agit donc d'une infraction à visée préventive en ce sens qu'elle est non directement lésionnaire, qu'elle est indifférente au résultat de l'infraction. Cette incrimination n'est pas pour autant une «infraction de prévention» au sens où l'entendent certains membres de la doctrine, c'est à dire au sens d'incriminations relevant plutôt de contraventions de police administrative, car elle suppose, contrairement à ces dernières, une intention criminelle³⁵³. Mais elle intègre une autre catégorie de la classification des infractions pénales : celle des infractions-obstacle.

1/ Une visée préventive et répressive

JUSTIFICATION PRÉVENTIVE - L'intérêt et le but premier de l'incrimination d'association de malfaiteurs - incrimination de la résolution criminelle et des actes préparatoires dans un contexte collectif - est de permettre de briser une association illicite et dangereuse et d'empêcher la réalisation de ses desseins criminels³⁵⁴.

Cette incrimination trouve sa justification criminologique, comme le souligne V.C. Dupeyron, dans l'observation courante qu'en pratique, les malfaiteurs de ce type ne se désistent jamais de façon volontaire³⁵⁵, et que l'association ou l'entente des criminels constitue une des formes les plus dangereuses de criminalité nationale ou internationale (dans l'idée que par l'organisation et la collaboration entre malfaiteurs, l'étendue, l'intensité, la fréquence et le profit de l'activité malfaisante se trouve accrue, tout en rendant plus difficile la découverte des infractions et l'arrestation de leurs auteurs³⁵⁶). Il s'agit de neutraliser ou d'éliminer des malfaiteurs qui envisagent de commettre des infractions graves sans attendre un commencement d'exécution³⁵⁷.

Ainsi, l'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste a une visée essentiellement préventive, elle a pour but de permettre de stopper l'entreprise terroriste, et de mettre ses membres hors d'état de nuire, avant qu'ils aient réalisé leur dessein criminel et causé des dommages d'une extrême gravité à la société dans son entier. C'est pourquoi l'ensemble de la

³⁵³ J-P. Doucet, «*Les infractions de prévention*», Gaz. Pal. 1973 II Doct. p. 764

³⁵⁴ M. Culioli et P. Gioanni - Association de malfaiteurs - Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, septembre 2007

³⁵⁵ C. Dupeyron, L'infraction collective, Rev. sc. crim. 1973. 357, cit. par M. Culioli et P. Gioanni, p.c.

³⁵⁶ M. Culioli et P. Gioanni, p.c.

³⁵⁷ Circ. 7 févr. 1981 relative à l'application de la loi « Sécurité et liberté » du 2 févr. 1981, D. 1981. 112

doctrine, de Jean Pradel³⁵⁸ à Yves Mayaud³⁵⁹, la qualifie d'infraction-obstacle. L'infraction-obstacle se définit en effet comme l'incrimination d'un acte préparatoire à une infraction de base donnée³⁶⁰. Elle se situe ainsi au «premier stade utile de l'incrimination des activités dangereuses pour la société»³⁶¹ et permet de réprimer un comportement susceptible d'entraîner la commission d'un crime ou d'un délit plus grave encore. Un exemple peut être donné par l'infraction de port d'arme prohibé, par dans le conduite sous l'emprise d'un état alcoolique ou encore la menace de commettre un crime ou un délit. L'infraction-obstacle est un outil de prévention efficace qui ne trouve pour seule limite que l'imagination du législateur et des malfaiteurs : à chaque moyen de perpétrer un crime ou délit «de base» peut répondre une infraction-obstacle. Dans le terrorisme par association la visée préventive est évidente et se manifeste par la formule «en vue de la préparation (...) d'un des actes de terrorisme mentionnés».

JUSTIFICATION RÉPRESSIVE - L'infraction-obstacle est intéressante notamment en ce qu'elle permet de palier les limites juridiques de la notion de tentative punissable. La tentative n'est en effet constituée, dans les cas où elle est punissable³⁶², que dès lors qu'elle a été manifestée par un commencement d'exécution et n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur³⁶³. L'incrimination anticipe encore davantage la responsabilité pénale, ne la faisant pas dépendre d'un commencement d'exécution³⁶⁴ du crime ou du délit visé mais seulement d'une intention manifestée par «un ou plusieurs faits matériels». L'association de malfaiteurs et notamment l'association de terroristes se situe en deçà de la tentative³⁶⁵. Elle permet donc d'appréhender des actes qui, tout en étant répréhensibles en ce qu'ils portent de résolution criminelle affirmée et de danger pour la société, n'entraient pas dans le domaine de la tentative et risquaient donc de rester impunis.

L'incrimination permet également de contourner les limites indésirables de la responsabilité pénale individuelle. D'une part, et comme le fait remarquer Michel Masse, la répression en matière terrorisme risquait souvent de se heurter à l'obstacle infranchissable du décès de l'auteur du crime terroriste (en pratique, d'un attentat ou d'un détournement de moyen de transport)³⁶⁶. Il était alors opportun de pouvoir déplacer la répression sur d'autres responsables, afin qu'elle ne soit pas mise en échec. C'est ce que permet l'association de malfaiteurs en incriminant la participation à la

³⁵⁸ J. Pradel, «*Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal*», D. 1987, chron. 39 et 42, n° 6

³⁵⁹ Y. Mayaud, *Droit pénal général*, op. cit.

³⁶⁰ A. Decocq, *Droit pénal général*, op. cit. p.184.

³⁶¹ J-P. Doucet, art. cit.

³⁶² Le principe étant que la tentative est toujours punissable pour les crimes, mais seulement dans des cas limitativement énumérés pour les délits, en vertu de l'article 121-4 du code pénal

³⁶³ Art. 121-5 CP

³⁶⁴ L'exécution commence par des actes qui sont en rapport immédiat et direct avec le but criminel à réaliser

³⁶⁵ R. Parisot, «La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée», Bibliothèque des sciences criminelles T. 48, LJJ, 2010

³⁶⁶ M. Massé, «*La criminalité terroriste*», RSC 2012, p.89

préparation du crime ou du délit. D'autre part, la complicité n'est punissable que dès lors que l'infraction principale est punissable (théorie de la criminalité d'emprunt), ce qui suppose donc que le crime ait été commis ou tenté. Avec l'infraction-obstacle que constitue le terrorisme par association, le complice d'un acte terroriste en préparation (on ne peut punir un complice que si son acte est antérieur ou concomitant à l'infraction et contribue à la réalisation de celle-ci) sera absorbé par la qualification et sanctionné avant même que l'infraction ne soit tentée. La répression d'une pluralité de personnes est facilitée avec l'association de terroristes, non seulement parce qu'elle se situe à un stade antérieur de l'*iter criminis*, mais également parce qu'elle n'opère pas de distinction selon le rôle et le degré de participation de chacun dans l'entente ou l'association.

2/ L'indifférence du résultat

Par principe la répression pénale se fonde sur la consommation de l'infraction, qui n'a lieu traditionnellement qu'à l'issue du processus criminel, lorsque son auteur a procédé à la réalisation complète de l'infraction en tous ses éléments jusqu'à la production du résultat redouté. L'*iter criminis*, le «chemin du crime», est ainsi traditionnellement composé de cinq phases : la simple pensée criminelle, par laquelle on évoque l'éventualité de la commission du crime, la résolution criminelle, par laquelle on arrête de manière certaine la résolution de passer à l'acte, l'accomplissement d'actes préparatoires extériorisant la décision, le commencement d'exécution, la réalisation de l'acte criminel lui-même, et la consommation de l'infraction, c'est à dire la perpétration complète de l'acte dommageable. La répression pénale n'intervient classiquement qu'à l'issue de la dernière phase par la répression de l'infraction «parfaite». C'est un gage de sécurité et de justification de la répression : «consommation et tentative constituent les limites matérielles temporelles de la responsabilité pénale»³⁶⁷.

Par exception, certains crime et délits peu nombreux n'exigent pas cette réalisation complète de l'infraction jusque dans son résultat dommageable pour enclencher une réponse pénale à leur égard. Pour ces quelques infractions estimées dangereuses en elles-mêmes et appelant une réaction répressive pour elles-mêmes, la répression est anticipée avant la phase traditionnellement répréhensible de l'*iter criminis*. Elle est donc fixée non sur le résultat redouté ayant motivé l'incrimination, mais sur ce qui est à même de favoriser sa réalisation³⁶⁸. Elles constituent une réponse originale du droit pénal, réservée aux comportements portant en eux les potentialités dommageables les plus dangereuses. Le terrorisme par association est de ces incriminations.

L'incrimination d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste consiste en effet à incriminer de façon autonome, et au titre d'infraction consommée (et non simplement tentée), des actes préparatoires (et non un commencement d'exécution) à une infraction terroriste. Elle n'exige pas, comme l'exprime la formule de l'article 421-2-1 («en vue de la préparation»), la

³⁶⁷ Raphaële Parizot, «La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée», Bibliothèque des sciences criminelles T. 48, LJJ, 2010

³⁶⁸ Y. Mayaud, *Terrorisme*, op. cit.

réalisation effective du résultat redouté, c'est à dire la réalisation par l'entente ou le groupement d'un crime ou d'un délit terroriste. La répression est donc facilitée.

L'infraction formelle comme l'infraction-obstacle écartent le résultat redouté de leurs éléments constitutifs. Ces deux qualifications s'excluent mutuellement et se distinguent selon l'endroit où elles se situent sur l'*iter criminis*³⁶⁹ : l'infraction-formelle appréhende plutôt le commencement d'exécution (qui n'est pas à entendre ici au sens du commencement d'exécution exigé s'agissant de la tentative puisque l'infraction formelle est une infraction consommée, mais dans un sens plus général), tandis que l'infraction-obstacle, plus dérogoire encore, se saisit des actes préparatoires. A l'infraction formelle, «en relation directe de causalité avec le résultat que le législateur cherche à prévenir»³⁷⁰, correspond par ailleurs un «résultat redouté précis et qualifié» (comme l'empoisonnement³⁷¹ redoute la mort, par exemple, et le faux³⁷² la duperie), qui tient donc malgré tout de référence au dommage potentiel, alors que ce résultat redouté n'est plus aussi visible et accessible concernant l'infraction-obstacle³⁷³. Celui-ci est mis à distance. Dans l'association de malfaiteurs à stratégie terroriste effectivement, le résultat redouté apparaît lointain et indéterminé puisqu'il peut résider dans la réalisation de n'importe quel crime ou délit terroriste.

L'association de malfaiteur entraîne donc une répression fondée sur le simple projet d'infractions, sans que celles-ci aient été consommées ou même tentées. La responsabilité pénale se trouve dilatée³⁷⁴. Pour autant, ce projet d'infraction doit être matérialisé par des actes préparatoires.

B) La criminalisation d'une intention matérialisée

Sans référence au résultat, le terrorisme par association se présente donc comme une infraction essentiellement d'intention. C'est sur l'élément intentionnel que se concentre principalement la répression. Toutefois, il serait inexact de dire que cette incrimination constitue un simple «délict d'intention»³⁷⁵, ou opère une criminalisation de l'intention, puisque la résolution criminelle n'est sanctionnée que dès lors qu'elle se manifeste par un fait matériel : elle opère plutôt la criminalisation d'une intention matérialisée. Si l'élément intentionnel de l'infraction est atypique et déterminant, la constitution de celle-ci n'échappe pas à la réalisation d'un élément matériel, certes flou et lâche, mais bien existant.

1/ Un élément intentionnel propre

³⁶⁹ J-P. Doucet, «Les familles d'infractions», Revue de droit pénal et de criminologie 1975, p.769

³⁷⁰ Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, 1er éd. n°384, p.369

³⁷¹ Art. 221-5 CP

³⁷² Art. 441-1 CP

³⁷³ Yves Mayaud, terrorisme, op. cit.

³⁷⁴ R. Parisot, op. cit.

³⁷⁵ J-P. Doucet, art. cit.

UN DOL GÉNÉRAL - L'infraction-obstacle, toute indifférente au résultat qu'elle soit, n'en exige pas moins un dol général complet, c'est à dire la conscience de l'illicéité de l'acte et la volonté d'agir néanmoins. Cette solution, conforme au droit pénal général³⁷⁶, relève du bon sens s'agissant de l'association de malfaiteurs et du terrorisme par association, tant on ne peut s'«associer» qu'en adhérant au projet criminel projeté. La participation au groupement doit, de manière évidente, être consciente et volontaire. Mme Giudicelli-Delage qualifie ainsi le dol de l'agent d' *affectio societatis*, en référence au droit des sociétés³⁷⁷, traduisant bien l'idée d'adhésion de l'agent au projet, de son implication dans celui-ci et de communauté d'intérêts. L'association de terroristes a été construite sur le modèle de l'association de malfaiteurs, laquelle repose sur la combinaison du but du groupement et d'un élément subjectif individuel, un dol général.

L'article 421-2-1, en incriminant le fait de participer à un groupement ou une entente établie en vue de la préparation d'actes de terrorisme, pose implicitement l'exigence d'un élément intentionnel résidant dans la connaissance de la finalité criminelle ou délictuelle - et même terroriste - du groupement et dans la volonté d'y participer malgré tout. Un dol général est donc nécessaire à la constitution de l'infraction.

UN DOL SPÉCIAL ? - La différence essentielle entre l'association de malfaiteurs de droit commun et l'association de terroristes réside dans la finalité poursuivie par le groupement : dans la première elle est simplement criminelle au sens large, dans la seconde elle est plus spécifiquement terroriste. Cette différence porte-t-elle à conséquence sur la nature de l'infraction ? En ne mentionnant pas explicitement la relation avec une entreprise terroriste, le terrorisme par association semble rompre avec la structure d'incrimination jusqu'alors retenue (comportement plus élément spécifiant). Mais, en se référant tant aux actes de terrorisme dérivé qu'au terrorisme écologique³⁷⁸, l'incrimination de l'article 421-2-1 semble intégrer indirectement le renforcement de l'intention par un dol spécial, un mobile particulier, qu'exige ces incriminations distinctes. Les actes visés sont en effet obligatoirement, et c'est ce qui traduit la spécificité du terrorisme, «en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur».

³⁷⁶ L'article 121-3 disposant «Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre», les alinéas suivant apportant quelques exceptions.

³⁷⁷ G. Giudicelli-Delage, «*La riposte pénale contre la criminalité organisée en droit français*», cit. par J. Alix, op. cit.

³⁷⁸ C'est l'article 421-2 qui réprime le fait «*lorsqu'il est en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur (...) d'introduire dans l'atmosphère, sur le sol, dans le sous-sol ou dans les eaux, y compris celles de la mer territoriale, une substance de nature à mettre en péril la santé de l'homme ou des animaux ou le milieu naturel*». L'originalité de l'incrimination est de reprendre la circonstance terroriste, définition et de critère commun à la plupart des actes de terrorisme, tout en érigeant en infraction un comportement qu'il définit en tous ses éléments constitutifs de manière totalement autonome, comportement jusque là inconnu du droit pénal spécial. Le législateur a fait le choix d'une formule très ouverte, privilégiant une conception large de l'incrimination afin d'en prévenir toutes les manifestations. Cette incrimination est une infraction formelle, incriminée pour les risques potentiels qu'elle présente. Si le résultat n'est donc pas pris en compte au titre de la constitution de l'infraction, il est cependant pris en compte comme élément d'aggravation de la peine, lorsque le comportement terroriste a entraîné mort d'homme. Cette éventualité ne constitue pas un simple cas d'école, en témoigne l'attentat au gaz sarin perpétré par la Secte Aum à Tokyo en 1995.

Toutefois, la doctrine a, de façon constante et unanime, rallié la thèse du dol général³⁷⁹, considérant que la finalité terroriste est celle du groupement ou de l'entente à laquelle se joint, en connaissance de cause, le terroriste associé, sans pour autant avoir une intention précisément tendue vers un résultat terroriste déterminé. Pour Julie Alix³⁸⁰, l'élément intentionnel du terrorisme par association est tout simplement calqué sur celui du délit de participation à une association de malfaiteurs de droit commun. La seule différence portant exclusivement sur le projet de l'association : dans un cas, préparer une infraction faisant encourir une peine de cinq ans d'emprisonnement, dans l'autre, n'importe quel acte de terrorisme incriminé aux articles 421-1 ou 421-2 du code pénal. Ce but de l'association relevant alors de la composante matérielle et non intentionnelle de l'infraction, dans la mesure où elle doit être caractérisée par un ou plusieurs faits matériels. Nous nous contenterons d'ajouter que puisque la caractérisation d'une infraction précisément projetée n'est pas requise (l'incrimination se situant au stade d'une résolution criminelle avancée et matérialisée par des actes préparatoires ne constituant pas un commencement d'exécution), pas plus que ne l'est la connaissance d'un projet criminel précis par l'affilié (la répression se contentant de la connaissance de la nature criminelle et terroriste du projet), l'intention de ce dernier n'a pas à se tourner vers un résultat criminel déterminé, mais s'inscrit simplement dans l'adhésion à un contexte terroriste plus large. Or, retenir l'hypothèse du dol spécial reviendrait à exiger que le juge établisse l'existence d'un but terroriste personnellement poursuivi par l'agent, ce qui n'est pas exigé par le texte. Il apparaît donc que l'intention en la matière s'établit simplement par une participation consciente et volontaire au groupement et par la connaissance du but terroriste qu'en a l'agent.

L'élément intentionnel, bien que particulier en raison du contexte terroriste dans lequel s'inscrit l'infraction, loin d'être renforcé, se trouverait au contraire affaibli car réduit à la simple intention d'adhérer à un projet criminel, et non pas à un résultat particulier. Cette solution, dictée tant par la nature préventive, qui conduit à ne pas rechercher de dol spécial chez l'agent, que par la nature collective de l'infraction, qui permet de se satisfaire d'une volonté de contribuer à un projet plus large, en fait une infraction d'adhésion, évoquant la complicité³⁸¹.

La preuve de cette intention résultera parfois de la revendication même de l'agent (il faudra alors que les circonstances ne laissent aucun doute sur sa volonté d'apporter un concours au groupe, ce sera le cas par exemple s'il est trouvé en possession d'une arme)³⁸², mais généralement elle résultera d'indices postérieurs³⁸³ (fidélité au groupe, participation à l'un des crimes envisagés³⁸⁴).

³⁷⁹ E. Garçon, *Code pénal annoté* T.1 «art. 265 à 268», cité par Julie Alix, op. cit.

³⁸⁰ Julie Alix, op. cit.

³⁸¹ Art. 121-7 CP : l'acte de complicité est commis en connaissance de cause et avec la volonté de participer à l'infraction

³⁸² M. Masse, art. cit.

³⁸³ A. Vitu, obs. sous Cass. crim. 29 oct. 1975, Rev. sc. crim. 1976. 417 ; Cass. crim. 2 juill. 1991, préc., cité par Y. Mayaud, *Terrorisme*, op. cit.

³⁸⁴ La participation à une seule action suffit à révéler les buts poursuivis et l'entente existant entre les membres du groupe : Cass. Crim. 11 juin 1970, Bull. crim. n°199, D.1970, somm. 177, RSC 1971, obs A. Vitu, cité par Y. Mayaud, *Terrorisme*, op. cit.

2/ Un élément intentionnel insuffisant

Par principe, et depuis l'ancien droit, la simple pensée criminelle n'est pas prise en considération par la loi pénale³⁸⁵. La répression est en effet empreinte de davantage de certitude lorsque le droit pénal ne se saisit que d'actes extérieurs et objectifs. Parfois, il est vrai, la résolution d'agir a parue devoir être incriminée par le législateur lorsqu'elle menace un intérêt d'une importance particulière³⁸⁶ : sûreté de l'Etat, paix publique, vie des personnes. Mais, même dans ces hypothèses, la répression pénale ne peut résulter d'une simple intention criminelle, même exprimée de manière certaine. Le législateur entend qu'elle se manifeste à travers des actes externes, des «faits matériels». C'est le cas pour l'article 421-2-1 qui exige que la participation à l'association en vue de la préparation d'une infraction terroriste soit «caractérisée par un ou plusieurs faits matériels». Il faut donc que la participation soit concrétisée par un acte de participation matérielle au groupement.

UNE PRÉPARATION MATÉRIALISÉE - L'article 421-2-1, tout comme l'article 450-1, exige expressément que les coupables passent du stade purement intellectuel à une résolution manifestée par des faits matériels, par des actes préparatoires, sans pour autant arriver au stade de commencement d'exécution. Sachant que s'agissant de l'association de malfaiteurs de droit commun, les travaux législatifs sur le projet de loi «Sécurité et liberté» ont permis d'affirmer que c'est le but de commettre ou de préparer une ou plusieurs infractions qui devait être matérialisé de la sorte³⁸⁷. La seule appartenance à un groupement se proposant de préparer des attentats contre les personnes ou les biens ne suffit donc pas à caractériser l'infraction d'association de malfaiteurs si ne sont pas établis un ou plusieurs faits matériels concrétisant la préparation d'un crime ou d'un délit³⁸⁸. Il convient de préciser que la préparation d'un unique crime ou délit est suffisante pour caractériser l'association terroriste et qu'il n'est pas nécessaire que l'agent ait eu une connaissance précise du crime ou délit préparé, du moment qu'il avait connaissance du but terroriste du groupement.

La notion de «fait matériel» est quant à elle largement laissée à l'appréciation des juridictions du fond³⁸⁹. Les revendications³⁹⁰, fréquentes en la matière, tout comme divers documents relatifs à la composition de l'association, à sa direction, à ses objectifs ou encore décrivant sa stratégie et le matériel qu'elle nécessite (armes, explosifs, faux papiers...), pourront constituer la preuve de ces faits matériels caractérisant la préparation d'un crime ou délit terroriste. Par ailleurs, lors des

³⁸⁵ Montesquieu, De l'esprit des lois, Livre XII, chap. XI ; R. Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français, 3è éd., T.I, p. 474, cit. par Jean-Paul Doucet «Les familles d'infractions» p.c.

³⁸⁶ J-P. Doucet, art. cit.

³⁸⁷ Déclaration de A. Peyrefitte, garde des Sceaux, au Sénat, 7 nov. 1980, JO Sénat, p. 4528 et 4529 cité par M. Culioli et P. Gioanni, p.c.

³⁸⁸ Cass. crim. 20 févr. 1990, cité par M. Culioli et P. Gioanni, p.c.

³⁸⁹ Pour un exemple relatif à une demande d'extradition en matière d'association de malfaiteurs de droit commun : Conseil d'Etat 15 février 1980, le Conseil d'Etat souligne que « si aucun projet de l'association n'avait été mis à exécution, on avait trouvé, au domicile et dans le véhicule du requérant, des notes précisant les procédés à utiliser tant pour se procurer les armes que pour en apprendre le maniement ou pour confectionner des explosifs, une feuille volante faisant état d'un projet d'opération contre un magasin de la ville, des éléments pouvant constituer un mélange explosif et une carte d'identité dérobée ». Cité par M. Culioli et P. Gioanni, p.c.

³⁹⁰ Cass. crim. 6 nov. 1986, D. 1987. 237, obs. J. Pradel, Gaz. Pal. 1987. 1, somm. 200, JCP 1987. IV. 15

travaux préparatoires du nouveau code pénal et à propos de la participation à une association terroriste, le rapporteur à l'Assemblée nationale a déclaré que le port et la détention d'armes pouvaient constituer des actes matériels caractéristiques, ainsi que d'autres actes moins délictueux comme la fourniture de faux papiers et d'hébergement³⁹¹. La jurisprudence confirme et assimile par exemple la détention et le transport d'armes, de munitions et d'explosifs³⁹² à faits matériels caractéristiques.

UNE RESPONSABILITÉ DIFFUSE - Comme le souligne Raphaële Parisot³⁹³, les limites traditionnelles, temporelles comme personnelles, de la responsabilité pénale se trouvent dépassées. Les limites personnelles, d'abord, puisque pour caractériser le délit il n'importe pas que soient identifiés les divers membres de l'association criminelle dès lors que l'existence de cette association, son activité et son but sont quant à eux établis³⁹⁴. Par ailleurs, l'incrimination permet de saisir une pluralité de coupables aux degrés d'implication divers alors que, d'ordinaire, les participants à une entreprise criminelle ne sont punis que comme coauteurs ou complices pour les crimes et délits qu'ils ont personnellement commis ou tentés.

Les limites temporelles ensuite, puisque, comme nous l'avons vu l'incrimination se situe à un stade anticipé du cheminement criminel et qu'il importe par ailleurs peu que les malfaiteurs se soient désistés en chemin, la préparation caractérisée suffisant en effet à consommer l'infraction³⁹⁵.

Nous ajouterons enfin que le caractère continue³⁹⁶ de l'infraction (elle dure «tant que persiste le concert de résolutions qui la caractérise»³⁹⁷) permet également de dépasser les limites territoriales de la répression. L'infraction est en effet indifférente au lieu de commission des actes préparatoires. L'entente nouée entre les participants constituant «le noyau initial» du délit, dont tout le reste n'est que le développement, il importe donc peu que certains éléments de la trame criminelle n'aient pas été accomplis en France mais en territoire étranger³⁹⁸. Cette précision est d'une importance particulière s'agissant d'une criminalité qui, bien souvent, est transnationale.

Il apparait, au terme de ces développements, que le grief d'inutilité formulé à l'encontre d'une telle incrimination est injustifié. Il ne faut pas négliger d'une part la force du symbole. L'incrimination

³⁹¹ F. Colcombet, Rapport no 2244, 9e légis., sept. 1991, p. 101

³⁹² Cass. crim. 2 juill. 1991, no 90-87.165, Bull. crim., no 288

³⁹³ R. Parisot, op. cit.

³⁹⁴ Pour l'association de malfaiteurs de droit commun : Cass. crim. 25 juin 1984, D. 1984, IR 480

³⁹⁵ Pour le droit commun : Cass. crim. 22 janv. 1986, préc. ; 6 nov. 1986, D. 1987, 237, note J. Pradel, Gaz. Pal. 1987, 1, somm. 200

³⁹⁶ Le caractère continue ou instantané de cette infraction a pu être discuté, le caractère instantané pouvant résulter dans le fait d'avoir arrêté une résolution en vue de la préparation concrétisée d'une infraction. Mais l'analyse d'une infraction continue tend à l'emporter, on peut en effet considérer que la participation à l'association, impliquant des résolutions et des délibérations ainsi que des actes matériels, lui donnerait une nature continue (ou, pour certains, continuée).

³⁹⁷ M. Culioli et P. Gioanni, op. cit.

³⁹⁸ A. Vitu, obs. sous Cass. crim. 23 avr. 1981, Rev. sc. crim. 1982, 609, cité par M. Culioli et P. Gioanni, cit.

permet d'autre part, de manière générale, de palier les insuffisances répressives de la théorie générale du droit pénal (tentative, complicité, consommation de l'infraction), et de manière plus spécifique de dépasser les limites de la qualification d'association de malfaiteurs de droit commun (qui ne permettait pas d'appréhender tous les actes terroristes). Enfin, quant à sa répression, l'incrimination est également soumise à un régime spécifique, marqué par une certaine sévérité, bien que moins prégnante qu'en matière de terrorisme dérivé, répression échelonnée³⁹⁹ (l'infraction est notamment aggravée pour celui qui dirige ou organise une telle association, ainsi que lorsque celle-ci vise à la commission de certaines infractions particulières, mettant en danger la vie des personnes, sachant que dans ce cas, la participation est criminalisée⁴⁰⁰ avec des conséquences en matière de pénalités et de prescription). Tous ces éléments en font, pour Marie-Hélène Gozzi⁴⁰¹, «l'incrimination maîtresse de l'arsenal pénal français»⁴⁰².

Cette incrimination de terrorisme par association a toutefois pu faire naître certaines craintes et susciter des réserves. La doctrine évoque notamment le risque de dérive quant au respect de la présomption d'innocence, du bénéfice du doute⁴⁰³ et de l'interdiction de la responsabilité collective⁴⁰⁴ et du délit d'intention⁴⁰⁵. Il s'agit d'une incrimination qui, pour Raphaële Parisot⁴⁰⁶, entraîne un bouleversement de la responsabilité pénale qui peut toutefois trouver un fondement acceptable dans le principe de nécessité.

Mais le terrorisme par association et le terrorisme écologique ne sont pas les seules incriminations terroristes qualifiées à disposition du pouvoir répressif. En effet, ce sont développées ces dernières années, de nombreuses qualifications inédites.

§2 - L'extension des incriminations autonomes de soutien au terrorisme

Le 23 avril, le ministère de l'Intérieur de Bernard Cazeneuve dévoilait les grandes lignes d'un plan d'action pour lutter contre les filières djihadistes⁴⁰⁷, ayant pour ambition d'endiguer les départs de jeunes français vers la Syrie. Il s'agirait pour l'essentiel de permettre de détecter de façon précoce les adolescents et jeunes adultes susceptibles de basculer dans le djihad avant qu'ils ne soient embrigadés dans des milices islamistes syriennes⁴⁰⁸. Outre le rétablissement de l'autorisation de sortie du territoire pour les mineurs, une structure d'aide aux familles de jeunes en voie de radicalisation serait mise en place. Un dispositif d'alerte à deux niveaux est également prévu,

³⁹⁹ Articles 421-5 et 421-6

⁴⁰⁰ C'est le fait de la loi Perben II du 9 mars 2004 puis de la loi n°2006-64 du 26 janvier 2006

⁴⁰¹ M-H. Gozzi, «*Sécurité et lutte contre le terrorisme : l'arsenal juridique encore renforcé*», D. 2013, p.194

⁴⁰² Elle précise, en s'appuyant sur un rapport de M. Mézard que, depuis 2002, pas moins de treize filières d'acheminement au jihad ont été démantelées et leurs membres condamnés principalement de ce chef.

⁴⁰³ A. Galia-Beauchesne, note sous Cass. crim. 19 mai 1978, cité par M. Masse, art. cit.

⁴⁰⁴ Article 121-1 CP : «nul n'est pénalement responsable que de son propre fait».

⁴⁰⁵ M. Masse, art. cit.

⁴⁰⁶ R. Parisot, art. cit.

⁴⁰⁷ «*Plan anti-filières djihadistes : Cazeneuve détaille ses mesures*», Le Point, article du 23/04/2014

⁴⁰⁸ «*Le plan français contre les filières djihadistes*», Le Figaro du 21/04/2014

permettant d'inscrire les profils à risque tant au fichier des personnes recherchées (FPR) qu'au système d'information Schengen (SIS). Ont également été annoncées des «mesures» pour renforcer la surveillance sur internet. Bien que pour grande partie non juridique, ce dispositif témoigne d'un souci constant d'adaptation des divers moyens de prévention et de répression aux réalités criminelles contemporaines. Il illustre également l'application du législateur à enrayer le vecteur premier du terrorisme : l'endoctrinement. Cependant, on peut s'interroger sur l'utilité de telles mesures pour la lutte anti-terroriste, qui bénéficie déjà de bases solides dans notre droit pénal spécial. Cette interrogation est d'autant plus légitime que l'on connaît la tendance du législateur contemporain à jouer sur l'effet d'annonce face à une opinion publique inquiète et concernée, les mesures annoncées n'étant souvent que de «la poudre aux yeux». Concernant en effet l'«entraînement au djihad» ou même l'endoctrinement sur internet (souvent qualifié de «cyberterrorisme») des mesures ont déjà été prises ces dernières années, mesures qui semblent permettre de répondre efficacement aux problèmes posés.

Le droit positif français a en effet sensiblement évolué depuis la loi du 9 septembre 1986 et même depuis la réforme du code pénal. Ainsi, guidé par les divers faits divers terroristes ayant mis en lumière des besoins particuliers, le législateur a peaufiné progressivement le dispositif législatif par des incriminations spécifiques répondant à ces besoins ponctuels. Ces incriminations autonomes, à visée préventive, visent à appréhender des comportements qui, sans être forcément terroristes *stricto sensu*, contribuent ou favorisent la réalisation d'actes de terrorisme, comme y oblige la résolution 1373 du Conseil de sécurité. Deux grands axes peuvent se dégager de la politique législative des gouvernements successifs de cette dernière décennie visant à la couverture des principaux actes terroristes : la lutte contre les ressources financières du terrorisme et la lutte contre les moyens humains des filières terroristes.

A) Le droit pénal face aux moyens humains du terrorisme

Le terrorisme repose sur des soutiens humains essentiels, et, par sa nature idéologique, sur une doctrine qu'il diffuse largement. Il utilise l'endoctrinement et la circulation des idées pour créer une identité collective et un sentiment d'appartenance fort. Il peut ainsi recruter des «candidats au jihad», prêts à donner leur vie pour cette communauté virtuelle de valeurs et d'intérêts, que les réseaux terroristes seront prêts à accueillir et à former. Ainsi fonctionne la «mécanique terroriste» à laquelle le législateur se doit d'apporter des solutions spécifiques.

1/ La lutte contre l'endoctrinement terroriste sur internet

L'endoctrinement est aux racines du terrorisme et le développement de nouveaux moyens de communication à échelle mondiale, tel internet, lui a donné le moyen de se diffuser plus facilement, plus largement, plus sournoisement, plus radicalement. Ainsi, selon le centre de prévention des dérives sectaires liées à l'islam (CPDSI), 95% de l'endoctrinement des jeunes djihadistes passe par

internet avec l'intervention d'un interlocuteur physique à un certain moment⁴⁰⁹. Le législateur est donc intervenu pour réprimer ces comportements d'endoctrinement, qui n'entraient pas dans le champ d'application de l'article 421-1 du code pénal et qui ne pouvait être réprimés par le biais de la complicité (car le complice n'est puni que si l'auteur principal est effectivement passé à l'acte). Les évolutions récentes se sont concentrées sur le «cyberterrorisme», en lien avec internet, qui représente l'un des vecteurs les plus efficaces de la criminalité terroriste. Les organisations terroristes utilisent en effet de plus en plus internet non seulement comme un moyen leur permettant de répandre leur propagande et de radicaliser et recruter les jeunes les plus instables, mais également d'échanger des informations relatives à la préparation d'infractions⁴¹⁰ ou de repérer de cibles potentielles⁴¹¹.

PROVOCATION À COMMETTRE DES ACTES DE TERRORISME - Traditionnellement, l'incitation à commettre un crime ou un délit n'est punissable que sur le fondement de la complicité, lorsqu'elle est suivie d'effet⁴¹². En dehors de cette hypothèse, l'incitation ne relève en principe pas du droit pénal car elle se situe à un stade de l'*iter criminis* trop avancé - criminologiquement à mi-chemin entre la résolution et les actes préparatoires⁴¹³ - pour être appréhendée.

L'arbitrage entre sécurité publique et liberté d'expression a toutefois conduit le législateur à admettre l'incrimination de certains actes de provocation, tout en limitant leur champ d'application. C'est ainsi qu'on été réprimées de manière autonome les provocations commises publiquement, la répression étant alors justifiée par l'écho et la portée conférés à ces propos publics. Ces incriminations ont trouvé leur place dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

Ont, en tout premier lieu, été réprimés les actes de provocation publics et directs suivis d'effets, à l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881. Cet article est de portée générale et s'applique à la provocation à tout crime ou délit, dès lors qu'elle a été suivie d'effets. Dans ce cas, l'auteur des provocations est puni comme complice (complicité par provocation). On soulignera la grande diversité des moyens de provocation pouvant être employés : discours, cris, menaces, écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images, *«tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image, vendus ou distribués, mis en vente ou exposés (...) soit par tout moyen de communication au public par voie électronique»*.

⁴⁰⁹ D. Bouzar, *Désamorcer l'islam radical : ces dérives sectaires qui défigurent l'islam*, cité dans un article du Monde du 24/04/2014 «Le djihadisme atteint toutes les couches sociales» par M. Judith.

⁴¹⁰ M. Quémener, «Le terrorisme face au cyberspace, de l'anticipation des risques à la répression», AJ Pénal, sept. 2013, p. 446

⁴¹¹ La France face au terrorisme - Livre blanc du Gouvernement sur la sécurité intérieure face au terrorisme, p.c. «*Pour leurs besoins de propagande, de recrutement, de formation à distance ou de transmission de messages, les terroristes utilisent toutes les ressources d'internet, des espaces ouverts aux espaces protégés. Les services les plus récents fournis par le réseau peuvent même les aider à améliorer leurs capacités de repérage des cibles potentielles, grâce aux données de toutes sortes, y compris géographiques, voire d'imagerie satellitaire, qui s'y trouvent en accès libre*».

⁴¹² Art. 121-7 CP

⁴¹³ Julie Alix, op. cit.

Ont ensuite été appréhendés par le droit pénal les provocations directes (celle qui tend «à l’accomplissement d’une ou plusieurs des infractions énumérées par la loi, en donnant de suffisantes indications sur cette ou ces infractions»⁴¹⁴) et publiques non suivies d’effet, érigées en infraction à l’article 24 de la loi du 29 juillet 1881⁴¹⁵. L’article liste les infractions susceptibles de faire l’objet d’une provocation illicite (parmi lesquelles les atteintes volontaires à la vie, les agressions sexuelles, les vols...). C’est la loi n°86-1020 du 9 septembre 1986 qui a introduit un alinéa supplémentaire au texte, spécifique aux actes de terrorisme. Les moyens de provocations sont les mêmes que ceux listés à l’article 23 de la loi, sachant que là encore mention expresse est faite, depuis 2004⁴¹⁶, à «tout moyen de communication au public par voie électronique». S’agissant d’internet, la provocation peut être caractérisée de multiples façons : sites ou blogs qui expliquent comment fabriquer des explosifs ou encore qui encouragent ou vantent la commission d’actes terroristes⁴¹⁷.

Toutefois, la loi de 1986 ayant introduit ces provocations aux actes de terrorisme ne les avait pas pour autant soustraites du régime de la loi de 1881. Ne figurant pas dans les infractions mentionnées par l’article 421-1 du code pénal⁴¹⁸, elles demeuraient en effet étrangères au régime spécifique applicable aux infractions terroristes et restaient soumises aux règles du droit pénal de la presse⁴¹⁹ tant en ce qui concernant leur prescription (délai de trois mois) que l’impossibilité de placement en détention provisoire (sous la réserve propre à la provocation à commettre un acte de terrorisme chimique⁴²⁰, ou à celle de commettre un assassinat ou un empoisonnement⁴²¹, qui, même non suivies d’effet, sont sanctionnées comme actes de terrorisme dérivés, par le renvoi qui leur est fait à l’article 421-1). La loi sur la liberté de la presse relève en effet d’une philosophie protectrice de la liberté de pensée, d’opinion et d’expression, c’est pourquoi la répression y est mesurée⁴²². Cette mesure a été estimée incompatible avec l’efficacité punitive exigée par la gravité des actes de terrorisme. La loi du 21 décembre 2012 est donc venue modifier les articles 52 et 65-3 de la loi du 29 juillet 1881, relatifs à la poursuite et à la répression des infractions mentionnées. Le placement en détention provisoire (exceptionnelle en la matière) est donc aujourd’hui permis pour les personnes poursuivies pour provocation au terrorisme ou apologie du terrorisme. Le délai de prescription de ces infractions a également été allongé : il est passé de trois mois à un an. Ces dérogations apportées au droit pénal de la presse pour tenter d’éradiquer la propagande terroriste constituent, pour la doctrine, une véritable sortie du droit pénal de la presse⁴²³.

⁴¹⁴ A. Vitu, *Traité de droit criminel, droit pénal spécial*, vol 1 n°1567

⁴¹⁵ F. Chopin, *Cybercriminalité, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, juillet 2013

⁴¹⁶ Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l’économie numérique

⁴¹⁷ F. Chopin, p.c.

⁴¹⁸ Un amendement permettant de créer un cadre distinct de la loi sur la presse pour l’incrimination autonome de la provocation directe ou de l’apologie du terrorisme a été soumis, sans succès.

⁴¹⁹ M-H. Gozzi, «*Sécurité et lutte contre le terrorisme : l’arsenal juridique encore renforcé*», D., 2013, p.194

⁴²⁰ Art. L2342-62 du code de la défense

⁴²¹ Art. 225-5-1 CP

⁴²² Y. Mayaud, «*La politique d’incrimination du terrorisme à la lumière de la législation récente*», art.cit.

⁴²³ Y. Mayaud, «*La politique d’incrimination du terrorisme à la lumière de la législation récente*», art. cit.

Enfin, on soulignera que depuis 2004⁴²⁴ l'article 322-6-1 du code pénal prévoit que «*le fait de diffuser par tout moyen, sauf à destination des professionnels, des procédés permettant la fabrication d'engins de destruction élaborés à partir de poudre ou de substances explosives, de matière nucléaires, biologiques ou chimiques, ou à partir de tout autre produit destiné à l'usage domestique, industriel ou agricole, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende*»⁴²⁵. Une aggravation de la peine est prévue par une loi du 17 mai 2011⁴²⁶ (elle est portée à trois ans d'emprisonnement et 45 000€ d'amende) lorsque cette diffusion a été effectuée par un «réseau de communication au public en ligne».

APOLOGIE D'ACTES DE TERRORISME - Au contraire de la provocation directe, l'apologie ne poursuit pas l'objectif immédiat de conduire à la commission d'une infraction. Elle se réalise plutôt par la glorification d'un crime ou d'un délit énuméré par la loi, par la justification ou l'approbation d'un crime ou de son auteur⁴²⁷, ou encore «par la critique violente dirigée, soit contre la loi qui a été appliquée aux auteurs (...) soit contre les décisions judiciaires qui ont fait application de cette loi»⁴²⁸. Elle consiste donc en «des actes qui expriment une forme d'appui ou de solidarité morale avec les auteurs d'actes de terrorisme»⁴²⁹. Egalement introduite au sixième alinéa de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 en 1992, l'incrimination d'apologie d'actes de terrorisme a également vu sa répression renforcée par la loi de 2012. Le délit de provocation au terrorisme et d'apologie du terrorisme sont punis de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000€ d'amende.

ABSENCE D'INFRACTION DE CONSULTATION HABITUELLE DE SITES FAISANT L'APOLOGIE DU TERRORISME - La création d'un délit de «consultation habituelle des sites faisant l'apologie du terrorisme» avait été envisagée mais elle n'a finalement pas été retenue par le législateur. Certains parlementaires avaient pourtant tenté de faire un parallèle avec l'incrimination de l'article 227-23 du code pénal en matière de consultation habituelle de sites pédopornographiques. Pour Myriam Quéméner, une telle incrimination aurait pu être considérée par le Conseil Constitutionnel comme excessive et attentatoire aux libertés publiques⁴³⁰.

MOYENS DE DÉTECTION DE LA COMMISSION DE CES INFRACTIONS - Bien que ces développements n'aient pas vocation à expliciter les différentes procédures d'enquête et les divers moyens d'investigation, ce qui a déjà été fait, nous soulignerons tout de même l'existence de nouvelles possibilités spécifiques à la «cybercriminalité» qui permettront de détecter la commission de ces délits de provocation et d'apologie du terrorisme.

⁴²⁴ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004

⁴²⁵ F. Chopin, op. cit.

⁴²⁶ Loi n°2011-525 du 17 mai 2011

⁴²⁷ J.Alix, op. cit.

⁴²⁸ A. Vitu, op. cit.

⁴²⁹ F. Chopin, op. cit.

⁴³⁰ M. Quéméner, art. cit.

Les services de renseignement peuvent obtenir relativement aisément les données techniques de connexion des personnes qu'ils surveillent (les «fadettes»), comme la loi du 23 janvier 2006 les y autorise⁴³¹. De surcroît, une procédure d'infiltration numérique a été organisée par la loi n°2011-267 «LOPPSI 2» du 14 mars 2011⁴³², permettant à des «cyberpatrouilles» de surveiller et d'enquête sur des personnes suspectées de commettre des infractions d'apologie du terrorisme ou de provocation au terrorisme, par le biais d'internet (autorisation de participer sous un pseudonyme aux échanges électroniques, d'être en contact par ce moyen avec les personnes susceptibles d'être les auteurs de ces infractions et d'extraire, d'acquérir ou conserver par ce moyen les éléments de preuve et les données sur les personnes susceptibles d'être les auteurs de ces infractions)⁴³³. Un arrêté du 19 septembre 2011 a fixé la liste des services autorisés à mettre en oeuvre ces interventions, avec en particulier la sous-direction anti-terroriste de la police judiciaire et la DCRI⁴³⁴. Enfin, la captation de données à distance et en urgence est également possible⁴³⁵, depuis la loi LOPPSI 2.

2/ La lutte contre le recrutement et l'entraînement de terroristes

La problématique du recrutement et de l'entraînement de jeunes «apprentis terroristes» s'est trouvée au coeur de l'actualité de ces dernières semaines. Face à la recrudescence du nombre de jeunes européens partis ou en partance pour la Syrie, qui «atteint toutes les couches sociales» et place la France en deuxième position des pays les plus touchés par ces départs (derrière la Belgique)⁴³⁶, les pouvoirs publics se sentent démunis. Pourtant, même s'il est difficile de lutter contre la radicalisation de jeunes en perte de repères, des incriminations - certes très récentes - existent pour appréhender ces comportements.

L'INCRIMINATION DE TERRORISME PAR RECRUTEMENT - La décision-cadre du Conseil du 28 novembre 2008⁴³⁷, qui devait être transposée au plus tard le 9 décembre 2010, obligeait déjà les Etats à incriminer spécifiquement le recrutement terroriste, qu'elle définissait comme le fait de solliciter une autre personne pour commettre l'une des infractions terroristes listées dans la décision-cadre de 2002. Elle avait en effet opéré une modification de l'article 3 de la précédente décision-cadre de 2002 définissant les infractions liées au terrorisme, pour y inclure tant la provocation publique à commettre une infraction terroriste, que le recrutement pour le terrorisme ou encore l'entraînement à cette même fin⁴³⁸. Mais c'est l'affaire Merah, en 2012, qui a poussé le gouvernement à se conformer au droit européen, par un projet de loi adopté en procédure accélérée, qui ne comprenait en définitive que peu de nouvelles mesures. C'est dire que pour beaucoup, il

⁴³¹ Art. L34-1-1 du code des postes et des communications

⁴³² Disposition codifiée à l'article 706-25-2 CPP

⁴³³ Circulaire de la direction des affaires criminelles du 10 sept. 2013

⁴³⁴ M. Quéméner, art. cit.

⁴³⁵ Art. 706-102-3 CPP

⁴³⁶ D. Bouzar, art. cit.

⁴³⁷ Décision-cadre n°2008/919/JAI du 28 novembre 2008

⁴³⁸ S. Lavric, «Nouvelle décision-cadre sur la lutte contre le terrorisme», D. 2008, p. 3071

s'agissait d'un «écran de fumée»⁴³⁹. D'ailleurs, de l'aveu même des parlementaires, le dispositif antérieur s'avérant efficace la loi nouvelle n'entendait pas «proposer une réforme d'ampleur des dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, mais plutôt des dispositions ciblées et limitées pour compléter le dispositif et assurer sa pérennité»⁴⁴⁰.

L'un des apports de la loi du 21 décembre 2012⁴⁴¹ relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme réside donc dans l'insertion dans le code pénal d'un article 421-2-4 dont l'objet est d'ériger en incrimination spécifique le recrutement en vue de participer à un groupement terroriste ou de commettre un acte terroriste. Cette nouvelle qualification avait fait débat et a été difficilement adoptée⁴⁴². L'assemblée nationale l'avait en effet rejetée en première lecture, considérant qu'il n'était pas opportun de la distinguer du délit de participation à une association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste⁴⁴³, voire même qu'elle risquait d'en affaiblir l'efficacité⁴⁴⁴. Mais le projet a tout de même été retenu en commission mixte paritaire.

L'article 421-2-4, écrit sur le modèle de l'article 221-5-1 incriminant le «mandat criminel»⁴⁴⁵, dispose que *«le fait d'adresser à une personne des offres ou des promesses, de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques, de la menacer ou d'exercer sur elle des pressions afin qu'elle participe à un groupement ou une entente prévu à l'article 421-2-1 ou qu'elle commette un des actes de terrorisme mentionnés aux articles 421-1 et 421-2 est puni, même lorsqu'il n'a pas été suivi d'effet, de dix ans d'emprisonnement et de 150 000€ d'amende»*. Sont donc désormais réprimés les actes de prosélytisme tendant au recrutement de terroristes, même lorsqu'ils ne sont pas suivis d'effet. Cette incitation peut être constituée par les nombreux moyens énumérés à l'article (qu'il s'agisse de menace ou de présents, ou même d'«avantages quelconques»). Une seconde similitude avec le «mandat criminel» réside dans les peines identiques destinées à sanctionner, plutôt sévèrement, les deux infractions. Ces incriminations permettent de réprimer l'instigateur de crimes et délits, l'«auteur moral», qui échappe autrement au droit pénal, faute d'avoir réalisé lui-même l'infraction ou d'y avoir apporté une aide quelconque constitutive d'un

⁴³⁹ E. Allain, «L'écran de fumée», AJ Pénal 2013, p.183

⁴⁴⁰ V.J. Mézard, Rapport sur le projet de loi relatif à la sécurité et la lutte contre le terrorisme, rapp. Sénat n°35, 10 oct. 2012, p.7

⁴⁴¹ Loi n°2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme

⁴⁴² Y. Mayaud, art. cot.

⁴⁴³ La jurisprudence semblait en effet auparavant réprimer les actes de recrutement pour le terrorisme sous la qualification d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste, en témoignent par exemple les arrêts CA Nancy ch. civ. 1 13 septembre 2010 n°08/00794 (concernant l'action civile d'un individu contre TF1 pour une atteinte par voie de presse au respect de sa présomption d'innocence au motif qu'il avait été présenté publiquement, dans un reportage, comme coupable de recrutement terroriste par internet et qu'il avait été poursuivi pour ces faits sous la qualification d'association de malfaiteurs en vue de préparer des actes de terrorisme) ou encore Cass. Crim. 23 mai 2012 n°12-80.328, même si concernant cette espèce le recrutement s'inscrit dans un projet terroriste plus vaste («M.X ... d'avoir participé à une association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste consistant en France, en contacts avec des membres de l'organisation terroriste Al-Qaida, à clandestinement recruter, organiser et financer le transfert dans la zone pakistano-afghane, d'individus en vue de mener une lutte armée»).

⁴⁴⁴ M.F. Bechtel, AN 2012-2013, rapport n°409, p.47, cité par Y. Mayaud, art. cit.

⁴⁴⁵ E. Allain, «Sécurité et lutte contre le terrorisme : le vote des sénateurs», AJ Pénal 2012, p. 566

acte de complicité (la complicité n'est punissable que dès lors que l'acte principal l'est aussi, donc que l'infraction principale envisagée a été consommée).

LA RÉPRESSION DE L' «ENTRAÎNEMENT AU *JIHAD*» PAR LE BIAIS D'UNE EXTENSION DE COMPÉTENCE - La création de nouvelles incriminations n'est pas la seule réponse législative à une répression efficace, d'autres mesures techniques peuvent contribuer à rendre celle-ci plus efficace, en témoigne la loi du 21 décembre 2012.

L'ancien président de la République avait déclaré, en mars 2012 suite à l'affaire Merah, que serait incriminé le «voyage à l'étranger pour suivre des travaux d'endoctrinement à des idéologies conduisant au terrorisme»⁴⁴⁶. L'idée a été reprise dans le projet de loi de la même année mais n'a pas abouti, ayant semblé peu conforme à l'esprit de notre droit pénal⁴⁴⁷. Lui a été préférée la voie de l'extension des règles d'application de la loi pénale dans l'espace, pour permettre la poursuite par les juridictions françaises des actes en rapport avec le terrorisme commis à l'étranger par des Français ou des personnes résidant habituellement en France. Une «lacune» de notre droit était en effet pointée du doigt, qui semblait rendre impossible la poursuite et la condamnation de ceux qui auraient participé à l'étranger à des camps d'entraînement en vue de la commission d'actes de terrorisme ou à l'acheminement de ceux-ci vers le *jihād*, sans qu'aucun acte délictueux n'ait été réalisé sur le territoire français.

La loi du 21 décembre 2012 est donc à l'origine d'un nouvel article 113-13 du code pénal qui dispose que «*la loi française s'applique aux crimes et délits qualifiés d'actes de terrorisme et réprimés par le titre II du livre IV commis à l'étranger par un Français ou une personne résidant habituellement sur le territoire français*». En procédant à une extension de compétence, la loi a pour but de contourner les limites traditionnelles de la compétence internationale des juridictions françaises pour les crimes et délits commis à l'étranger, laquelle se fonde classiquement sur les principes de personnalité active ou de personnalité passive⁴⁴⁸, qui, par les conditions d'application exigeantes qu'ils posaient - surtout concernant la matière délictuelle - étaient à même d'affaiblir la répression.

En effet, sur le fondement de la compétence personnelle passive, qui permet aux juridictions françaises de poursuivre les auteurs d'infractions dont la victime est de nationalité française, en vertu de l'article 113-7 du code pénal, la loi française est applicable à «tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement». Mais la poursuite des délits ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public, et elle doit avoir été précédée d'une plainte de la victime ou de ses ayants-droit ou par une dénonciation officielle de l'autorité du pays où le fait a été commis⁴⁴⁹. De surcroît, et alors que le principe *non bis in idem* est inefficace s'agissant de la compétence territoriale française (dans

⁴⁴⁶ Allocution de Nicolas Sarkozy du 22 mars 2012, citée par Marie-Hélène Gozzi, art. cit.

⁴⁴⁷ M.H. Gozzi, art. cit.

⁴⁴⁸ D. Rebut, *Droit pénal international*, op. cit.

⁴⁴⁹ Art. 113-8 CP

le cadre international), il conduit, en matière de compétence personnelle (conçue comme une compétence subsidiaire) à écarter l'application de la loi française dès lors que la personne justifie avoir été définitivement jugée à l'étranger pour les mêmes faits (et, qu'en cas de condamnation, la peine ait bien été subie ou prescrite)⁴⁵⁰. Ces exigences constituaient autant de freins à la compétence des juridictions françaises, estimés incompatibles avec la lutte contre le terrorisme. Assurément, en matière de camps d'entraînement pour le *jihad* il serait illusoire d'espérer une dénonciation de l'Etat territorial qui souvent les cautionne, ou du moins les tolère, ni même le respect de la condition de double incrimination.

S'agissant de la personnalité active, qui permet aux juridictions françaises de se saisir des agissements d'un français commis à l'étranger à l'encontre d'une victime étrangère, les règles ne sont encore une fois pas les mêmes selon que l'infraction commise est constitutive d'un crime ou d'un délit. Si la loi pénale est effectivement applicable à «tout crime commis par un Français hors du territoire de la République» (sous la seule réserve du principe *non bis in idem*), comme le prévoit l'article 113-6, en revanche, quatre conditions additionnelles doivent être réunies concernant les délits: la réciprocité d'incrimination, la compétence exclusive exercée par le ministère public, suite à la nécessaire plainte de la victime ou dénonciation du pays du lieu de l'infraction et le respect de la règle *non bis in idem*⁴⁵¹. Pour les raisons précédemment évoquées, ce dispositif a été estimé trop lourd pour la lutte anti-terroriste.

Le nouvel article 113-3 a donc affirmé la compétence française pour les crimes et délits qualifiés d'actes de terrorisme exclusivement, commis hors du territoire de la république, sans autre condition que la nationalité ou la résidence sur le territoire français de l'auteur de l'infraction. Désormais tout crime ou tout délit terroriste commis à l'étranger par un français peut être poursuivi en France, qu'ils s'agisse de la direction du crime mais aussi d'une «simple» participation (association de malfaiteurs). En soulignera que cette compétence ne vise pas seulement les auteurs de nationalité française mais aussi les auteurs résidant habituellement sur le territoire français, ce qui constitue une innovation non négligeable concernant la lutte anti-terroriste. Cette compétence n'est pas sans nous évoquer celle issue de la loi du 9 août 2010⁴⁵² portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, à l'origine de l'insertion dans le code de procédure pénale d'un nouvel article 689-11 qui attribue compétence aux juridictions françaises pour poursuivre et juger «toute personne qui réside habituellement sur le territoire de la république» et qui s'est rendue coupable à l'étranger de l'un des crimes relevant de la compétence de la cour pénale internationale.

B) Le droit pénal contre le financement du terrorisme

⁴⁵⁰ Art. 113-9 CP

⁴⁵¹ Art. 113-6 et suivants CP

⁴⁵² Loi n°2010-930

Un adage populaire fait de l'argent «le nerf de la guerre»⁴⁵³, car sans argent en effet, point de guerre digne de ce nom. La «guerre» menée contre l'occident par les terroristes de l'islam radical a également été permise par de vastes réseaux criminels de financement (pour l'achat d'armes, d'infrastructures, de «services», l'entretien des «troupes»...). C'est pourquoi l'endigement du financement du terrorisme constitue l'axe privilégié, le «point névralgique»⁴⁵⁴, de la lutte anti-terroriste contemporaine. Comme le souligne Julie Alix, si certaines voies sont privilégiées pour financer le terrorisme, celui-ci ne dispose toutefois pas de réseaux de financement propres et ses auteurs doivent recourir aux réseaux «classiques» de financement d'une activité criminelle.

Le droit interne n'a jamais ignoré la problématique de l'approvisionnement financier des terroristes et a assimilé, dès 1986, les vols et les extorsions commis dans un contexte terroriste à des actes de terrorisme. Mais le financement n'était alors puni que s'il provenait d'activités elles-mêmes illégales et réprimées⁴⁵⁵. La prise de conscience de la nécessité de réprimer le financement du terrorisme effectué par les voies de financement «licites» a été tardive et s'est opérée essentiellement dans le cadre du droit international. On a déjà évoqué, au titre des procédures de gel des avoirs, l'impulsion donnée par l'ONU suite aux attentats du 11 septembre, impulsion répercutée par l'Union Européenne⁴⁵⁶. Le droit français ne s'est quant à lui pas contenté de la transposition de ces procédures et a multiplié les outils permettant de lutter contre ces financements occultes. L'article 421-1 avait déjà été complété, suite à la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne⁴⁵⁷, par deux alinéas faisant du blanchiment ainsi que des délits d'initié, des comportements susceptibles de recevoir une qualification terroriste. Mais cette loi a également érigé en incrimination autonome le fait de financer des activités terroristes.

1/ Le terrorisme par financement

C'est la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne qui a introduit dans le code pénal, dans un article 421-2-2, l'incrimination de terrorisme par financement. Ce texte dispose en effet que «*constitue également un acte de terrorisme le fait de financer une entreprise terroriste en fournissant, en réunissant ou en gérant des fonds, des valeurs ou des biens quelconques ou en donnant des conseils à cette fin, dans l'intention de voir ces fonds, valeurs ou biens utilisés, ou en sachant qu'ils sont destinés à être utilisés, en tout ou partie, en vue de commettre l'un quelconque des actes de terrorisme prévus au présent chapitre, indépendamment de la survenance éventuelle d'un tel acte*». La définition interne du financement du terrorisme dépasse la définition internationale de laquelle elle s'inspire (définition de l'article 2 de la Convention internationale

⁴⁵³ «*Nervos belli, pecuniam infinitam*», Cicéron, Oeuvres complètes de M.T. Cicéron, traduites en français, Volume 13 p. 218

⁴⁵⁴ J. Alix, op. cit.

⁴⁵⁵ J. Alix, op. cit.

⁴⁵⁶ Résolution 1373 du Conseil de sécurité, décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

⁴⁵⁷ Loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001

pour la répression du terrorisme) car ne sont pas seulement réprimés la fourniture et la réunion de fonds, mais également la gestion et les conseils prodigués en vue d'une bonne gestion ou de la réunion de fonds. L'infraction ne se limite donc pas aux bailleurs de fonds et son champ d'application s'en trouve considérablement étendu. Tant la nature de l'acte incriminé que son objet, ou ses effets, sont par ailleurs définis de façon extrêmement large si bien que l'incrimination est susceptible de saisir une très grande variété de comportements, qui seront parfois éloignés d'une participation concrète à un réseau terroriste. Julie Alix illustre cette idée en avançant que «le don fait par un musulman à une mosquée connue pour prêcher le recours à la guerre sainte et prôner un islamisme radical» pourrait également être appréhendé⁴⁵⁸. On soulignera également que les juridictions se montrent relativement souples quant à la démonstration des éléments constitutifs de l'infraction puisqu'ils estiment que l'incrimination ne requiert pas que soit démontrée l'infraction *de lege lata* individualisée dont le financement est projeté⁴⁵⁹, mais seulement que ce financement est destiné à être injecté dans une entreprise terroriste.

2/ Le terrorisme par non justification de ressources

Le terrorisme par non-justification de ressources est une innovation surprenante de la loi n°2003-239 du 18 mars 2003. L'article 421-2-3 puni dorénavant « *le fait de ne pouvoir justifier de ressources correspond à son train de vie, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à l'un ou plusieurs des actes visés aux articles 421-1 à 421-2-2* » de sept ans d'emprisonnement et de 100 000€ d'amende. Cette incrimination peut s'analyser en un acte d'incitation implicite au terrorisme. Elle est inspirée de celle qui existe déjà s'agissant de la lutte contre le proxénétisme⁴⁶⁰, dans le cadre de laquelle elle permet essentiellement de palier des problèmes de preuve en instituant une présomption de proxénétisme et plus exactement une présomption de «recel-profit de la prostitution»⁴⁶¹. L'incrimination avait été étendue au domaine des mineurs délinquants (art. 222-39-1), à la traite des êtres humains (art. 225-4-8), à l'exploitation de la mendicité (art.225-12-5), à l'extorsion (art. 312-7-1) et à l'association de malfaiteurs (art. 450-2-1). Une version terroriste de l'incrimination avait alors été introduite à l'article 421-2-3 du code pénal par la loi du 18 mars 2003. L'incrimination de non-justification de ressources a finalement été généralisée par la loi n°2006-64 du 23 janvier 2006 et toutes les incriminations spécifiques, à l'exception de celle relative au terrorisme, ont été supprimées. La raison de ce maintien s'explique par la crainte d'une confusion au détriment de l'infraction de non-justification de ressources entre celle-ci et l'infraction de recel prévue au 5° de l'article 421-1, qui a un domaine plus restrictif.

⁴⁵⁸ J. Alix, op.cit.

⁴⁵⁹ Cass. Crim. 25 avril 2006 n°05-86875 : les poursuites sont exercées sur le fondement de «financement d'une entreprise terroriste» sans plus de précision.

⁴⁶⁰ Art. 225-6 3° CP

⁴⁶¹ J. Alix, op.cit.

L'incrimination de terrorisme par non-justification de ressources a un vaste champ d'application puisque n'est pas seulement réprimé le fait de ne pouvoir justifier de ses ressources lorsque l'on est en relation avec un terroriste au sens strict, mais également lorsque l'on est en relation avec toute personne intervenant au soutien du terrorisme. Cette nouvelle incrimination permet d'appréhender tout profit tiré de l'un quelconque des actes de terrorisme (à la différence du recel). Elle autorise la répression d'agent ayant finalement un rattachement criminologique au terrorisme assez lointain, ces agents étant qualifiés de terroristes par leur incitation implicite à poursuivre l'activité criminelle par leur connaissance de celle-ci et la protection et l'aide supposée apportée à ses auteurs. Surtout, sa répression se trouve facilitée par l'instauration d'une véritable présomption de culpabilité.

Au terme de cette présentation, relativement exhaustive, de la double réponse apportée par le droit pénal spécial au développement de la criminalité terroriste, en termes de terrorisme dérivé d'une part et de terrorisme qualifié d'autre part, on constate que c'est bien toute l'activité terroriste qui se trouve ainsi saisie par le droit pénal, par des incriminations aux contours assez imprécis et au champs d'applications très extensifs. Comme le souligne la doctrine⁴⁶², les incriminations retenues se recourent par ailleurs assez bien, même s'il n'y a pas pour autant identité absolue, avec les incriminations prévues dans les différentes conventions sur le terrorisme, ce qui est de nature à faciliter les mécanismes d'entraide. Si certains craignaient, lors de la réforme du code pénal⁴⁶³, que l'énumération des incriminations s'avère insuffisante à saisir la totalité de la réalité terroriste contemporaine, ils peuvent aujourd'hui être rassurés tant l'application du législateur à s'adapter sans cesse aux nouveaux comportements criminels est constante, et le rythme des réformes législatives soutenu. En témoignent les nouvelles incriminations issues de la loi du 21 décembre 2012.

Toutefois, cette construction ne s'est pas faite sans quelques concessions, si ce n'est quelques entorses, aux principes généraux du droit pénal. La responsabilité pénale s'est trouvée, pour certains, dilatée⁴⁶⁴, et l'incrimination, pour d'autres, instrumentalisée⁴⁶⁵. Si l'on comprend aisément la difficulté à appréhender une criminalité aussi délicate que le terrorisme, et la nécessité de la mise en oeuvre de moyens renforcés et dérogoratoires, légitimés tant par la menace d'une extrême gravité pesant sur la société dans son entier que par la complexité des réseaux terroristes, l'écueil de la dérive sécuritaire doit à tout prix être évité, et les principes juridiques et droits et libertés fondamentales respectés. C'est là le gage d'un droit pénal démocratique, d'un droit pénal de l'homme... et non de l'«inhumain»⁴⁶⁶.

⁴⁶² J. Alix, op. cit.

⁴⁶³ M-E. Cartier, art. cit.

⁴⁶⁴ R. Parisot, op. cit.

⁴⁶⁵ J. Alix op.cit.

⁴⁶⁶ Terme emprunté à M. Delmas-Marty, « *Violences et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain* », 2009, disponible sur : <http://hal-paris1.archives-ouvertes.fr/hal-00438702>

2ème PARTIE : LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME, DES RÉPONSES IMPARFAITES

«En définitive, c'est la victoire des terroristes que d'abandonner le droit».

Robert Badinter.

Le droit pénal n'a pas constitué l'unique réponse à la lutte contre le terrorisme à l'échelle internationale. On sait en effet que les Etats-Unis lui ont préféré le recours à la force armée. Si le concept de «guerre contre le terrorisme» n'a pas eu beaucoup d'écho en Europe, guerre et droit ne s'opposent pourtant pas systématiquement, en témoigne la théorie de la «guerre juste»⁴⁶⁷ et les constructions du *jus ad bellum*, qui établit les critères du recours à une guerre juste et du *jus in bello*, qui énonce les critères de la conduite légitime de la guerre. S'agissant des moyens de lutte contre le terrorisme on oppose ainsi souvent les Etats-Unis, qui ont privilégié la voie de la guerre⁴⁶⁸, et l'Union Européenne, qui a opté pour la réponse pénale, même s'il existe entre ces deux conceptions a priori opposées de nombreux points de contact⁴⁶⁹. La réponse pénale nous paraît plus satisfaisante par son économie humaine et financière d'une part, par sa légitimité incontestable et son caractère équilibré d'autre part, par son symbole, enfin.

Le droit pénal, instrument de régulation sociale, énonce la norme pénale nécessaire d'une manière qu'il veut précise et claire, et sanctionne sa transgression par des peines qu'il souhaite justes et adaptées. Il est, à ce titre, *«l'une des conquêtes les plus remarquables de la rationalité au plan des transactions sociales livrées à la violence»*⁴⁷⁰. A tous points de vue, il constitue un gain de sécurité pour la société qu'il vise à protéger comme pour les individus qu'il entend punir. Le code pénal de 1810, d'inspiration *hobbesienne*⁴⁷¹, était empreint d'un esprit de répression afin de rétablir la paix sociale. Cet esprit de répression se retrouve, non sans raison, dans le régime relatif au terrorisme du code pénal réformé, pour mieux garantir la sécurité publique. L'Etat a, on le sait, pour responsabilité de protéger sa population, corolaire de la souveraineté étatique, dans une conception

⁴⁶⁷ Michael Walzer, *Guerres justes et injustes*, 1977, éd. française Paris, Belin, 1999

⁴⁶⁸ «La guerre contre le terrorisme est devenu l'alpha et l'oméga de la politique étrangère américaine et elle est conçue de manière exclusivement militaire», P. Hassner, *Etats-Unis : l'empire de la force ou la force de l'empire ?*, Cahiers de Chaillot, Paris, 2002, n°54, p.32

⁴⁶⁹ Alexandre Adam, *La lutte contre le terrorisme, Etude comparative Union Européenne - Etats-Unis*, l'Harmattan, 2005

⁴⁷⁰ Paul Ricoeur, *Le juste*, 1995

⁴⁷¹ Jean-Marie Carbasse, intervention lors lors du Colloque du Sénat sur le bicentenaire du code pénal du 25 novembre 2010, en consultation sur le site internet du Sénat.

*weberienne*⁴⁷² du droit. Il revient donc aux branches de l'Etat de protéger les citoyens contre le terrorisme, au pouvoir exécutif d'abord, en déployant des mesures de prévention nécessaires (une responsabilité pour faute⁴⁷³, comme sans faute, pouvant être engagée, responsabilité sans faute qui fonde d'ailleurs la création d'un fond d'indemnisation chargé de réparer le dommage causé aux victimes de terrorisme⁴⁷⁴), au législateur ensuite, en procédant à l'incrimination et à la prévision de sanctions adaptées en réponse à ces comportements dangereux. Apporter une réponse spécifique au terrorisme relevait donc d'une véritable obligation pour le législateur tant au plan constitutionnel⁴⁷⁵ qu'international⁴⁷⁶. On comprend la nécessité et la légitimité de ce dernier à mettre en oeuvre des mesures et instruments dérogatoires, adaptées à sa gravité et à sa complexité particulière, et l'on salue l'adaptabilité du droit pénal aux nouveaux défis de la criminalité. On comprend également l'aggravation sensible des peines relatives aux infractions terroristes puisque l'on sait la sanction indissociablement liée à l'incrimination, gage de son efficacité et condition de sa subsistance.

Toutefois, force est de constater que ces réponses spéciales apportées à la problématique terroriste par le législateur ont aussi leurs travers et sont perfectibles à de multiples égards. De la définition incertaine de la notion de terrorisme aux nombreuses imperfections rédactionnelles affaiblissant la cohérence de l'ensemble, jusqu'au questionnement sur l'équilibre entre protection de la sécurité et protection des libertés, de nombreuses dispositions interrogent. Il nous appartient maintenant d'en faire état.

CHAPITRE 1 : LA PERTE QUALITATIVE DU DROIT

«Aristote dit que la colère sert parfois d'arme à la vertu et à la vaillance. Cela est vraisemblable ; toutefois, ceux qui y contredisent répondent plaisamment que c'est une arme de nouvel usage : car nous remuons les autres armes, celle-ci nous remue ; notre main ne la guide pas, c'est elle qui guide notre main ; elle nous tient, nous ne la tenons pas».

Montaigne, Essais, 1580

⁴⁷² Pour Max Weber, l'Etat moderne a le monopole de la contrainte physique légitime et de la création du droit ainsi que de sa garantie. C'est sa principale raison d'être. - B. Cotte, «*Sécurité et souveraineté*», RFDA 2011, p.1102

⁴⁷³ Pour la responsabilité de l'Etat mise en oeuvre par la Cour Internationale de Justice pour manque de vigilance dans la prévention des actes dommageables et manque de diligence dans la répression de fauteurs : Affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, CIJ 24 mai 1980

⁴⁷⁴ B. Seiller, *Droit administratif*, T2 *L'action administrative*, 3ème éd. Flammarion 2010, p.303

⁴⁷⁵ D'une interprétation combinée des articles 4 (la liberté, premier droit naturel et imprescriptible de l'homme, « consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ») et 5 (la loi « n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société ») de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, on déduit un principe général de répression de la nuisibilité. - Y. Laclos, «*Le code pénal de 1810 à 2010 : le code de 1810 en mouvement*», intervention lors du Colloque du Sénat sur le bi-centenaire du code civil le 26 novembre 2010.

⁴⁷⁶ Voir arrêt p.c. *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, CIJ 24 mai 1980

On a célébré récemment le bi-centenaire du notre code pénal français. Cela a été l'occasion pour Vincent Lamanda⁴⁷⁷, premier Président à la Cour de cassation, de souligner la production normative massive dont a fait l'objet le code pénal, «inflation législative»⁴⁷⁸ à même d'entacher la lisibilité de celui-ci et de nuire à l'exigence de sécurité juridique. Cette problématique, qui s'exprime essentiellement dans le domaine des atteintes aux personnes, s'illustre également s'agissant du terrorisme, tant le législateur est prompt, à chaque évènement terroriste, à annoncer de nouvelles mesures. Le terrorisme, plus que toute autre matière, fait peser sur le législateur le poids d'une opinion publique anxieuse en attente d'une réponse ferme. Cette pression sociale conduit trop souvent à faire de la loi un instrument médiatique⁴⁷⁹ et à perdre de vue l'idéal de codification ayant animé les rédacteurs des codes napoléoniens. Portalis disait pourtant «il ne faut point de lois inutiles, elles affaibliraient les lois nécessaires, elles compromettraient la certitude et la majesté de la législation».

Par ailleurs, cet accent mis sur l'aspect quantitatif de la loi l'est au détriment de la qualité de celle-ci. La législation terroriste, à l'image de la législation pénale contemporaine en général, accuse une véritable perte qualitative. Doublons, lois «déclaratives», imprécisions, redondances, malfaçons, concessions à la facilité ou à l'opportunité semblent être ses nombreuses tares. Ces imperfections s'illustrent dans la définition même du terrorisme, qui est très incertaine, ainsi que dans des dispositions substantielles précises, qui semblent respecter de manière approximative les grands principes du droit pénal.

SECTION 1 : UNE DÉFINITION INCERTAINE

Parmi les phrases restées célèbres du brillant orateur que fut Nelson Mandela, celle-ci a particulièrement marquée les esprits : «*I was called a terrorist yesterday, but when I came out of jail, many people embraced me, including my enemies, and that is what I normally tell other people who say those who are struggling for liberation in their country are terrorists. I tell them that I was also a terrorist yesterday, but, today, I am admired by the very people who said I was one*»⁴⁸⁰.

Cette citation illustre bien les aléas de la qualification de «terroriste» dans le temps et dans l'espace. Si le terrorisme est une notion presque intuitive au premier abord, elle est pourtant difficile à théoriser et échappe à toute approche unitaire.

Par sa gravité, par son retentissement terrible, par le sentiment d'horreur et d'impuissance qui frappe la population touchée, la dimension terroriste d'un attentat à la bombe ou du détournement

⁴⁷⁷ Vicent Lamanda, allocution d'accueil lors du Colloque du Sénat sur le bicentenaire du code pénal du 25 novembre 2010, en consultation sur le site internet du Sénat.

⁴⁷⁸ Expression que l'on doit à René Savatier «*l'inflation législative et l'indigestion du corps social*» Dalloz 1977

⁴⁷⁹ P. Mazeaud, «La loi ne doit pas être un rite incantatoire», JCPG 2005, act. 70

⁴⁸⁰ Nelson Mandela, *Larry King Live*, May 16, 2000

d'un avion a quelque chose qui relève de l'évidence. Mais l'évidence est trompeuse. D'après Serge Sur, le terrorisme «évoque un mélange de violence et d'émotions, de haines et de peurs qui font barrage à la réflexion, qui inhibent l'analyse rationnelle»⁴⁸¹. Beaucoup de tentatives de définition, internes et internationales du terrorisme ont été entreprises, peu ont convaincu, aucune n'a fait l'unanimité. La définition du terrorisme s'avère en effet «introuvable»⁴⁸², la principale difficulté découlant de ses manifestations très diverses (quant aux moyens qu'il utilise et quant à ses finalités propres) qui le rendent difficile à couler dans un moule unique.

Le législateur français a pourtant bien été contraint de s'y essayer car la définition d'une incrimination est un préalable indispensable, dans le respect du principe de légalité des délits et des peines, à l'attribution d'un régime juridique. L'amorce de définition donnée par le code pénal reste toutefois relativement imprécise et coïncide en réalité avec les choix répressifs effectués par le législateur qui souhaite faire le moins possible obstacle à la répression. Cette définition n'est pas le décalque de celle avancée par les instruments internationaux, ni des définitions non juridiques énoncées par divers dictionnaires, criminologues, historiens, philosophes ou écrivains. A telle enseigne que l'on aurait répertorié plus d'une centaine de définitions différentes⁴⁸³ !

Les problèmes suscités par cette définition sont de divers ordres. Il apparaît tout d'abord étrange que l'aspect éminemment politique du terrorisme soit complètement éludé par les diverses définitions du phénomène et notamment par la définition de l'article 421-1 du code pénal. Il est ensuite gênant que les «critères» du terrorisme établis par le législateur soient si imprécis et fassent redouter l'application d'une qualification entraînant l'application d'un régime dérogatoire aux conséquences non négligeables à des situations éloignées de la réalité du terrorisme. On soulignera que c'est alors le juge qui pallie bien souvent les lacunes de la loi, par ses interprétations qui, si elles sont nécessaires, apparaissent problématiques au regard de la séparation des pouvoirs. Portalis estimait d'ailleurs, dans son discours introductif au Code civil, qu'«en matière criminelle, il faut des lois précises et point de jurisprudence».

§1 - L'aspect politique éludé

Afin de contourner la difficulté d'une incrimination unique, le législateur français et les textes internationaux ont fait le choix de définir le terrorisme principalement en référence à des comportements précis. Ces définitions entretiennent un champ d'application volontairement expansif par crainte du «spectre du vide juridique»⁴⁸⁴. Le principe de légalité, essentiel car répondant à l'objectif de faire cesser l'arbitraire de l'Ancien régime, en limitant le pouvoir de juge

⁴⁸¹ S. Sur, «*un mal qui répand la terreur*», Dossier Les Terrorismes, Revue Questions internationales, juillet-août 2004

⁴⁸² P. Mertens, «*l'introuvable acte de terrorisme*», dans *réflexions sur la définition du terrorisme*, cit. par A. Adams, *La lutte contre le terrorisme. Etude comparative Union Européenne - Etats-Unis*, l'Harmattan, 2005

⁴⁸³ A. Boubekeur, X. Crettiez, et L. Mucchielli, *Les violences politiques en Europe : Un état des lieux*, Paris, La Découverte, 2010, p. 336

⁴⁸⁴ Y. Mayaud, art. cit.

et en adossant la sécurité juridique à une loi fixe et intangible, semble aujourd'hui malmené. L'idée que la société doit disposer de références incontestables propres à assurer la stabilité de la répression semble plier devant les nécessités de celle-ci. C'est encore l'enjeu d'efficience qui a conduit à «dépolitiser» les incriminations terroristes, décision qui n'est pas exempte de critiques.

A) La dépolitisation du terrorisme, l'expression d'un choix répressif

Malgré la difficulté de déterminer une définition du terrorisme, le législateur français a été contraint de s'y essayer. Par ailleurs, bien qu'il soit a fortiori plus difficile encore de s'accorder sur cette définition avec d'autres Etats, aux traditions et besoins juridiques souvent différents, cet effort s'est avéré nécessaire afin de lutter de manière coordonnée contre le «terrorisme international». L'objectif de facilitation de la répression est passé par la dépolitisation des infractions terroristes, que l'on a d'abord cherché à rapprocher du droit commun. Cela est d'autant plus paradoxal que l'on a tout fait par la suite pour les en distinguer en les soumettant à un régime très dérogatoire.

1/ Les contours dépolitisés des définitions française et internationales du terrorisme

La définition du terrorisme fait l'objet de beaucoup d'hésitations et il n'existe pas, à l'heure actuelle, de définition internationalement acceptée.

Serge Sur, directeur du centre Thucydide et spécialiste des relations internationales, propose plusieurs éléments constitutifs du terrorisme : l'usage d'une violence indiscriminée (avec une réserve pour les attentats individuels ayant une cible précise), le caractère occulte de l'action, la préparation dissimulée, la recherche de l'impunité (avec quelques réserves pour les attentats revendiqués), le caractère non-gouvernemental de l'action (mais cela élude la question du «terrorisme d'Etat» et de l'appui apporté par certains Etats à des réseaux terroristes), la recherche d'un effet indirect, le caractère aveugle de l'action⁴⁸⁵, mais surtout sa flexibilité, sa mutabilité et son adaptabilité au nom d'intérêts prétendument collectifs. D'autres, comme Raymond Aron, mettent plutôt l'accent sur l'aspect psychologique du terrorisme. Arnaud Blin⁴⁸⁶ va dans ce sens et estime que «ce qui caractérise le phénomène terroriste est avant tout l'asymétrie presque totale entre les effets psychologiques recherchés et les moyens physiques employés», le fait que les civils en soient les cibles n'étant alors que l'effet de cette asymétrie. Il fut difficile pour le législateur de se fixer sur un critère précis.

PRÉLIMINAIRES DE DÉFINITION PAR LE DROIT INTERNATIONAL - Il y eut des tentatives de définition générale du terrorisme acceptées par la communauté internationale dans son ensemble. On citera notamment la Convention du 16 novembre 1937, qui, n'étant jamais entrée en vigueur, se solda par un échec. Le terrorisme a donc d'abord été abordé sous l'angle d'infractions précisément identifiées contre lesquelles il s'agissait de lutter et non pas dans sa globalité.

⁴⁸⁵ Serge Sur, art. cit.

⁴⁸⁶ A. Blin, art. cit.

Dans les nombreuses conventions internationales sectorielles ratifiées par la France, on trouve des actes ordinairement dits terroristes sans toutefois y être qualifiés expressément comme tels (Convention du 14 septembre 1963 relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, Convention du 16 décembre 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, Convention du 17 décembre 1979 contre la prise d'otages, Convention du 3 mars 1980 pour la protection physique des matières nucléaires, par exemple). Les plus récentes adoptent le qualificatif «terroriste» sans pour autant donner de définition générale du «terrorisme». La convention du 15 décembre 1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, par exemple, précise ce qu'il faut entendre par les infractions qu'elle réprime : son article 2 dispose que *«commet une infraction au sens de la présente convention tout personne qui illicitement et intentionnellement livre, pose, ou fait exploser, détonner un engin explosif ou autre engin meurtrier dans ou contre un lieu public, une installation gouvernementale (...) dans l'intention de provoquer la mort ou des dommages corporels graves ou dans l'intention de causer des destructions massives de ce lieu...»*. Son article premier précise que *«Pour les besoins de l'extradition, aucune des infractions mentionnées ci-après ne sera considérée comme une infraction politique, comme une infraction connexe à une infraction politique ou comme une infraction inspirée par des mobiles politiques»*. Le droit international, s'il n'apporte pas de définition générale du terrorisme, refuse de faire de l'infraction terroriste une infraction politique.

Une première ébauche de définition du terrorisme apparaît dans la Convention internationale du 9 décembre 1999⁴⁸⁷ pour la répression du financement du terrorisme. Elle définit finalement le terrorisme en renvoyant aux actes qui constituent une infraction terroriste selon les critères des différents traités et conventions sectorielles qu'elle énumère⁴⁸⁸ mais en renvoyant aussi à *«tout autre acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque»*⁴⁸⁹. La recommandation 1426 du Conseil de l'Europe de 1999 définit quant à elle le terrorisme comme *«tout délit commis par des individus ou des groupes recourant à la violence ou menaçant de l'utiliser contre un pays, contre ses institutions, sa population en général ou des individus concrets, qui, motivé par des inspirations séparatistes, par des conceptions idéologiques, extrémistes, ou par le fanatisme ou inspiré par des mobiles irrationnels et subjectifs, vise à soumettre les pouvoirs publics, certains individus ou groupes de la société ou d'une façon générale l'opinion publique à un climat de terreur»*. Si l'une met donc davantage l'accent sur le contexte d'intimidation et la contrainte exercée sur les autorités, la seconde insiste plutôt sur les motivations de ces groupes qui utilisent la violence pour provoquer un climat de terreur. Aucune ne fait référence à une quelconque nature politique de l'acte alors qu'elle se devine pourtant clairement derrière l'énumération de

⁴⁸⁷ résolution 54/109 de l'AG des NU

⁴⁸⁸ A. Weyembergh, «L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen», dans *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, E. Bribosia et A. Weyembergh, Nemesis - Bruylant Bruxelles, 2002

⁴⁸⁹ Art. 2§1, b) de la Convention

motifs sous-tendant l'acte terroriste dans la définition de la recommandation 1426 (inspirations séparatistes, conceptions idéologiques, extrémistes, fanatiques).

La décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme de 2002 définit quant à elle comme terroristes certains actes énumérés (parmi lesquels les atteintes à la vie et atteintes graves à l'intégrité physique, l'enlèvement ou la prise d'otage, les destructions massives aux infrastructures publiques, la capture d'aéronefs et de navires ou d'autres moyens de transport, la fabrication, possession, acquisition ou transport d'armes diverses et d'explosifs...) qui, par leur nature ou leur contexte, peuvent porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale lorsque l'auteur les commet dans le but de gravement intimider une population ou de contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ou gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économique ou sociales d'un pays ou une organisation internationale⁴⁹⁰. La décision-cadre fait donc du but d'intimidation de la population et de déstabilisation des structures ou pouvoirs publics d'un pays le critère distinctif du terrorisme. Encore une fois, nulle référence n'est faite au caractère politique de l'action qui transparait pourtant de manière évidente.

Par ailleurs, le recours à l'international à des définitions extensives, car vagues, des infractions relève d'une tendance qui est le résultat d'un manque de recul, conduisant, dans l'entreprise d'harmonisation des droits nationaux, à l'alignement sur le droit national le plus répressif⁴⁹¹. On voit bien que ce qui prime c'est la volonté de couvrir le plus de comportements possibles et de lutter ainsi contre l'impunité.

DÉFINITION DU DROIT FRANÇAIS - Nous avons déjà eu l'occasion de le mentionner, l'acte terroriste est, pour le code pénal français, un comportement infractionnel limitativement énuméré et emprunté au droit commun (meurtre, enlèvement, vol, destruction...) commis dans des circonstances particulières. C'est en effet le contexte dans lequel elle est commise qui donne à l'infraction sa qualification terrorisme. L'article 421-1 du code pénal définit donc, *de lege lata*, l'acte terrorisme comme celui qui est commis «intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur». On remarquera que cette définition, en ce qu'elle met l'accent sur le but visé de trouble grave à l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, se rapproche de celle de la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme de 2002. Ici encore, et depuis la création d'un régime spécifique aux infractions terroristes en 1986, aucune référence n'est faite à la nature politique de cette criminalité.

La dépolitisation du terrorisme n'est pas neutre. Si les conventions internationales se perdent en paraphrases évitant une quelconque référence au caractère politique de l'infraction terroriste tout en énumérant des motifs qui le sont par nature, et si le législateur français se contente de faire référence, par une définition quelque peu lacunaire, à la volonté de troubler l'ordre public, c'est

⁴⁹⁰ Art. 1er de la décision-cadre du 13 juin 2002 n°2002/475/JAI

⁴⁹¹ A. Weyembergh, op. cit.

dans l'optique de faciliter la répression. Ces définitions sont l'expression d'un choix de politique répressive.

2/ Un choix répressif

Dénier à la criminalité terroriste sa nature politique est un choix répressif fort. C'est la «première source d'intensification répressive»⁴⁹². L'infraction politique, en effet, dispose d'un statut à part en droit interne et international, à même de constituer un obstacle à une répression efficace. Elle a longtemps été considérée comme plus «noble» que l'infraction de droit commun en raison du mobile en quelque sorte «altruiste» de l'auteur, et a ainsi fait traditionnellement l'objet d'une certaine clémence (amnistie, remises de peines...). On comprend donc que, symboliquement, le législateur ait souhaité exclure l'infraction terroriste du champ de l'infraction politique car à la différence de cette dernière, l'infraction terroriste se caractérise par un «mépris souverain pour la victime humaine» et correspond plutôt à une «exploitation barbare des autres»⁴⁹³.

Par ailleurs, la conséquence principale de la qualification politique de l'infraction est de l'exclure du champ de l'extradition. Cette impossibilité classique d'extrader en cas d'infraction politique est très forte puisque le Conseil d'Etat a considéré, dans un avis du 9 novembre 1995 qu'il s'agissait d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR)⁴⁹⁴. C'est ce qui explique que la Constitution française ait dû être modifiée (avec la création d'un article 88-2)⁴⁹⁵ pour permettre la transposition de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen (qui ne mentionne pas le caractère politique de l'infraction comme motif de refus, même facultatif, du MAE et exclut donc la possibilité de refuser la remise pour ce motif entre Etats membres de l'Union). Cette position a, par la suite, été confirmée et approfondie dans un arrêt Koné du 3 juillet 1996, qui interdit l'extradition lorsqu'elle est demandée dans un but politique (référence aux mobiles politiques de l'Etat requérant)⁴⁹⁶.

La première loi à faire référence à cette interdiction d'extrader pour les infractions politiques est la loi du 10 mars 1927⁴⁹⁷ relative à l'extradition des étrangers. Cette règle est une constante du droit extraditionnel et a été reprise dans presque toutes les conventions bilatérales signées par la France (elle est toutefois aujourd'hui exclue au sein de l'Union européenne). Elle figure également, concernant le droit commun de l'extradition, à l'article 696-4 2° du code de procédure pénale en des

⁴⁹² J. Alix, op. cit., p. 387

⁴⁹³ F. Palazzo, «*Terrorisme et législation anti-terroriste en Italie*», RSC 1987, p. 644, cité par Karine Roudier, «*Le droit constitutionnel et la légalité de l'infraction terroriste*», sur ledroitconstitutionnel.org

⁴⁹⁴ «*sous réserve de l'appréciation du Conseil constitutionnel, [...] qu'en égard à la constance et à l'ancienneté de la règle exprimée par la loi du 10 mars 1927 et par les conventions signées par la France, le principe selon lequel l'Etat doit se réserver le droit de refuser l'extradition pour les infractions qu'il considère comme politiques constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République, ayant à ce titre valeur constitutionnelle en vertu du Préambule de la Constitution de 1946* »

⁴⁹⁵ Révision constitutionnelle effectuée par la loi n°2008-103 du 4 février 2008

⁴⁹⁶ Interdiction appelée «clause française» qui figure aujourd'hui à l'article 627-4 du code de procédure pénale

⁴⁹⁷ L'article 5-2° de la loi du 10 mars 1927 prohibe l'extradition lorsque l'infraction a un caractère politique ou lorsque la demande a un but politique

termes analogues à ceux de la loi de 1927. L'article dispose en effet que «*L'extradition ne sera pas accordée si l'infraction pour laquelle elle est demandée est considérée par la partie requise comme une infraction politique ou comme un fait connexe à une telle infraction*». On comprend donc l'enjeu répressif auquel a semblé être confronté le législateur et le choix qui a été fait, afin de ne pas faire obstacle à la répression, de ne pas assimiler les infractions terroristes aux infractions politiques.

L'arrêt de la chambre criminelle du 12 mars 1969⁴⁹⁸ illustre bien la volonté de la Cour de cassation d'éloigner les infractions terroristes des infractions politiques, en arguant de leur appartenance aux crimes et délits de droit commun. En effet, alors que les prévenus se prévalaient de la nature politique des infractions commises afin de contester l'application de la contrainte par corps prononcée (aujourd'hui contrainte judiciaire), la Cour énonça que «*par leur nature (coups et blessures volontaires, infraction à la législation sur les armes, infraction à un arrêté d'expulsion) et quels qu'en aient été les mobiles, ces infractions constituent des délits de droit commun*». Cette exclusion de la prise en compte des mobiles pour décider du caractère politique ou non de l'infraction marque l'adoption d'une conception objective de l'infraction politique par les juridictions françaises, conception initiée par la Chambre criminelle dans un arrêt du 20 août 1932 *Gorguloff* relative à l'assassinat du président Paul Doumer⁴⁹⁹. La Cour, qui se voyait opposer le moyen selon lequel l'infraction était de nature politique pour contester la peine de mort prononcée à l'encontre de Gorguloff, énonce : «*Attendu qu'il est soutenu que le caractère politique des faits déclarés constants par le jury ressortant à la fois des déclarations de Gorguloff, rapportées dans l'acte d'accusation, et des termes mêmes de la déclaration du jury, la peine de mort n'avait pu être prononcée qu'en violation des articles 5 de la constitution de 1848 et 1er de la loi du 8 juin 1850 ; Mais attendu que l'article 5 de la constitution susvisée ne profite qu'aux crimes exclusivement politiques et non à l'assassinat qui, par sa nature et quels qu'en aient été les mobiles, constitue un crime de droit commun ; Qu'il ne perd point ce caractère par le fait qu'il a été commis sur la personne du Président de la République, l'article 86 du Code pénal, qui, par une survivance du crime de lèse-majesté, prévoyait spécialement les attentats contre la vie ou contre la personne de l'Empereur ou des membres de la famille impériale, se trouvant, par suite de la disparition du régime monarchique, implicitement abrogé*»⁵⁰⁰. Le Conseil d'Etat, lui non plus, ne reconnaît pas le terrorisme comme un acte politique mais comme un «acte d'une particulière gravité», en témoigne l'arrêt *Croissant*, du 7 juillet 1978⁵⁰¹. Ainsi, il ne s'oppose pas à l'extradition des auteurs d'actes de terrorisme (le Conseil d'Etat intervient en effet en fin de chaîne de la procédure d'extradition afin de contrôler le décret d'extradition sur recours pour excès de pouvoir).

⁴⁹⁸ Cass. Crim. 12 mars 1969 n° 68-92.607

⁴⁹⁹ Cass. Crim. 20 août 1932, Bull. Crim. 1932 n° 207

⁵⁰⁰ Voir aussi Cass. Crim. 13 juin 1972

⁵⁰¹ C.E. 7 juillet 1978, *Croissant*, Rec. Lebon, p. 292. Voir aussi C.E. 9 mai 1994, *Bracci*, Rec. Lebon, p. 226

La conception objective de l'infraction politique a donc d'abord été élaborée afin de contourner l'interdiction de prononcer la peine de mort à l'encontre des criminels politiques, puis consacrée en droit extraditionnel afin d'exclure l'application aux terroristes de l'interdiction d'extrader les délinquants politiques. Cette «démarche d'éviction de la solution naturelle»⁵⁰² par le choix de la dépolitisation du terrorisme, afin de faciliter la répression, n'apparaît pas exempte de critiques. Il semble en effet que le gain de répression espéré ne soit pas conséquent, la difficulté pouvant être contournée autrement qu'en niant l'évidence.

B) La dépolitisation du terrorisme, l'expression d'un choix contestable

L'infraction politique ne fait pas l'objet d'une définition légale. La doctrine a proposé deux conceptions de l'infraction terroriste : la conception subjective, qui s'attache au mobile de son auteur et en vertu de laquelle sera considérée comme politique l'infraction de droit commun commise en tout ou partie pour des motifs politiques, et la conception objective, qui s'attache davantage à la matérialité de l'infraction et qui considère comme politique l'infraction qui portera matériellement atteinte à l'existence ou à l'organisation de l'Etat, sans prendre en considération les éventuels mobiles politiques de ses auteurs ⁵⁰³.

Les conventions internationales n'ont pas réellement tranché entre ces deux conceptions, ayant adopté tantôt la conception objective, tantôt la conception subjective⁵⁰⁴. Les plus récentes se contentent, pour les besoins ponctuels de la coopération, d'exclure la possibilité d'assimiler l'infraction terroriste à l'infraction politique (de la même manière, depuis le milieu du 19ème siècle, des conventions ont pris l'habitude de préciser que l'homicide volontaire d'un chef d'Etat ne peut pas être qualifiée d'infraction politique, c'est la «clause belge», concession ponctuelle à la conception objective). Le code de procédure pénale et la loi de 1927 éludent la question. Quant à la jurisprudence française, elle rejoint la conception objective et refuse de considérer comme politiques les infractions lésant un intérêt privé mais commises dans un but politique. L'adoption d'une conception objective de l'infraction politique est certes plus sécurisante que la conception subjective car elle repose sur davantage de certitudes. Toutefois, s'agissant du terrorisme, la négation de sa nature politique nous semble critiquable en ce qu'elle semble être une solution non réaliste, et inopportune.

1/ Un choix irréaliste

Certes, les infractions unanimement considérées comme politiques sont celles ayant pour objet l'organisation et le fonctionnement de l'Etat, comme la trahison et l'espionnage (art. 411-1 et

⁵⁰² J. Alix, *ibid*

⁵⁰³ D. Rebut, *Droit pénal international*, op. cit..

⁵⁰⁴ D. Brach-Thiel, *Extradition, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, sept. 2012 : « l'infraction politique en droit extraditionnel se mêle d'objectivisme et de subjectivisme sans véritable dosage systématique ».

suivants), les fraudes électorales⁵⁰⁵, ou encore les autres faits attentatoires à la sûreté de l'Etat⁵⁰⁶. Ce sont des infractions politiques par nature qui figurent au titre premier du livre IV du code pénal, «Des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation». Concernant les infractions dites «mixtes», infractions de droit commun commises à des fins purement politiques, l'hésitation demeure pour être définitivement écartée par le droit français concernant les infractions terroristes. Pourtant, il nous semble que le terrorisme a également sa place parmi ces infractions terroristes par nature.

Une grande majorité de juristes, pénalistes comme publicistes, sociologues ou encore philosophes définissent le terrorisme tant par rapport aux moyens qu'il utilise (terreur et intimidation) que par référence à son mobile éminemment politique. Rappelons d'ailleurs que pour une majorité d'historiens et de spécialistes des relations internationales⁵⁰⁷, le «terrorisme moderne» est né au 19^{ème} siècle et s'est essentiellement manifesté par plusieurs vagues d'attentats contre des chefs d'États et têtes couronnées (tournant du 19^e-20^e siècle). Le caractère politique de tels meurtres est indéniable et peut notamment être mis en évidence par un raisonnement *a contrario* tant il serait invraisemblable de ranger ceux-ci dans la catégorie des «simples» meurtres de droit commun. Quoi de plus politique en effet que de s'attaquer à ce qui symbolise le pouvoir et l'autorité d'un Etat ? On ne peut nier par ailleurs l'effet d'intimidation en découlant pour une partie de la population et la désorganisation politique et sociale en résultant. En témoignent les assassinats du Tsar Alexandre II, des présidents Carnot et Doumer, ou du président italien Aldo Moro. A cet égard il n'est pas inutile de souligner que l'Histoire considère que c'est un attentat «terroriste», celui de Sarajevo en 1914 contre l'archiduc François Ferdinand, héritier de l'empire Austro-Hongrois, qui est à l'origine de la première guerre mondiale.

Il semble difficile d'ignorer le mobile politique animant le terroriste. Ainsi, pour Raymond Aron *«est considérée comme acte terroriste une action violente entreprise généralement par un individu ou un groupuscule non-étatique, dans un but presque toujours politique, contre des cibles non discriminées, avec des moyens limités, et dont la particularité est de produire un climat de terreur où les effets psychologiques sont hors de proportion avec les résultats physiques qui découlent d'un tel acte »*⁵⁰⁸. Arnaud Blin propose quant à lui la définition suivante : *«un acte terroriste est un acte politique dont le but est de déstabiliser un gouvernement ou un appareil politique, où les effets psychologiques recherchés sont inversement proportionnels aux moyens physiques employés et dont la cible principale, mais non exclusive, est la population civile»*. Pour Christian Tomuschat, ce qui réunit les différents actes de terrorisme par delà leur diversité apparente c'est bien également leur motivation politique. L'acte terroriste s'accompagne toujours d'un message politique au sens large :

⁵⁰⁵ Exemple de jurisprudence reconnaissant le caractère politique de la fraude électorale (pour écarter l'application de la contrainte par corps) : Cass. Crim. 2 oct. 2001, Bull. n°197, commentée par B. Bouloc, «*La notion d'infraction politique*», RSC 2002, p. 319

⁵⁰⁶ D. Brach-Thiel, art. it.

⁵⁰⁷ Arnaud Blin, «*Définitions, questions et réponses sur les formes de terrorisme*», dans le dossier *Terrorisme : histoire, formes et médiatisation*, dossier déc. 2004 de l'Association Thucydide, disponible sur Thucydide.com

⁵⁰⁸ Raymond Aron, *Paix et guerre entre les nations*, Paris, Calmann-Lévy, 1985, 8^{ème} éd.

idéologique, religieux... L'acte terroriste se greffe systématiquement sur une cause. Isabelle Sommier, quant à elle, affirme qu'«*il est clair que le terrorisme relève de la catégorie des violences politiques, sauf si l'on considère les actes d'un individu isolé, réalisés sans motivation politique ou passés inaperçus*»⁵⁰⁹. Le philosophe Jacques Derrida, enfin, estime que «*Si on se réfère aux définitions courantes ou légales du terrorisme, qu'y trouve-t-on ? La référence à un crime contre la vie humaine en violation des lois nationales ou internationales y impliquant à la fois la distinction entre civils et militaires et une finalité politique (influencer ou changer la politique d'un pays en terrorisant sa population civile)*»⁵¹⁰.

Le politique est en effet inhérent à l'acte terroriste. Tous les actes de terrorisme, au-delà de leurs divergences en termes de moyens d'action (meurtre, destruction, détournement de moyen de transport ...) et de revendications (terrorisme «religieux», terrorisme nationaliste ou indépendantiste, anarchiste ou marxiste, communiste ou fasciste ...) ont une chose en commun : un projet politique. C'est sur ce projet politique, réaliste ou non, que vient se greffer une idéologie et la volonté d'influer sur la politique d'une nation par l'usage de l'intimidation ou de la terreur. Le terrorisme islamiste, qui inquiète actuellement, n'échappe pas à la règle puisque s'il apparaît avant tout dans sa dimension religieuse, derrière celle-ci se déploie une idéologie plus large et un projet de société (les réseaux terroristes prônent notamment l'islam comme mode de gouvernement et le respect par les Etats des règles de la Charia). Pour Arnaud Blin d'ailleurs, le terrorisme d'inspiration religieuse est à rapprocher du terrorisme nationaliste par le fort sentiment d'identification à un groupe qu'il crée et qui lui donne sa «légitimité». En tout état de cause, le terrorisme poursuit toujours un objectif de désorganisation sociale, qui revêt un aspect très politique, au soutien d'une projet lui-même politique. Harold L. Nieburg, spécialiste américain des sciences politiques, définit bien la violence politique comme «*l'ensemble des actes de désorganisation, destruction, blessures dont l'objet, le choix des cibles ou des victimes, les circonstances, l'exécution et/ou les effets acquièrent une signification politique, c'est à dire tendent à modifier le comportement d'autrui dans une situation de marchandage qui a des conséquences sur le système social*»⁵¹¹. Le droit pénal se veut, à l'inverse d'autres branches du droit, une discipline réaliste et il écarte à ce titre certaines fictions du droit civil tout en s'attachant à restituer aux choses leur juste qualification. La cohérence de cette démarche vient donc achopper sur la définition du terrorisme. Cet attachement au réalisme du droit pénal aurait dû le conduire à ne pas nier, pour des considérations opportunistes qui ont certes leur intérêt, le caractère politique inhérent aux actes de terrorisme.

Par ailleurs, le terrorisme est non seulement politique dans les ambitions qu'il porte mais également dans ses conséquences, dans son résultat. C'est en cela qu'il nous apparaît également inopportun de l'écarter complètement de la conception objective de l'infraction politique. Si l'infraction terroriste par excellence est celle relevant de la catégorie des atteintes à la sûreté de l'Etat, aujourd'hui

⁵⁰⁹ Isabelle Sommier, *Le terrorisme*, Paris, Flammarion, 2000, p.102, cité par J. Alix., op. cit.

⁵¹⁰ «*Qu'est-ce que le terrorisme internationale*», *Le Monde diplomatique*, février 2004.

⁵¹¹ H.L. Nieburg, *Political Violence. The Behavioral Process*, New York, St Martin's Press, 1969, p.13, cité par P. Braud, *Violences politiques*, Paris, Seuil, 2004, p. 14, cité par J. Alix, thèse op. cit. p. 32

«atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation» (titre I du livre IV du code pénal), parmi lesquelles l'espionnage, le sabotage ou encore le mouvement insurrectionnel, on notera une proximité très forte de ces infractions avec les infractions terroristes. Les unes comme les autres protègent l'Etat dans la sûreté de son territoire comme dans son autorité. S'il est vrai que toute infraction cause par nature un préjudice à la société dans son ensemble, donc à l'Etat, on a vu que le terrorisme était considéré au premier chef comme une atteinte à la nation, à l'Etat et à la paix publique. L'acte de terrorisme, comme le complot (art. 412-1) ou le mouvement insurrectionnel (art. 421-3) a pour conséquence de mettre en péril l'Etat qu'il veut déstabiliser, de l'affaiblir en le désorganisant et en l'exposant. En cela, le terrorisme nous semble pouvoir relever de la conception objective de l'infraction terroriste. On soulignera d'ailleurs le parallèle qui peut être fait avec l'attentat⁵¹² (art. 412-1, «*constitue un attentat le fait de commettre un ou plusieurs actes de violence de nature à mettre en péril les institutions de la République ou à porter atteinte à l'intégrité du territoire*»). L'on ne sait avec certitude si l'attentat est ou non considéré comme une infraction politique, mais on devine qu'en figurant dans le chapitre des «autres atteintes aux institutions de la république ou à l'intégrité du territoire national» il devrait pouvoir intégrer cette qualification. Par la similitude qu'il présente avec certaines incriminations terroristes, il nous apparaît incohérent de fermer la porte de la qualification d'infraction politique à toute incrimination terroriste. De plus, il n'était pas nécessaire de procéder à cette dépolitisation du terrorisme pour assurer la répression.

2/ Un choix à l'opportunité discutable

ABSENCE DE NÉCESSITÉ - Fonder le rejet de la qualification politique naturelle du terrorisme sur des considérations de politique répressive est d'autant plus regrettable qu'un régime adouci ne lui était pas obligatoirement consubstantiel.

En effet, l'absence de consensus sur la nature de l'infraction terroriste en droit international, et son rejet du champ de l'infraction politique en droit français, n'empêche nullement les divers instruments internationaux de s'accorder sur des dispositions spécifiques et dérogoires à certains types de criminalité. C'est le cas notamment au sein de l'Union Européenne, où les crimes et délits les plus graves, et notamment les actes de terrorisme, ne font pas l'objet d'un contrôle de la double incrimination. Les conventions internationales les plus récentes de prévoient d'ailleurs expressément que l'extradition ne pourra pas être refusée au motif que l'infraction est de nature politique (comme l'illustre la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen ou encore la convention franco-irlandaise d'extradition par exemple), ou que l'infraction terroriste ne pourra, pour les besoins de la convention, être considérée comme une infraction politique (en témoigne la convention européenne pour la répression du terrorisme), une infraction connexe à une infraction politique, ou inspirée de motifs politiques. La convention européenne offre même, plus largement, la faculté de dénier la qualité politique à tout acte de violence grave contre les personnes ou tout

⁵¹² L'attentat était d'ailleurs conçu, en 1810 comme une incrimination de protection de l'Empereur et sa famille (ancien article 86 du code pénal) - A. Collet, *Complot, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* (juil. 2001) - On soulignera que la Cour de cassation a écarté l'application de ce même article, considéré comme implicitement abrogé, dans l'affaire de l'assassinat du Président Doumer afin de contrer l'argument tiré de la nature politique du meurtre, ce qui nous laisse penser que la qualification d' «attentat» est historiquement considérée comme politique.

acte grave contre les biens lorsqu'il crée un danger collectif pour les personnes⁵¹³. Ces prévisions rendent inutile le négation du caractère politique des infractions terroristes.

Les juridictions n'avaient par ailleurs pas hésité à poser une limite à la qualification d'infraction politique résultat de la gravité de l'infraction commise. C'est ainsi que le Conseil d'Etat, dans l'arrêt *Croissant*⁵¹⁴, a, sur le fondement de «l'extrême gravité» des infractions, refusé la qualification d'infraction politique. Il a semblé vouloir fixer un seuil au delà duquel une infraction ne peut plus être qualifiée d'infraction politique et ne peut pas faire échapper son auteur à l'extradition⁵¹⁵. Le Conseil d'Etat a pu être inspiré par la *convention européenne sur la prévention et la répression du terrorisme du 27 janvier 1977* qui stipule que certaines infractions énumérées de grande violence ne peuvent en aucun cas être considérées comme des infractions politiques dans le cadre d'une extradition. Par ailleurs, cette jurisprudence permettait également d'appréhender les actes connexes et de leur dénier la qualification politique puisque les infractions reprochées au Sieur Croissant consistaient en une aide apportée aux détenus dont il était l'avocat. Il est à préciser que cette décision n'est pas isolée⁵¹⁶. Il existait donc d'autres moyens de contourner l'obstacle à la répression que pouvait constituer la nature politique du terrorisme.

PERTE RÉPRESSIVE - Comme le démontre Julie Alix⁵¹⁷, la dépolitisation des infractions terroristes mène à une certaine «sous-efficacité instrumentale» mettant en lumière les limites répressives de la qualification terroriste par l'inexploitation de certaines incriminations potentiellement utiles à la lutte contre le terrorisme. Le potentiel de la catégorie d'incriminations terroristes est limité par certaines qualifications inaccessibles et notamment la fermeture du champ des infractions politiques, qui révèle la limite de la répression ciblée du terrorisme.

Le législateur avait, en 1986, éloigné le terrorisme des infractions liées à la sûreté de l'Etat. Il avait pourtant par la suite tenté de remédier aux inconvénients d'une séparation trop stricte - reconnaissant ainsi la proximité criminologique des comportements en cause - en prévoyant l'applicabilité du régime anti-terroriste procédural aux atteintes à la sûreté de l'Etat⁵¹⁸. Mais cette initiative a été stoppée par le Conseil Constitutionnel qui a invalidé la loi⁵¹⁹, conduisant le législateur à renoncer définitivement à de tels rapprochements. Pourtant, les raisons qui avaient motivé le législateur de 1986 semblaient cohérentes et pourraient toujours servir de justification à un tel rapprochement aujourd'hui : «*l'extension du dispositif aux atteintes à la sûreté de l'Etat est logique puisqu'un certain nombre de crimes et délits contre la sûreté de l'Etat entrent précisément*

⁵¹³ J. Alix, op. cit.

⁵¹⁴ CE Ass. 7 juillet 1978, *Croissant*, rec. Lebon, p.292

⁵¹⁵ D. Rebut, *droit pénal international*, op. cit.

⁵¹⁶ Voir CE Ass. 26 sept. 1984 Lujambio Galdeano, JCP 1985 ; CE Ass. 14 déc. 1987 Dalloz 1988 ; Douai 29 nov. 1983 JCP 1985, déniaient tout caractère politique à des faits dont l'objet tendait à détruire l'ordre démocratique et bouleverser l'ordre économique et social.

⁵¹⁷ J. Alix, op. cit.

⁵¹⁸ Art 1 du projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat, Assemblée nationale, 1985, 1986, n°155, cité par J. Alix op. cit.

⁵¹⁹ Décision n°86-213 DC du 3 septembre 1986

dans le cadre d'agissements à caractère terroriste. Ainsi l'article 93 du code pénal punit de la détention criminelle à perpétuité ceux qui auront commis un attentat 'dont le but aura été de porter le massacre ou la dévastation dans une ou plusieurs communes', tandis que l'article 94 vise les complots formés en vue de réaliser de tels attentats»⁵²⁰. La possibilité d'un rapprochement entre infractions terroristes et atteintes à la sûreté de l'Etat, qui passe par la reconnaissance du caractère politique des premières, permettrait une certaine continuité dans la répression et des enrichissements réciproques des deux régimes répressifs.

Le même regret est formulé par l'auteur concernant les crimes contre l'humanité qui, alors qu'ils constituent avec le terrorisme les crimes les plus graves (en témoignent leurs régimes particuliers) ayant une vocation internationale naturelle, ne connaissent tous deux juridiquement aucune intersection (alors que rien ne semble s'opposer à l'analyse de certains actes terroristes comme des crimes contre l'humanité⁵²¹ et à ce qu'un crime contre l'humanité puisse être commis dans un contexte terroriste et recevoir les deux qualifications). Ici réside une autre source d'affaiblissement de la répression car un rapprochement aurait permis d'établir des ponts entre les deux régimes répressifs. Les actes de terrorisme prenant l'apparence d'un crime contre l'humanité, notamment, auraient ainsi pu relever de la compétence de la cour pénale internationale, institution incontournable lorsqu'il s'agit de lutter contre les plus graves crimes internationaux, et, surtout, de l'imprescriptibilité propre aux crimes contre l'humanité. Un obstacle au rapprochement des deux régimes réside toutefois dans l'intention discriminatoire exigée spécifiquement concernant les persécutions mais imprégnant l'esprit des crimes contre l'humanité en général⁵²². Dans la criminalité terroriste au contraire, les victimes ne sont pas véritablement choisies «pour ce qu'elles sont» mais frappées au hasard, de manière indiscriminée. On soulignera que la création du tribunal spécial pour le Liban semble constituer une première étape vers une compétence des juridictions pénales internationales en matière de terrorisme. Institué par un accord entre l'ONU et le Liban, par application de la résolution 1664 du 29 mars 2006, le TSL est compétent pour juger «les personnes responsables de l'attentat du 14 février 2005 qui a entraîné la mort de l'ancien Premier ministre libanais Rafic Hariri et vingt-et-une autres personnes», compétence étendue à «d'autres attentats terroristes survenus au Liban entre le 1er octobre 2004 et le 12 décembre 2005» si un lien de connexité est établi et s'ils sont «de nature et de gravité similaires»⁵²³. Il s'agit toutefois, pour l'instant, d'une compétence d'attribution par décision spéciale de l'ONU, dans une hypothèse bien spécifique et dans un cadre très restreint qui ne fait pas du terrorisme un crime international au même titre que les crimes contre l'humanité.

⁵²⁰ J. Limouzy, rapport sur le projet de loi (n°155) relatif à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat, assemblée nationale, 1985-1986, n°155.

⁵²¹ M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit*, I, *Le relatif et l'universel*, Paris, Editions du Seuil, 2004, p.289

⁵²² M. Massé, «La criminalité terroriste», RSC 2012, p.89

⁵²³ Article 1er du Statut du tribunal spécial pour le Liban

Cette négation du caractère politique de l'infraction terroriste conduisait déjà, en 1992, André Vitu à s'interroger sur un éventuel abandon du concept d'infraction politique⁵²⁴. Madame Koering-Joulin soulignait elle aussi la «disparition de la violence politique» mais dans le cadre du droit judiciaire de l'extradition⁵²⁵. Nous considérons, comme elle, qu'il aurait été moins hypocrite de conserver à la violence terroriste son caractère politique tout en établissant une exception au principe de non-extradition des auteurs d'infractions politiques, ce qui n'était pas inconcevable. Il eût en effet été « plus franc de dire que certaines infractions politiques ne sont pas inconciliables avec l'extradition (...) (car) il est insensé de prétendre que violence et délit politique ne peuvent aller de pair »⁵²⁶.

La négation de l'aspect politique du terrorisme contribue également à inciter la communauté internationale à ignorer la question délicate du terrorisme d'Etat qui reste peu abordée tant par la doctrine que par les instruments nationaux et internationaux de lutte contre le terrorisme. Pourtant, comme le rappelle Michel Massé, le terrorisme international ne peut guère prospérer sans le financement ou le soutien d'Etats commanditaires ou, à tout le moins, tolérants voire bienveillants à son égard⁵²⁷.

Les imprécisions de la définition du terrorisme ont pu susciter d'autres critiques relatives aux incertitudes qu'elle engendre. Le flou volontairement entretenu par le législateur, afin de permettre une large application de la qualification a, en effet, permis un risque de confusion avec des situations pouvant être considérées comme proches du terrorisme.

§2 - L'imprécision problématique, le risque de confusion

L'imprécision de l'ancien article 706-16 avait déjà interrogé la doctrine quant à son champ d'application. Pour Jean Pradel⁵²⁸, eu égard au contexte général du projet et à l'allusion à la défense de la démocratie dans l'exposé des motifs, le régime dérogatoire devait être réservé aux terroristes et ne pas s'appliquer au malfaiteur ordinaire. Pour Jacques-Henri Robert, au contraire, il était susceptible d'attirer des situations non strictement terroristes car le «mobile visé par la loi inclut la lutte politique mais la dépasse». Il prend l'exemple du «savant fou» qui menacerait de faire exploser une bombe atomique ou d'empoisonner l'eau et l'air pour obtenir une rançon⁵²⁹. Les mêmes interrogations ont été émises à l'encontre de la décision-cadre relative à la lutte contre le terroriste de 2002, divers organismes de défense des libertés publiques ayant dénoncé le risque de voir les incriminations nouvelles s'appliquer à de très nombreuses formes de contestation de l'ordre établi, et en particulier à des comportements relevant davantage de la désobéissance civile ou des

⁵²⁴ A. Vitu, «*Le meurtre politique en droit international et extraditionnel*», dans *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, éd. Gazette du Palais, Litec, Paris 1992

⁵²⁵ Koering-Joulin, *Infraction politique et violence*, JCP 1982. I. 3066, nos 2 s.

⁵²⁶ W. Jeandidier, *Droit pénal général*, 1991, Précis Domas Montchrétien no 173.

⁵²⁷ M. Massé, «*La criminalité terroriste*», art. cit.

⁵²⁸ J. Pradel, « Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal », D. 1987. chron. 39.

⁵²⁹ Cité par J. Alix, op. cit.

moyens de lutte syndicale ou citoyenne. Le Conseil avait finalement resserré les définitions retenues par rapport à la proposition initiale de la Commission, mais les infractions visées restent définies en des termes toujours imprécis et subjectifs, ce qui n'exclut pas tout risque de dérive.

Deux confusions en particulier ont inquiété la doctrine : l'assimilation des mouvements sociaux violents au terrorisme, et la qualification de terroristes des mouvements de résistance. Si ces deux confusions ne sont plus entretenues par le droit positif français, essentiellement grâce aux clarifications jurisprudentielles, il demeure que certaines hypothèses judiciaires, comme celle de l'appréhension par les juridictions françaises des «djihadistes français en Syrie», sont à même de soulever quelques hésitations.

TERRORISME ET MOUVEMENTS SOCIAUX VIOLENTS - Concernant la définition du terrorisme à l'échelle européenne, c'est principalement la crainte que des contours trop flous de la définition du terrorisme ne laissent la porte ouverte à l'application de cette qualification à des mouvements syndicaux, écologistes ou encore altermondialistes⁵³⁰ qui a inquiété la doctrine. Il aurait en effet semblé disproportionné et inquiétant, dans un régime démocratique, que de telles organisations sociales contestataires du pouvoir en place ne puissent exercer librement leur liberté d'opinion, d'expression, de réunion, d'association, et de manifestation, nécessaire contre-pouvoir dans un régime démocratique, sans être qualifiées de terroristes, quand bien même certaines dérives (manifestations violentes tournant à l'émeute, «séquestrations de patrons», actes de dégradations) seraient à décrier et à réprimer le cas échéant par des qualifications pénales appropriées, sans entraîner ni l'application du régime procédural propre au terrorisme, ni l'aggravation très sensible des peines accompagnant une telle qualification.

La crainte d'une telle confusion entre terrorisme et mouvements sociaux dégénérant en des actes de violence découle principalement du but politique commun au terrorisme et à de tels mouvements sociaux, de l'utilisation qui peut être faite de la violence pour commettre des atteintes aux personnes ou aux biens (constitutives d'infractions de droit commun susceptibles de recevoir, le cas échéant, une qualification terroriste) ainsi que de leur caractère principalement collectif. Mais, outre le fait qu'il est tout de même exagéré de parler de «terreur» et d'«intimidation» concernant les mouvements sociaux dégénérant en des actes de violences (quoique l'on puisse regretter le flou entretenu par de telles notions), la référence à l'«entreprise individuelle ou collective» dans la définition du terrorisme de l'article 421-1, telle qu'interprétée par la jurisprudence, permet d'écarter le risque d'une telle assimilation. Cette notion d'«entreprise» suppose en effet, comme l'a clarifié la jurisprudence, un projet terroriste élaboré préalablement, rejoignant une certaine préméditation⁵³¹.

⁵³⁰ Communiqué de la Ligue des droits de l'Homme du 24 décembre 2001 «Refuser au terrorisme une seconde victoire», cité par A. Weyembergh, op. cit.

⁵³¹ J-P. Marguénaud, art. cit.

TERRORISTE ET «COMBATTANT DE LA LIBERTÉ» - L'une des difficultés rencontrées dans le cadre de la lutte anti-terroriste à l'étranger est qu'elle sert parfois d'alibi au pouvoir en place pour lutter contre toute velléité de libéralisation de la population. Rappelons que Staline s'en prenait d'abord à ceux qu'il qualifiait de «terroristes» (tels les anarchistes)⁵³². Récemment encore, le président Ukrainien par intérim, Olexandre Tourtchinov, annonçait la prise de mesures pour «contenir le terrorisme» dans l'Est du pays, dans le contexte politiquement très instable que nous connaissons⁵³³. Comme le fait remarquer Xavier Crettiez, pour beaucoup le «terroriste» est avant tout celui à qui l'on s'oppose, à qui l'on dénie toute légitimité. La qualification de «terroriste» est alors un mode de dénonciation, de stigmatisation de l'un des acteurs d'un conflit⁵³⁴. L'imprécision de la définition du terrorisme, son adaptabilité et son caractère extensif, la rend apte à être utilisée au soutien de différentes causes et de partis opposés. Mais il convient que l'«arme» du droit ne soit pas détournée de manière illégitime et démagogique, et que l'incrimination terrorisme ne soit pas l'arme du plus fort contre le plus faible. Quant à la France, lors de l'adoption de la loi de 1986, certains députés et sénateurs avaient fait mention de leur inquiétude que les résistants français des première et deuxième guerres mondiales ne soient assimilés à des terroristes. Le risque de confusion tient au fait que le résistant, comme le terroriste, utilise des modes d'actions violents se manifestant par des atteintes aux personnes (meurtres) et aux biens (destructions) afin de soutenir une cause politique.

Si la définition lacunaire du terrorisme retenue par le code pénal français n'écarte pas explicitement toute possibilité d'assimilation, une différence essentielle existe pourtant bien entre le résistant et le terroriste. Cette distinction est d'ailleurs claire pour Albert Camus, pour qui l'emploi de moyens terroristes ne peut que décrédibiliser la cause qu'ils servent, à supposer même qu'elle eut été juste⁵³⁵. La différence fondamentale entre ces deux formes de violences politiques tient avant tout à leur cible directe : alors que le «combattant de la liberté», le résistant, ne s'attaque qu'aux militaires, qu'aux combattants du camp adverse, le terroriste, lui, cible également - et même surtout, afin d'attirer l'attention des médias - la population civile et «innocente». Cela explique que la qualification de «terroristes» reste attachée aux anciens membres du FLN, bien que la cause qu'ils soutenaient soit aujourd'hui unanimement considérée comme légitime. Il eut pu être opportun à cet égard que l'article 421-1 fasse mention du caractère civil de la cible directe des actes de terrorisme. Jacques Sémelin⁵³⁶ propose également d'autres critères de distinctions parmi lesquels le rapport à la population locale et le soutien, contraint ou spontané, qu'elle apporte à l'organisation en cause (un mouvement de résistance étant l'expression d'une volonté collective et populaire d'où il tire sa légitimité, contrairement à l'organisation terroriste qui est très minoritaire et déconnectée des

⁵³² Arnaud Blin, «Définitions, questions et réponses sur les formes de terrorisme»

⁵³³ «Ukraine : Kiev prend des mesures pour contenir 'le terrorisme' dans l'Est», Les Echos, 30/04/2014

⁵³⁴ X. Crettiez, *Le terrorisme : violence et politique*, p.5

⁵³⁵ A. Camus, pièce *Les Justes*, 1949

⁵³⁶ J. Sémelin, *Face au totalitarisme, la résistance civile*, André Versailles éditeur, 2011

attentes populaires, procédant ainsi à un «ralliement forcé» à sa cause) ou encore le caractère discriminé et aléatoire des cibles des attentats terroristes (qui frappent au hasard, alors que la résistance procède par des actions ciblées). Maurice Duverger avance également un dernier critère, plus subjectif cette fois : la nature du régime dans lequel les actes criminels se manifestent. Pour l'auteur «il y a résistance quand la violence est exercée contre un régime fondé sur elle (...) Il y a terrorisme quand la violence est dirigées contre un régime démocratique où les citoyens ont les moyens de résister paisiblement»⁵³⁷. Toutefois ces distinctions ne présentent pas de caractère absolu et parfois la distinction peut s'avérer extrêmement fine (exemple du «printemps arabe») faisant alors dépendre malheureusement la qualification ou non de terroriste de la suite des événements...

La définition française du terrorisme, en ne définissant le terrorisme que par rapport à la relation de l'acte à «une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur» ne nous place pas totalement à l'abri d'une telle confusion. Certains instruments internationaux, telle la résolution 3166 du 14 décembre 1973 de l'assemblée générale des Nations-Unies, ont toutefois adopté une sorte de clause de sauvegarde prévoyant que les dispositions réprimant les actes de terrorisme «*ne pourront en aucun cas porter préjudice à l'exercice du droit légitime à l'autodétermination et à l'indépendance, conformément aux principes et aux buts de la charte des Nations unies (...) par les peuples luttant contre le colonialisme, la domination étrangère, l'occupation étrangère, la discrimination raciale et l'apartheid*».

TERRORISTE ET COMBATTANT À UN «CONFLIT ARMÉ» - Le terrorisme ne constitue pas un Etat de guerre mais il peut constituer un aspect d'un conflit armé, international ou non. Le terrorisme partage avec l'Etat de guerre l'utilisation de la violence armée, mais pas la qualité des combattants, à laquelle s'attachent des conséquences spécifiques en terme de répression⁵³⁸ et d'application du droit international humanitaire. Comment appréhender alors ces actes «terroristes» commis pendant un état de conflit ? Cette problématique nous semble se poser avec acuité concernant les «djihadistes français en Syrie» puisque, par l'extension de compétence de l'article 113-13, les juridictions françaises sont compétentes pour connaître des actes commis en territoire Syrien par ces derniers. La plupart de ces «djihadistes français» partis combattre le régime de Bachar Al-Assad, sont, à leur retour en France, mis en examen sous la qualification de participation à une association de malfaiteurs en vue de commettre des actes de terrorisme. Deux questions se posent alors : celle de la légitimité de l'application du droit français et de la justesse de la qualification retenue et celle de l'application du droit international humanitaire en lieu et place du droit commun applicable en temps de paix.

Concernant la question de l'application du droit international humanitaire, on rappellera que l'objet de cette composante du *jus in bello*, droit du temps de la guerre - ou du moins de la

⁵³⁷ M. Duverger, « Ce que prévoit la Constitution », in *Le Monde*, 18 oct. 1984., cité par T. Renoux, art. cit.

⁵³⁸ D. Cumin, « *Tentative de définition du terrorisme à partir du jus in bello* », RSC 2004, p.11

situation de «conflit armé» - est de protéger la population civile, ceux qui ne participent pas aux hostilités, pour limiter la violence à leur égard. Ses exigences figurent dans les Conventions de Genève de 1949 et leurs protocoles additionnels de 1977, ainsi que dans le règlement de La Haye de 1907. Ces instruments internationaux sont applicables à tout conflit armé inter étatique mais également à certains conflits armés non-internationaux. Si l'acte constitutif d'un acte de terrorisme est commis lors d'un conflit armé, il perd cette première qualification et s'analyse en une infraction au *jus in bello* pour être soumis à un régime particulier, celui du crime de guerre. Le droit international humanitaire prohibe en effet les actes qui pourraient être qualifiés de terroristes. Mais il existe des actes de violence notamment aux personnes (meurtre) qui, s'ils sont prohibés *durante paci*, sont permis sous certaines conditions (respect du droit international humanitaire) *durante bello*. C'est d'ailleurs la commission d'actes susceptibles d'être qualifiés de terroristes en temps de paix (actes indiscriminés touchant la population civile) qui marque la ligne de démarcation entre le combattant régulier ou irrégulier légal et le combattant irrégulier illégal. Il importe donc de savoir, avant de qualifier un acte de terroriste, de savoir s'il a été commis dans un contexte de «guerre». Or, relèvent du conflit armé non-international, selon l'article 1-1 du Protocole 2 du 8 juin 1977 à la Convention du Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non-internationaux, les conflits se déroulant sur le territoire d'un Etat, entre ses forces armées et des groupes armés dissidents «qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues». Il est permis d'hésiter concernant la situation Syrienne, les opposants au régime de Bachar Al-Assad étant disséminés en une multitude de groupe sans, semble-t-il, obéir à un commandement unique. Ils sont à ce titre qualifiés de «rebelles». Pour autant, ils répondent à la condition fondamentale de «porter distinctement les armes» afin d'être qualifiés de combattants, mêmes irréguliers, ce qui semble les distinguer des terroristes qui recherchent avant tout la clandestinité⁵³⁹. En tout état de cause, le Conseil de Sécurité des Nations-Unies (CNSU) a toujours la possibilité de reconnaître aux rebelles le statut de «belligérants» . Dans ce cas, les combattants encourent bien des poursuites pénales mais leurs infractions pourront être considérées comme politiques, d'après David Cumin⁵⁴⁰. La situation Syrienne est délicate à appréhender mais ces quelques développements nous donnent une première idée des difficultés que soulève la définition du terrorisme quant à son champ d'application hors des frontières françaises. C'est pourquoi Marco Sassòli suggère de définir la notion de terrorisme en temps de paix par analogie avec ce qui est interdit par le droit humanitaire en temps de guerre, comme tout acte ayant lieu en temps de paix et qui violerait le droit humanitaire s'il était commis en temps de guerre ⁵⁴¹.

⁵³⁹ M. Voelckel, *Guerre, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, janvier 2007

⁵⁴⁰ D. Cumin, art. cit.

⁵⁴¹ M. Sassòli, «*La définition du terrorisme et le droit international humanitaire*»

Se pose enfin la question de la qualification utilisée pour poursuivre les «djihadistes français» en Syrie, tout aussi délicate. La mise en examen, ou du moins l'enquête préliminaire déclenchée concernant ces personnes est tout à fait utile à la sécurité publique puisque certains d'entre eux, il est vrai, reviennent en France avec l'attirail complet du «parfait terroriste». Mais il demeure une hésitation quant à la qualification de participation à une association de terroristes qui suppose la démonstration d'un élément intentionnel particulier. Le mobile premier de ces «djihadistes» ne semble pas terroriste mais strictement politique, et réside en la prise de position, certes active et armée, à un conflit extra-territorial auquel la France n'est pas partie. L'article 421-2-1 est certes interprété comme exigeant l'intention terroriste de la part du groupement lui-même, ce qui ne pose pas question s'agissant de Jabhat al-Nosra (branche locale d'Al-Qaida) ou de l'EIL (que beaucoup de ces «djihadistes français rejoignent une fois arrivés sur place et où ils sont entretenus, entraînés et formés), mais elle suppose également que l'agent ait eu la pleine conscience du but terroriste poursuivi par l'organisation en question (qui ne peut toujours être déduite de la qualification habituelle de «terroriste» attribuée à ces organisations, du moins la présomption doit-elle être réfragable). Or, il n'est pas insensé d'imaginer que certains de ces français partis combattre en Syrie, par hypothèse personnalités influençables, n'aient pris la pleine mesure de l'implication terroriste des organisations qu'ils finissaient par rejoindre une fois arrivés sur place. On peut donc se demander si la qualification de participation à une activité de mercenaire (art. 436-1) n'aurait pas été plus adaptée, à condition que l'«avantage personnel» dont fait état l'article 436-1 1° puisse englober un avantage d'ordre strictement moral.

La définition du terrorisme n'est pas le seul élément de son régime pénal à poser problème, certaines imperfections rédactionnelles pouvant également être regrettées.

SECTION 2 : DES IMPERFECTIONS RÉDACTIONNELLES

Les réponses juridiques au terrorisme se sont constituées par à-coups, en réponse à des événements terroristes tragiques révélant les «carences», réelles ou imaginaires, de la législation en la matière. Ces réponses intervenant généralement immédiatement après la médiatisation du drame, sont marquées par l'urgence et l'émotion, ce qui n'est pas sans incidence sur leur qualité rédactionnelle. Le mouvement d'élargissement du champ de la répression est constant, sans être toujours respectueux ni des grands principes du droit pénal, ni des droits fondamentaux, ni de la cohérence et de l'agencement des diverses mesures adoptées. Force est de constater qu'accroissement quantitatif des textes relatifs au terrorisme ne rime pas toujours avec accroissement qualitatif de ces derniers. Imprécisions, redondances, doublons législatifs sont ainsi à regretter. Outre l'interrogation qui en découle quant au respect du principe de légalité, ces imperfections viennent également altérer la

cohérence d'ensemble du dispositif. Bien que, selon la doctrine, la matière ne soit «pas entachée de vices majeurs»⁵⁴², il convient toutefois de faire état de ses imperfections.

§1 - Le principe de légalité menacé

Nullum crimen, nulla poena, sine lege. Parce qu'elle est l'expression de la volonté générale⁵⁴³, seule la loi bénéficie de la légitimité suffisante permettant d'incriminer des comportements (à l'exception des simples contraventions) et d'en déterminer les peines applicables, quel que soit le type de criminalité concerné. Cette suprématie de la loi, d'inspiration *rousseauiste*, n'est toutefois pas sans limite et trouve une contrainte obligée dans le respect des principes fondamentaux du droit pénal, là encore quel que soit le degré de gravité des comportements qu'elle visé à réprimer.

Deux de ces principes, pour l'essentiel, peuvent se trouver heurtés par la législation anti-terroriste française : le principe de légalité, porteur d'un enjeu de connaissance du droit, tant par son antériorité à la sanction que par sa clarté et sa précision suffisante, et son corolaire le principe de nécessité, qui vise à un imposer au législateur un recours modéré au droit pénal.

A) L'imprécision et le principe de légalité criminelle

S'agissant du terrorisme, l'imprécision est partout. Imprécision souhaitée et assumée afin de ne pas entraver la répression, c'est principalement le juge qui, au gré des espèces a été amené à préciser certaines notions. L'imprécision se retrouve de manière générale, aux articles 421-1 et 421-2, s'agissant des composantes de la circonstance terroriste. Elle se retrouve par ailleurs de manière spécifique à travers certaines incriminations particulières. Illustration sera donnée par le renvoi effectué par l'article 421-1 à l'extorsion.

1/ L'imprécision générale de la circonstance terroriste

Le principe de légalité, qui a valeur tant constitutionnelle (il est inscrit à l'article 111-3 du code pénal mais aussi à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen⁵⁴⁴) que conventionnelle (il figure à l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme ainsi qu'à l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques), a été conçu comme un moyen de protéger les libertés contre le pouvoir répressif en stabilisant la répression sur une réaction prévisible par une incrimination précise et intangible. Il fait obligation au législateur de définir les incriminations en des termes «suffisamment clairs et précis»⁵⁴⁵ afin de

⁵⁴² Y. Mayaud, «*La politique d'incrimination du terrorisme à la lumière de la législation récente*», art. cit.

⁵⁴³ Art. 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789

⁵⁴⁴ Art 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : «*la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée*».

⁵⁴⁵ Conseil Constitutionnel 20 janvier 1981 (n°80-127DC), cité par Yves Mayaud, *Droit pénal général*, p.c., p.29

donner au prévenu de «connaître exactement la nature et la cause de l'accusation portée contre lui»⁵⁴⁶. D'après l'interprétation qu'en donne la Cour européenne des droits de l'homme, le principe est satisfait dès lors qu'un individu peut savoir, à partir du libellé de l'infraction, et au besoin à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité⁵⁴⁷. Le Conseil Constitutionnel a d'ailleurs fait de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi un «objectif à valeur constitutionnelle»⁵⁴⁸. Les définitions internationales comme la définition donnée par le code pénal semblent pourtant d'une précision très approximative et apparaissent à cet égard comme peu respectueuses du principe de légalité, malgré la validation du texte français par le Conseil Constitutionnel.

Outre l'imprécision - que nous avons déjà mentionnée - des termes «entreprise» et «relation» non définis par le législateur, et dont la grille d'analyse a été créée de manière prétorienne par les juges du fond (la cour de cassation se contentant de valider leur raisonnement quant à l'interprétation des faits), d'autres approximations sont également à regretter.

Ainsi, la référence à la terreur ou à l'intimidation comme critère de définition du terrorisme, lui donne une dimension éminemment subjective puisque sera terrorisant ce que les populations considéreront comme tel. Déjà en 1990, Jean-Pierre Marguénaud⁵⁴⁹ craignait à cet égard l'influence des médias - ou du gouvernement - sur la qualification de terrorisme à donner à tel ou tel acte, par une instrumentalisation la terreur, ou du moins une intervention faussée, conduisant à une «pré-qualification médiatique». L'emploi de la terreur et de l'intimidation ne saurait par ailleurs constituer un critère suffisant à la qualification terroriste tant l'on sait que ce procédé est commun à d'autres types de criminalité et notamment utilisé par les organisations criminelles de type mafieuses (même s'il est vrai que la France est moins confrontée à cette problématique que sa voisine l'Italie). A cet égard, une référence à la nature politique de l'infraction terroriste aurait pu être utile. On a ainsi pu reprocher à cette définition française de constituer davantage une labellisation stigmatisante qu'une véritable définition, servant «plus la dénonciation que la compréhension»⁵⁵⁰. Les sénateurs ayant déféré la loi de 1986 au Conseil Constitutionnel ont également fait valoir que ce critère - alors présent dans l'ancien article 706-16 du code de procédure pénale - par sa subjectivité, affaiblissait la fiabilité de la qualification. Les «sages» ont pourtant rejeté ces arguments, estimant la définition française suffisamment satisfaisante au regard du principe de légalité⁵⁵¹. Il est vrai que, comme le soulignait M. Chalandon⁵⁵², toute référence à un élément subjectif de définition n'est pas à exclure en droit répressif. On sait en effet la place qu'occupe l'élément intentionnel dans la constitution de l'infraction, et la nécessité pour le juge de

⁵⁴⁶ Crim. 1er fév. 1990, *Bull. crim.* n°56, cité par Yves Mayaud, *ibid*

⁵⁴⁷ CEDH Kokkinakis c/ Grèce 25 mai 1993

⁵⁴⁸ Décision 99-421 DC du 16 décembre 1999

⁵⁴⁹ J-P. Marguénaud, *art. cit.*

⁵⁵⁰ J. Alix, *op. cit.*

⁵⁵¹ Décision n°86-213 DC du 3 septembre 1986

⁵⁵² *J.O. déb.*, Ass. nat. du 24 juin 1986, p. 2418.

caractériser parfois une intention coupable, parfois même une préméditation. Toutefois, la référence à la psychologie des victimes, plutôt qu'à celle du criminel, présente un caractère inédit porteur d'incertitudes.

L'imprécision de la définition du terrorisme est, on le sait, une imprécision calculée, entretenue par le législateur afin permettre l'élasticité de la notion dans un souci d'efficacité répressive, pour faciliter son adaptation rapide aux développements du phénomène terroriste⁵⁵³. La volonté d'une répression efficace est louable et le contexte de la première ébauche de définition du terrorisme permet de comprendre l'état d'esprit du législateur de l'époque, qui a fait prévaloir l'efficacité de la lutte contre le terrorisme sur le strict respect du principe de légalité des délits et des peines. Toutefois, le respect de ce grand principe à valeur constitutionnelle nous semble devoir être impératif en toute circonstance car il constitue une garantie permettant d'exclure l'arbitraire. L'imprécision de la loi laisse au juge une très - trop ? - grande latitude pour préciser les notions engagées par la définition de la circonstance terroriste, contrevenant à l'article 111-4 du code pénal qui dispose que «la loi pénale est d'interprétation stricte». Si l'interprétation jurisprudentielle est un complément nécessaire à la loi, il importe toutefois que le juge ne sorte pas du cadre de sa mission de «bouche» - intelligente - de la loi⁵⁵⁴ que lui confère le bloc de constitutionnalité, dans le respect de la séparation des pouvoirs, au risque, dans le cas contraire, d'ouvrir la porte à l'incertitude, à la rupture d'égalité devant la justice par une application non uniforme de la loi, à l'imprévisibilité de celle-ci et des applications qui pourront en être faites. Comme l'énonçait Georges Levasseur, «le principe de la légalité est indispensable pour donner à la répression le caractère objectif fondamental sans lequel on ne peut parler de justice»⁵⁵⁵. C'est également, derrière la sécurité juridique, la qualité de la démocratie qui est en jeu⁵⁵⁶. Avec la législation anti-terroriste - on a pu le constater dans l'interprétation jurisprudentielle qui a été faite de la notion d'«entreprise» - le juge sort du cadre des missions qui lui sont conférées, pour finalement devenir créateur de droit, au mépris du principe de légalité.

2/ L'imprécision spécifique : l'exemple de l'extorsion

L'imprécision se retrouve également dans certains délits terroristes spécifiques. On trouvera un exemple d'ambiguïté à l'article 421-1 2° du code pénal qui vise, comme actes susceptibles de constituer des infractions terroristes, entre les vols et les destructions, dégradations et détériorations, les «extorsions»⁵⁵⁷.

Sans plus de précision, la référence est source d'incertitude. Le renvoi à l'extorsion engendre effectivement une hésitation quant à la délimitation de son champ d'application car une double

⁵⁵³ J-P. Marguénaud, «La qualification pénale des actes de terrorisme», RSC 1990, p.1

⁵⁵⁴ «Le juge n'est que la bouche qui prononce les paroles de la loi» - Montesquieu, L'Esprit des Lois, 1748

⁵⁵⁵ G. Levasseur, «Réflexions sur la compétence, un aspect négligé du principe de la légalité», Mélanges Huguenev, p. 13, éd. Sirey, Paris 1964

⁵⁵⁶ P-Y. Verkindt, «La sécurité juridique et la confection de la loi», Droit social 2006, p.720

⁵⁵⁷ M-E. Cartier, art. cit.

mention de l'extorsion est faite dans le livre III du code pénal. En effet, le titre I du livre III du code pénal contient un chapitre II intitulé «De l'extorsion». Ce chapitre comprend toutefois trois sections : le chantage (art. 312-10 à 312-12), la demande de fonds sous contrainte (art. 312-12-1) et... l'extorsion (aux articles 312-1 à 312-9) ! Cette double référence à l'extorsion entretient l'ambiguïté. Elle ne nous permet pas de déterminer avec certitude si le législateur, par l'article 421-1, a entendu renvoyer de manière restrictive à la section du Code pénal consacrée à l'extorsion «stricto sensu», à l'exclusion des délits de chantage et de demande de fonds sous contrainte, ou s'il a souhaité renvoyer à toutes qualifications du chapitre relatif à l'extorsion «au sens large», ayant pour conséquence d'inclure les qualification de chantage et de demande de fonds sous contrainte dans les hypothèses d'actes de terrorisme dérivés.

La circulaire générale d'application du 14 mai 1993⁵⁵⁸ semble opter pour la conception la plus étroite. Toutefois, cette interprétation est implicitement remise en cause par les travaux parlementaires ayant précédé la loi du 21 décembre 2012⁵⁵⁹. En effet, un amendement a été retenu par la commission des lois de l'Assemblée nationale visant à compléter l'article 421-1 du code pénal pour y mentionner explicitement la chantage comme potentielle infraction terroriste. Il fut soutenu que cette aménagement était exigé par la décision-cadre du Conseil du 28 novembre 2008 qui compte parmi les actes devant être incriminés sous une qualification terroriste par les Etats membres, le chantage en relation avec une entreprise terroriste. La question a été débattue et l'on a fait valoir que cet ajout répondait «davantage à une nécessité de clarification rédactionnelle qu'à une réelle insuffisance de la législation en vigueur»⁵⁶⁰. Il a été soutenu que la qualification de chantage était déjà comprise dans l'hypothèse de l'extorsion visée à l'article 421-1. L'amendement fut malgré tout adopté, avant d'être rejeté finalement en commission mixte paritaire⁵⁶¹. Ce sont donc ici les débats à l'Assemblée nationale qui ont permis d'éclaircir l'hésitation entretenue par l'article 421-1 quant à la portée du renvoi fait à l'extorsion, ce qui semble très peu respectueux du principe de la légalité et peu satisfaisant...

B) L'absence d'utilité et le principe de nécessité

Le principe de nécessité des délits est inséparable du principe de légalité. Il impose au législateur un recours utile et adapté au droit pénal⁵⁶². C'est à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen que l'on trouve exprimé ce principe en ces termes : «la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires». Si l'article 8 ne fait référence qu'à la nécessité des peines, ce caractère ne peut s'apprécier qu'au regard du comportement qu'elle vient frapper, c'est la

⁵⁵⁸ Circ. générale n°93.9/F1 présentant les dispositions du nouveau code pénal, Direction des Journaux officiels, sept. 1993, p.237, cité par Yves Mayaud, article p.c.

⁵⁵⁹ Yves Mayaud, «*La politique d'incrimination du terrorisme à la lumière de la législation récente*», art. cit.

⁵⁶⁰ M-F. Bechtel, AN, Rapport n°409, p. 43, cité par Y. Mayaud, «*La politique d'incrimination du terrorisme à la lumière de la législation récente*», art. cit.

⁵⁶¹ J. Mézard et M-F. Bechtel, rapports p.c., cités par Y. Mayaud, art. cit.

⁵⁶² Y. Mayaud, *Droit pénal général*, op. cit., p. 49

teneur même de l'interdit pénal qui doit être nécessaire⁵⁶³. La répression pénale est donc soumise à un principe de mesure, afin de tempérer l'action du législateur (mais le principe de nécessité peut également être à l'origine d'un constat d'insuffisance de la répression⁵⁶⁴).

Ce principe est mis à mal par la législation anti-terroriste qui, soucieuse de pouvoir attirer tous les comportements terroristes potentiels, crée parfois des incriminations inutiles, les comportements qu'elles visent à réprimer étant déjà couverts par le champ de la répression. En résultent des doublons législatifs, contraires au principe de nécessité que le Conseil Constitutionnel vient désavouer. L'exemple le plus caractéristique de ces doublons pourra être trouvé dans la loi du 22 juillet 1996, qui avait complété l'article 421-1 du code pénal, afin d'ajouter aux hypothèses de terrorisme dérivé l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irrégulier d'un étranger définie à l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945⁵⁶⁵ (devenue, depuis l'ordonnance de codification n°2004-1248 du 24 novembre 2004⁵⁶⁶, l'article L622-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile). Cet ajout avait été estimé opportun par le législateur dans la mesure où les terroristes ne peuvent, le plus souvent, entrer et séjourner en France que s'ils bénéficient d'aide sur place permettant de faciliter leur clandestinité et leur accueil.

Le Conseil Constitutionnel, dans une décision n°96-377 DC du 16 juillet 1996, a rejeté cette qualification de terrorisme en rapport avec l'aide à l'entrée, au séjour ou à la circulation des étrangers, considérant que le législateur avait entaché son appréciation d'une disproportion manifeste⁵⁶⁷. Il a en effet estimé qu'à la différence des infractions énumérées à l'article 421-1 du code pénal, l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 incrimine, non pas des actes matériels directement attentatoires à la sécurité des biens ou des personnes, mais un simple comportement d'aide directe ou indirecte à des personnes en situation irrégulière, ce qui n'est donc pas en relation immédiate avec la commission de l'acte terroriste. De plus, lorsque cette relation apparaît, il observe que l'aide à la clandestinité peut rentrer dans le champ de la complicité des actes de terrorisme, du recel ou de la participation à une association de malfaiteurs. Rappelant que la qualification d'acte de terrorisme avait pour conséquence non seulement une aggravation des peines mais également l'application de règles de procédure dérogatoires au droit commun, le Conseil Constitutionnel a estimé que cette nouvelle qualification n'était pas «strictement et évidemment nécessaire» au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (mais n'a pas été remise en cause la version non terroriste du délit lui-même)⁵⁶⁸. Il a donc désavoué le législateur, considérant que cet ajout était l'expression d'un choix inutile, même si destiné à mieux lutter contre le terrorisme.

⁵⁶³ B. De Lamy, «*Le principe de légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*», Cahiers du Conseil Constitutionnel n°26 (Dossier : la Constitution et le droit pénal), août 2009

⁵⁶⁴ CEDH 26 juillet 2005 Siliadin c/ France

⁵⁶⁵ Ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945

⁵⁶⁶ Ratifiée par la loi n°2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration

⁵⁶⁷ Y. Mayaud, *Terrorisme*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, cit.

⁵⁶⁸ Y. Mayaud, *ibid*

On soulignera toutefois que la loi Perben II du 9 mars 2004 a réintroduit indirectement les conséquences recherchées par cette tentative en faisant entrer les délits d'aide à l'entrée, au séjour et à la circulation des étrangers dans la nouvelle procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisée, au même titre que les crimes et délits constitutifs d'actes de terrorisme. Ils sont ainsi soumis au régime dérogatoire des articles 706-73 et suivants⁵⁶⁹, que nous avons étudié. Par ailleurs la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de condamner un individu des préventions de participation à une association de terroristes, recel de documents administratifs contrefaits et infraction à la législation relative aux étrangers commis en relation, à titre principal ou connexe, avec une entreprise terroriste⁵⁷⁰, et ce malgré cette décision du Conseil Constitutionnel. Par la connexité, les juridictions pénales sont donc susceptibles d'ouvrir la qualification de «terroriste» à toutes les infractions pénales.

Le Conseil Constitutionnel a ici sanctionné un doublon législatif, expression d'un «trop-plein répressif» contraire au principe de nécessité. Toutefois, ce raisonnement n'a pas été transposé au contrôle de toutes les incriminations terroristes. Il reste des doublons législatifs qui non seulement heurtent les principes de légalité et de nécessité, mais viennent également altérer la cohérence du dispositif anti-terroriste français.

§2 - La cohérence altérée

Plusieurs expressions sont employées pour illustrer le phénomène d'ampleur que subit depuis plusieurs décennies notre droit en général, et le droit pénal en particulier, et qui menace l'intelligibilité et la majesté de la législation. Parfois «inflation législative»⁵⁷¹, ou même «hyperinflation pénale»⁵⁷², parfois «surarmement pénal»⁵⁷³, voire même «frénésie sécuritaire»⁵⁷⁴, tous ces termes désignent un même mal qui affecte notre droit : celui de la multiplication impressionnante des textes législatifs et, en matière répressive, de la création incessante de nouvelles incriminations ou circonstances aggravantes. L'«engouement pathologique»⁵⁷⁵ du législateur contemporain pour la loi qui se traduit non seulement par une complexité accrue des normes, qui selon le Conseil d'Etat lui-même menace l'Etat de droit⁵⁷⁶, mais altère également la cohérence de la législation dans des domaines de criminalité particulièrement sensibles. Cette tendance contemporaine révèle surtout un rôle dévoyé du droit pénal qui, non plus vecteur de sécurité juridique et porteur de certitude répressive, devient un simple instrument de communication

⁵⁶⁹ Voir 706-73 13°

⁵⁷⁰ Cass. Crim. 9 juillet 1997, n°96-86581, cité par J. Alix, op. cit.

⁵⁷¹ R. Savatier, «L'inflation législative et l'indigestion du corps social», Dalloz 1977

⁵⁷² C. Lazerges, «La tentation du bilan 2002-2009 : une politique criminelle du risque au gré des vents», RSC 2009

⁵⁷³ J. Danet, Le tournant pénal, *Foli M* actuel, 2006, cité par C. Lazerges, article p.c.

⁵⁷⁴ L. Mucchielli, *La frénésie sécuritaire*, La Découverte, 2008, cité par C. Lazerges, art. cit.

⁵⁷⁵ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion 2006

⁵⁷⁶ «La complexité croissante menace l'Etat de droit

au service du pouvoir politique. La tendance s'illustre également en matière de terrorisme, tant on sait que les textes législatifs en ce domaine sont systématiquement adoptés dans l'urgence, après la commission et la médiatisation d'actes terroristes sur notre territoire. Le législateur semble donc céder à l'effet d'annonce, devant une opinion publique dans l'attente, la nouvelle législation ayant finalement pour objet principal de rassurer et d'apaiser le corps social plutôt que de constituer une réponse réellement efficace à un véritable besoin⁵⁷⁷. C'est ainsi que certaines incriminations nouvellement créées s'avèrent parfois faire doublon, la loi nouvelle n'étant finalement que purement déclarative⁵⁷⁸. En matière de terrorisme, les incriminations s'enchevêtrent, nous conduisant à un constat de surexploitation de la norme pénale, à l'origine d'une certaine dévaluation de celle-ci. Outre l'éclatement des incriminations terroristes et les recoupements d'incriminations, certaines redondances contribuent également à l'altération de la cohérence de la matière.

A) Surexploitation des incriminations terroristes, doublons législatifs et dévaluation de la réponse pénale

Par crainte du vide juridique, le législateur a fait produire aux incriminations terroristes un champ d'application extrêmement extensif - voire excessif - qui a pour effet de produire une certaine confusion. Julie Alix parle à ce sujet de «surefficacité» symbolique découlant de l'excès de la qualification terroriste⁵⁷⁹.

SUREXPLOITATION DES INCRIMINATIONS TERRORISTES - La matière semble en effet pécher par excès, d'abord perceptible dès l'article 421-1 du code pénal, qui vise toutes les infractions volontaires contre la vie et l'intégrité physique, qui sont ainsi toutes susceptibles de qualification terroriste. Ainsi, le renvoi de l'article 421-1 a pour effet d'inclure dans le champ potentiel de l'incrimination terroriste toutes les modifications apportées aux infractions contre les personnes, qui accèdent automatiquement par leur seule création au statut d'incriminations terroristes potentielles, alors même que certaines ne semblent pas réellement exploitables en la matière. Si l'attraction automatique du délit d'embuscade (art. 222-15-1 du code pénal), créée par la loi du 5 mars 2007⁵⁸⁰, dans le giron de l'article 421-1, semble être opportune, tel n'est pas le cas de l'infraction d'appels téléphoniques malveillants réitérés et d'agressions sonores en vue de troubler la tranquillité d'autrui (art. 222-16), créée par la loi du 18 mars 2003⁵⁸¹, qui se trouve pourtant comprise de facto comme une infraction terroriste potentielle⁵⁸². Il est pourtant difficile d'imaginer un «terrorisme par téléphone» comme l'on peut envisager une hypothèse de harcèlement téléphonique. La même remarque peut être formulée concernant l'infraction de violences

⁵⁷⁷ Guy Carcassone disait à ce propos «tout sujet d'un 20 heures est virtuellement une loi», «*Penser la loi*», Revue pouvoirs, sept. 2005

⁵⁷⁸ C. Lazarges, «*De la fonction déclarative de la loi pénale*», RSC 2004, p.194

⁵⁷⁹ J. Alix, op. cit. 466 et s.

⁵⁸⁰ Loi n°2007-297 du 5 mars 2007

⁵⁸¹ Loi n°2003-239 du 18 mars 2003

⁵⁸² M.E. Cartier, «Le terrorisme dans le nouveau code pénal français», art. cit., p.225

habituelles commises à l'encontre d'un mineur de quinze ans (art. 222-14), dont l'esprit était de protéger le mineur contre les violences commises au sein de la famille, ou encore concernant le délit d'installation sur le terrain d'autrui (art. 322-4-2⁵⁸³), qui vise ouvertement les «gens du voyage». Ces incriminations, sans lien de rattachement objectif avec la criminalité terroriste ont pour effet de provoquer une certaine confusion et une dilution du particularisme terroriste.

Le même effet pervers est à regretter s'agissant des circonstances aggravantes⁵⁸⁴. Symptomatiques de l'individualisation et de la catégorisation du droit pénal, leur multiplication en droit commun ces dernières décennies a complété de manière non négligeable la répression des atteintes aux personnes et aux biens. Toutes sont également attirées dans le giron des incriminations terroristes, sans utilité apparente. Ainsi de la circonstance aggravante tirée de la qualité de conjoint, concubin ou partenaire de PACS de la victime⁵⁸⁵ (issue de la loi n°2006-399 renforçant la prévention ou la répression des violences au sein du couple), de la circonstance aggravante tirée de la minorité de la victime ou de sa qualité d'ascendant légitime ou naturel⁵⁸⁶, ou encore celle tirée de la commission de l'infraction en raison du refus de la victime de contracter un mariage ou de conclure une union, qui visait de manière évidente -bien que non explicite en raison du principe de généralité de la loi pénale- à réprimer les mariages forcés au sein de la communauté musulmane⁵⁸⁷. Concernant les atteintes contre les biens, on mentionnera la circonstance aggravante du délit d'extorsion tirée de la commission de l'infraction en raison de l'appartenance de la victime à une ethnie ou de son orientation sexuelle⁵⁸⁸, ou encore, s'agissant des destructions, dégradations et détériorations la circonstance aggravante tirée du fait que le bien détruit est un registre, une minute ou un acte original de l'autorité publique⁵⁸⁹ (destructions, dégradations et détériorations sans danger pour les personnes), ou lorsqu'il s'agit de «l'incendie de bois, forêts, landes, maquis, plantations ou reboisements d'autrui»⁵⁹⁰ (destructions, dégradations, détériorations dangereuses pour les personnes, dont la création visait à répondre à la vague d'incendies de l'été 2003⁵⁹¹). Ces circonstances aggravantes semblent pour le moins incongrues en matière de terrorisme et nous éloigne de la réalité criminologique du terrorisme, ayant pour conséquence une confusion du message répressif⁵⁹².

⁵⁸³ Instauré par la loi 2009-239 du 18 mars 2003

⁵⁸⁴ J. Alix, op. cit., p. 470 et s.

⁵⁸⁵ Pour l'infraction de meurtre à l'article 221-4 9° ou 222-3 4°Ter pour l'infraction de violences volontaires

⁵⁸⁶ Art. 221-4 1° et 2°

⁵⁸⁷ Pour le meurtre à l'article 221-4 10°, créée par la loi 2010-769 du 9 juillet 2010

⁵⁸⁸ Art. 312-2 3°

⁵⁸⁹ Art. 322-2 2°

⁵⁹⁰ Art. 322-6 2°

⁵⁹¹ La motivation est explicite dans le rapport de P. Franck, J-H. Bartet, F. Barthélémy, P. Foin, J-P. Battesti, J-P. David, de l'inspection générale de l'administration, «*La protection contre les incendies de forêt après les feux de l'été 2003*», remis en décembre 2003

⁵⁹² J. Alix, idid

RECOUPEMENTS D'INCRIMINATIONS - L'excès se manifeste également, et surtout, quant aux incriminations de soutien au terrorisme, qui, loin d'être cloisonnées, se combinent aisément entre elles et se recourent parfois.

Outre le fait que la répression de la tentative, comme de la complicité⁵⁹³, entraîne, lorsqu'il s'agit d'infractions de soutien au terrorisme, un renforcement de la répression non-négligeable⁵⁹⁴ conduisant à nous éloigner encore davantage de comportements tangibles pour intégrer l'incertitude de la psychologie criminelle, les incriminations terroristes sont également le terreau idéal des concours d'infractions, conduisant à un excès de répression entachant la lisibilité de l'ensemble qu'elles constituent. Il est intéressant de remarquer tout d'abord que l'un des premiers arrêts à avoir théorisé le concours idéal d'infractions et sa résolution par le cumul des qualifications lorsqu'un même fait susceptible d'être appréhendé sous deux qualifications différentes protégeant des valeurs sociales distinctes, a été rendu concernant une affaire de terrorisme⁵⁹⁵. Le concours idéal se soldera par autant de déclarations de culpabilité qu'il existe de valeurs sociales lésées, même par un acte unique⁵⁹⁶. Toutefois, au cumul de déclarations de responsabilité ne s'attache pas de cumul des peines de même nature. Seulement, les peines de nature différente pourront être cumulées dans la limite du maximum légal le plus élevé⁵⁹⁷. On prendra pour exemple un attentat à la bombe meurtrier, qui sera susceptible de recevoir cumulativement les qualifications de destruction, dégradation et détérioration dangereuse pour les personnes d'infraction à la législation sur les armes et les explosifs et d'homicide volontaire en relation avec une entreprise terroriste. La répression est aggravée sans qu'elle soit considérée comme révélant un excès répressif car plusieurs valeurs sociales sont atteintes.

A cela s'ajoute le fait que les incriminations terroristes peuvent également se trouver en situation de concours réel (art. 132-2) lorsqu'une pluralité de faits, chacun constitutif d'une infraction terroriste distincte, ont été commis, simultanément ou successivement, sans que la justice ne soit intervenue entre chacun d'eux. Le concours se résout alors par le cumul, là encore sans que les principes généraux du droit pénal ne se trouvent heurtés. Par exemple, pourront être cumulées les infractions de blanchiment du produit d'un crime ou d'un délit terroriste et le crime ou délit terroriste en question lorsqu'elles ont été commises par la même personne⁵⁹⁸. La situation se complique par le fait qu'à ces cumuls traditionnels s'ajoute un cumul spécifique à la matière terroriste⁵⁹⁹. En effet, tout acte de terrorisme est susceptible de recevoir également la qualification de participation à une

⁵⁹³ Mécanisme général prévu à l'article 121-7 du code pénal : «*Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre*».

⁵⁹⁴ Pour J. Alix, «tout terroriste est le complice d'un autre», op. cit.

⁵⁹⁵ Cass. Crim. 3 mars 1960, *Ben Haddabi*, bull crim n°138, RSC 1961

⁵⁹⁶ Y. Mayaud, *Droit pénal général*, op. cit.

⁵⁹⁷ Art. 132-3 et 132-4

⁵⁹⁸ Pour le cumul de la qualification de blanchiment et de l'infraction initiale, dont le produit a été blanchi : Cass. Crim. 14 janvier 2004, bull crim n°12

⁵⁹⁹ J. Alix, op. cit., p. 390

association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste (art 421-2-1), dont la jurisprudence fait un large usage. Or, nous sommes ici à la frontière du concours idéal et du concours réel puisque c'est souvent par la participation à une association de malfaiteurs que sera démontrée la circonstance terroriste exigée pour rallier l'infraction de droit commun commise au qualificatif terroriste de l'article 421-1. Inversement, certains délits de l'article 421-1 sont considérés comme des preuves de la participation à une association de malfaiteurs, comme par exemple la détention d'armes ou la falsification et détention de faux documents administratifs. Dans ces conditions, plusieurs infractions semblent pouvoir être caractérisées par l'emprunt d'éléments constitutifs similaires, nous plaçant dans ce qui semble être une situation de concours idéal. La conséquence résultant de cette situation consisterait en l'impossibilité de cumuler des qualifications protégeant la même valeur sociale. Outre la difficulté résultant de l'identification des valeurs sociales protégées en la matière, il serait par exemple probablement impossible de cumuler les qualifications d'association de malfaiteurs et d'infraction à la législation sur les armes ou les explosifs (qui nous semblent tous deux protéger la sécurité) ou encore la qualification d'association de malfaiteurs et la circonstance aggravante de l'un des actes incriminés à l'article 421-1 tirée de la commission de l'infraction en bande organisée⁶⁰⁰. Pourtant, la jurisprudence, afin de faciliter la répression considère que ces infractions sont en concours réel ⁶⁰¹ et admet même le cumul d'une infraction terroriste commise en bande organisée et la participation à une association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste⁶⁰².

Par ailleurs, certaines incriminations semblent faire doublon avec la qualification d'association de terroristes qui semble pouvoir les absorber.

Il en est ainsi de la qualification de recel de malfaiteurs, intégrée à l'article 421-1 par la loi du 22 juillet 1996. Le recel de malfaiteurs était, avant 1996, poursuivie sous la qualification de participation à une association de malfaiteurs, voire de complicité à une telle participation⁶⁰³. Julie Alix fait valoir qu'aujourd'hui encore la qualification d'association de malfaiteurs reste utilisée pour réprimer de tels faits⁶⁰⁴, alors pourtant qu'il serait préférable de lui préférer la qualification spéciale en raison de la règle *specialia generalibus derogant*.

On peut également s'interroger sur la plus-value répressive réelle de l'incrimination de terrorisme par financement car il semble que l'association de malfaiteurs permettait déjà, là encore, de capter ces comportements. Selon Julie Alix, en effet, en raison de l'appréciation souple des conditions relatives à la caractérisation d'une association de malfaiteurs, chaque fois qu'un acte de financement du terrorisme est constitué, un acte de participation à une association de malfaiteurs

⁶⁰⁰ Incompatibilité par superposition : Crim. 14 oct. 1954

⁶⁰¹ Exemples : Cass. Crim. 6 mars 2002, n°01-85243 ; Cass. Crim. 31 janvier 2001, n°00-82803

⁶⁰² Crim 25 septembre 2002, n°02-84774

⁶⁰³ CA Paris, 10^e ch. corr. 30 juin 1994, Juris-Data n°1994-022163 : est reconnu complice de participation à une association de malfaiteurs le prévenu qui a hébergé une personne appartenant à l'ETA dont il connaissait sans le moindre doute l'appartenance.

⁶⁰⁴ L'auteur cite l'arrêt Crim. 9 décembre 2003, n°03-85834

l'est aussi⁶⁰⁵. Cela explique peut être qu'elle reste assez peu utilisée en jurisprudence, la qualification d'association de malfaiteurs lui étant souvent préférée⁶⁰⁶.

Enfin, on a également fait valoir que l'extension de compétence des juridictions françaises opérée par la loi du 21 décembre 2012 (art. 113-13) n'était pas nécessaire, la notion d'infraction réputée commise sur le territoire français permettant déjà de saisir un grand nombre des comportements visés, dès lors qu'une infime partie de l'infraction a pu être commise en France⁶⁰⁷. Au terme de l'article 113-2 du code pénal en effet, l'infraction est réputée commise sur le territoire français dès lors qu'un de ses faits constitutifs l'est. L'appréciation jurisprudentielle de cette condition était déjà extrêmement extensive et a conduit à l'«atomisation»⁶⁰⁸ des infractions afin de «multiplier les points de contact avec le territoire français»⁶⁰⁹. Il suffit donc qu'une condition préalable ou qu'un acte préparatoire soit réalisé sur le territoire français pour que l'infraction soit réputée commise sur le territoire et entraîner la compétence des juridictions françaises. Or, on sait que les «modes» de participation à une association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste peuvent être extrêmement variés. Ainsi, comme l'affirme Julie Alix, l'achat de billets d'avion en France, ou la prise de contact, fût-ce par internet, avec des organisateurs de séjours terroristes à l'étranger depuis la France, sont autant de faits susceptibles de rattacher l'infraction toute entière au territoire français. La nécessité d'une incrimination spécifique peut donc être remise en doute, d'autant plus qu'en raison du mouvement récent de criminalisation de l'association de terroristes (la participation à une association de terroristes devient un crime à chaque fois notamment que l'association projette de commettre des infractions dangereuses pour la vie des personnes), la compétence personnelle sera souvent à même de s'appliquer sans entrave (les conditions les plus contraignantes n'étant édictées que pour les délits). Pour une partie de la doctrine, l'unique plus-value de l'extension de compétence se trouve dans son application aux simples résidents français n'ayant pas accompli d'actes préparatoires en France (s'ils se sont rendus à l'étranger d'abord pour un motif familial par exemple). Cette hypothèse est extrêmement résiduelle.

La multiplication des interventions législatives en matière terroriste a donc été source de perte globale de cohérence de la matière, qui nous apparaît confuse et qui semble progressivement effacer la spécificité du terrorisme derrière des renvois inutiles. L'inflation a d'ailleurs, d'après Jean Carbonnier « toujours cette conséquence que la surabondance des signes entraîne leur dévaluation »⁶¹⁰. L'inflation pénale est source de dévaluation de la norme car, en allant au-delà du nécessaire, la loi «se discrédite»⁶¹¹.

⁶⁰⁵ Julie Alix, op. cit.

⁶⁰⁶ CA Paris, 10^e ch. corr. 19 novembre 2007, n°2007-350440, cité par J. Alix, thèse p.c. : des membres du GICM ont contribué à financer le groupement et ne sont condamnés que du chef de participation à une association de malfaiteurs.

⁶⁰⁷ J. Alix, «*Fallait-il étendre la compétence des juridictions pénales en matière terroriste ?*» D. 2013, p. 518

⁶⁰⁸ A. Huet et R. Koering-Joulin, *Droit pénal international*, PUF, 3^e éd., n° 131, cité par Julie Alix, art. cit.

⁶⁰⁹ J. Alix, art. cit.

⁶¹⁰ J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, p.310

⁶¹¹ P. Mazeaud, «La loi ne doit pas être un rite incantatoire», La Semaine juridique édition générale n°6, 9 février 2005, act. 70

Certaines redondances sont également à déplorer et contribuent encore à la perte de cohérence des incriminations terroristes.

B) La redondance dans le dispositif légal anti-terroriste

Une redondance regrettable en la matière figure aux articles 421-1 et 421-2 du code pénal. Elle est issue de la loi n°96-647 du 22 juillet 1996 qui a complété la définition des actes de terrorisme dérivé et de terrorisme écologique par une référence expresse à leur caractère intentionnel. Les faits visés doivent être «intentionnellement» en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur.

Comme le souligne Yves Mayaud⁶¹², cette précision était inutile en raison du principe formulé à l'article 121-3 du code pénal, qui dispose qu'il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. Les alinéas suivants de l'article apportent une exception à ce principe en laissant la possibilité à la loi d'en disposer autrement, par mention expresse et pour les délits exclusivement. Mais le principe demeure : les crimes et les délits sont par nature intentionnels. La mention faite expressément à l'intention par la loi de 1996 était donc purement superfétatoire car ces incriminations auraient, en toute hypothèse, été interprétées comme étant de nature intentionnelles en raison de l'article 121-3. La loi du 22 juillet 1996 vient donc semer l'ambiguïté quant à la portée que revêt l'article 121-3 du Code pénal, ainsi rendu moins lisible. Cette redondance, si elle est répétée, ne peut que conduire à l'affaiblissement du principe de l'article 121-3. «Plus les textes répressifs, en effet, seront enclins se référer explicitement à l'intention comme élément de définition, plus le risque est grand qu'*a contrario* le silence de la loi sur ce point soit interprété comme n'exigeant pas d'élément intentionnel particulier»⁶¹³.

De surcroît, comme le souligne la doctrine⁶¹⁴, la critique est d'autant plus forte que l'intention n'est pas uniformément rappelée à propos de tous les actes terroristes. Si l'incrimination de terrorisme par financement de l'article 421-2-2 est également expressément intentionnelle, les fonds, valeurs ou biens fournis, réunis ou gérés, devant l'être «dans l'intention» de les voir utilisés ou «en sachant qu'ils sont destinés à être utilisés» en vue de commettre un acte de terrorisme, les autres incriminations terroristes ne le sont plus. En effet, tant l'incrimination de non justification de ressources (art 421-2-3) que l'incrimination de recrutement en vue de participer à un groupement terroriste ou de commettre un acte de terrorisme issu de la loi du 21 décembre 2012 sont définis sans référence expresse à l'intention. Pour autant, ils n'en sont pas moins intentionnels et ne peuvent d'ailleurs que se concevoir comme tels. Quant à l'incrimination d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste de l'article 421-2-1, elle n'y fait pas non plus mention, alors même qu'elle tire son origine de la loi du 22 juillet 1996 (qui a ajouté la mention expresse à l'élément intentionnel dans les articles 421-1 et 421-2) et qu'elle aurait pu bénéficier de ce renfort de l'élément intentionnel s'agissant d'une incrimination déjà critiquée pour son caractère vague et extensif. Le professeur Yves Mayaud estime cette absence de précision bienvenue «tant la

⁶¹² Yves Mayaud, «*La politique d'incrimination du terrorisme à la lumière de la législation récente*», art cit.

⁶¹³ Yves Mayaud, *ibid*

⁶¹⁴ Yves Mayaud, art. cit.

participation à un groupement formé ou une entente établie en vue de la préparation d'un acte de terrorisme ne peut que procéder d'une connaissance en ce sens et d'une adhésion à ce qu'elle représente elle-même d'action terroriste». Toutefois, la situation syrienne, que nous avons précédemment abordée, nous montre qu'il peut exister des situations intermédiaires, à mi-chemin entre la simple connaissance et l'intention d'adhérer à l'aspect terroriste de l'entreprise considérée.

La doctrine reproche à juste titre à la matière de présenter une disparité pouvant être trompeuse quant à l'élément intentionnel. Une rédaction uniforme aurait été préférable afin d'éviter toute ambiguïté.

La volonté de protéger la société contre le terrorisme a donc conduit le législateur à adopter des réponses non seulement spécifiques mais présentant également certaines imperfections. De par leur définition, tout d'abord, les incriminations terroristes s'avèrent insatisfaisantes, la définition de la circonstance terroriste restant finalement incertaine. Quant à leur qualité rédactionnelle, ensuite, elles se révèlent décevantes, doublons législatifs, redondances et imprécisions affectant l'intelligibilité et la cohérence du dispositif. Pourtant, comme le rappelle Pierre Mazeaud, la qualité de la législation n'est pas une simple question technique, «sa dégradation est un mal profond qui peut porter atteinte aux fondements mêmes de l'Etat de droit»⁶¹⁵. La qualité de la législation est en effet porteuse de garanties, de certitudes quant à la répression et aide ainsi à la protection des droits et libertés fondamentaux tout en permettant d'assurer l'égalité de tous devant la loi. Elle permet également de poser des limites intangibles à l'action de l'Etat, dans une optique *Kelsenienne* de l'Etat de droit. La perte qualitative du droit déplace le curseur de la détermination du droit applicable sur le juge, à qui il revient finalement de compenser ces défauts rédactionnels en précisant, voire même en recréant, les notions engagées au titre des incriminations terroristes. Il lui reviendra également d'effectuer les arbitrages nécessaires à la protection des droits fondamentaux. Ces développements nous évoquent la nécessité, comme pour tout autre type de criminalité d'une extrême gravité, de rechercher un équilibre entre sécurité, assurée par l'efficacité de la répression, et protection des libertés, essentielle dans une démocratie.

⁶¹⁵ P. Mazeaud, art. cit.

CHAPITRE 2 : LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE

«Il n'est point de bonheur sans liberté, ni de liberté sans courage».

Périclès, 445 av. J.C. ⁶¹⁶

Hannah Arendt estimait que « si la violence pouvait régler des conflits de société, la vengeance deviendrait le remède miracle à la plupart de nos maux »⁶¹⁷. A l'inverse de certains auteurs et penseurs du XX^{ème} siècle, tels Jean-Paul Sartre ou Franz Fanon⁶¹⁸ qui prônaient l'utilisation de moyens violents comme instrument de résolution des conflits (Sartre estimait, s'agissant de la lutte pour la libération de l'Algérie, qu'abattre un européen c'était faire « d'une pierre deux coups, supprimer en même temps un oppresseur et un opprimé : reste un homme mort et un homme libre »⁶¹⁹), Hannah Arendt, quant à elle, bannit toute forme de violence, et notamment la violence politique. Elle distingue à cet égard la violence du pouvoir et considère que l'Etat ne doit pas être une machine oppressive. Le pouvoir ne doit pas se nourrir « du glaive » mais de légitimité car l'usage de la violence ne peut jamais rien construire de durable et est lui-même source de la violence. La violence de l'Etat, notamment quand il en vient à bafouer les droits et libertés du peuple, suscite la propre violence de ce dernier (dans l'idée que « la violence a coutume d'engendrer la violence »⁶²⁰). La violence ne doit donc pas être un mode de gouvernement et il importe pour le gouvernant de toujours respecter les droits du gouverné afin de ne pas engendrer à son tour la violence. On comprend ainsi que le respect des droits et libertés est un impératif pour l'Etat, qui doit s'éloigner de toute forme de violence politique, quelle que soit la difficulté à laquelle il peut être confronté et même en réponse à l'une des formes de criminalité les plus extrêmes. Non seulement l'usage de la violence physique contre le terrorisme peut poser problème (bien qu'elle ne soit alors pas dirigée contre le semblable, le citoyen mais contre l'étranger, l'« ennemi », et parfois en toute légalité), mais le droit pénal ne doit pas être non plus perçu comme une forme de violence. Il se doit de proposer des réponses justes et raisonnées, afin de rester légitime et d'inscrire son action dans la durée. Il ne doit pas être perçu comme démesurément attentatoire aux droits et libertés car il s'agit de ne pas sortir l'Homme de la violence criminelle pour le soumettre à la violence étatique non légitime.

⁶¹⁶ Harangue de Périclès prononcée à Athènes en l'honneur des défenseurs de la patrie morts pendant la guerre du Péloponèse, dans *Le Censeur*, ou examen des actes et des ouvrages qui tendent à détruire ou à consolider la constitution de l'Etat, par MM Comte et Dunoyer, Tome IV, Paris 1815, chez Mme Marchant

⁶¹⁷ Hannah Arendt, *Du mensonge à la violence*, Pocket Agora, 2002

⁶¹⁸ F. Fanon, *Les damnés de la terre*, éd. La découverte/poche, 2002

⁶¹⁹ J-P. Sartre, préface de l'oeuvre de Franz Fanon *Les damnés de la terre*, op. cit.

⁶²⁰ Eschyle, *Agamemnon*, 764, dans L'Orestie (Agamemnon, Les Choéphores, Les Euménides), Flammarion, 2001

Pourtant, c'est bien un devoir qui échoit à l'Etat que celui de protéger ses citoyens, ainsi que le bien commun, de toute forme de menace et notamment de la criminalité. Pour Beccaria en effet, «*le droit qu'a le souverain de punir les délits est (...) fondé sur la nécessité de défendre contre les usurpations particulières le dépôt constitué pour le salut public, et les peines sont d'autant plus justes que la sûreté est sacrée et inviolable et plus grande la liberté que le souverain laisse à ses sujets*»⁶²¹. La défense de la chose publique et des citoyens est l'expression du contrat social au sens de John Locke⁶²² ou Thomas Hobbes⁶²³. Il convient que l'Etat dispose de moyens appropriés dans l'exercice de sa mission et il semble légitime qu'il mette en oeuvre des procédés dérogatoires afin de répondre à des menaces d'une gravité et d'une complexité particulière.

Toutefois, si Hobbes estime qu'il ne doit pas rencontrer de limite à l'expression de son autorité, telle n'est pas la conception de Locke, pour qui la séparation des pouvoirs constitue un garde-fou aux abus éventuels du souverain. C'est aujourd'hui le respect des droits fondamentaux, dans le mouvement humaniste de «promotion juridique»⁶²⁴ de la personne humaine amorcé dès le milieu du XX^{ème} siècle⁶²⁵, qui doit constituer la première limite au pouvoir de l'Etat et à celui de législateur (la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen faisant déjà état, d'une certaine manière, de cette borne⁶²⁶).

Le problème se pose donc de la complexité et de l'ambivalence des rapports entretenus entre les notions de sûreté, voire maintenant de sécurité, et de liberté. L'équilibre est fragile et difficile à atteindre, de nombreux Etats démocratiques ayant cédé à la tentation de ce qui a pu être qualifié de «dérive sécuritaire». L'insuffisance qualitative de la législation française expose la France - certes en moindres proportions - à des dérives semblables, l'uniformisation des réponses pénales internationales induisant par ailleurs automatiquement un certain mimétisme. Il revient alors au juge, interne comme international, de palier ces insuffisances, afin d'assurer le respect des droits fondamentaux. La question est finalement la suivante : «une démocratie a-t-elle les moyens, sans se renier elle-même, de lutter avec efficacité contre le terrorisme ?»⁶²⁷.

⁶²¹ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, 1764, éd. Flammarion, 1991

⁶²² J. Locke, *Second Traité du gouvernement civil*, 1690. Pour Locke la puissance publique garantie les droits naturels des individus composant la société par la juste et la police et échange de la renonciation de ceux-ci à exercer leur droit de se faire justice à eux-mêmes. Le souverain voit toutefois ses pouvoirs limités.

⁶²³ T. Hobbes, *Le Léviathan*, 1651, coll. Folio, 6^{ème} éd. 2009. Pour Hobbes, la puissance publique garantie la sécurité (par la législation et la coercition dont il a le monopole) en échange de l'aliénation politique de chacun. A la différence de la pensée de Locke, la puissance du souverain est pour Hobbes absolue.

⁶²⁴ Expression empruntée à R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé aujourd'hui*, Dalloz, 1959

⁶²⁵ Avec, en particulier, la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948. Le mouvement atteint son paroxysme avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme de 1950.

⁶²⁶ L'article 2 de la DDHC dispose en effet que «Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme».

⁶²⁷ G. De Kerchove, préface de l'ouvrage *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, op. cit.

SECTION 1 : L'EXPOSÉ DU PROBLÈME

L'évolution du terrorisme, l'accroissement de son pouvoir destructeur, son augmentation quantitative et l'amplification de son impact médiatique en font une menace particulièrement pesante, la plaie de notre siècle⁶²⁸. Il a ainsi pu être dénommé, sous sa forme moderne, «terrorisme total» (W. Lacqueur), «hyperterrorisme» (F. Heisbourg) ou terrorisme «postmoderne» (G. Chaliand)⁶²⁹. Il se distinguerait du terrorisme classique par sa recherche de l'effet létal maximum, qui a conduit les Etats à développer de nouvelles réponses adaptées à ce que le terrorisme induit de menaces tant pour les individus que pour les valeurs démocratiques. Ces réponses se doivent toutefois de respecter les droits et libertés fondamentaux. L'équilibre est difficile à trouver, en témoignent les positions qu'ont pu adopter de nombreux Etats pourtant habituellement respectueux de tels droits.

§1 - La nécessité d'un équilibre entre sûreté et libertés

Il ne s'agit pas ici de contester en tant que telle l'introduction de procédés dérogatoires de droit commun dans la lutte contre le terrorisme. Ils apparaissent en effet justifiés par l'ampleur de la menace et la complexité du phénomène criminel. Ils semblent encore nécessaires à une lutte efficace contre le terrorisme. La sûreté, et aujourd'hui la sécurité, étant un droit fondamental du citoyen qu'il revient à l'Etat de protéger, il est normal que ce dernier se dote des moyens nécessaires à sa mission de protection. Toutefois, il importe de rester mesuré et de ne pas excéder les limites que doit rencontrer tout Etat démocratique. Il convient de trouver un juste équilibre entre sécurité et libertés afin que l'Etat ne perde pas la trace des valeurs qu'il cherche ainsi à défendre.

A) D'un droit à la sûreté à un droit à la sécurité : l'obligation de lutter contre le terrorisme

SÛRETÉ - Le droit à la sûreté est affirmé dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen comme un droit fondamental, naturel et imprescriptible, de l'homme. L'article 2 de ce texte dispose en effet que «*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression*». Le droit à la sûreté est historiquement conçu comme une protection contre l'arbitraire du pouvoir, comme une «*sorte d'Habeas Corpus à la française*»⁶³⁰, dans le prolongement du principe de liberté. C'est seulement à partir du XVIIIème siècle que l'on a commencé à percevoir ce droit à la sûreté comme la protection de l'Etat - et des individus qui le composent - contre les agissements criminels des citoyens. La sûreté a donc aujourd'hui deux volets,

⁶²⁸ Référence à Jean-Pierre Marguénaud, qui qualifiait déjà en 1990 le terrorisme de «plaie de notre fin de siècle», dans «*La qualification pénale des actes de terrorisme*», art. cit.

⁶²⁹ Références citées par M. Weyembergh, «*Le terrorisme et les droits fondamentaux de la personne. Le problème.*», dans *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, op. cit.

⁶³⁰ M. Delmas-Marty, «De la peur comme instrument de gouvernance», entretien du 21/01/2012 avec Laurence Arven pour *La fréquence protestante*, disponible sur le site du Collège de France.

alors que la sécurité, concept qui prend de plus en plus d'importance, n'en a quant à elle qu'un seul : celui de la protection de l'ordre public et des citoyens, contre la criminalité.

SÉCURITÉ - La sécurité prend aujourd'hui le relai du concept de sûreté et monopolise les discours politiques et médiatiques. Consacré comme un droit «fondamental» par la loi du 15 novembre 2001 - il n'a pourtant pas la même assise constitutionnelle que le droit à la sûreté - c'est, à ce titre, un devoir pour l'Etat. L'article 1er de la loi du 15 novembre 2001⁶³¹ relative à la sécurité quotidienne dispose en effet que «*La sécurité est un droit fondamental. Elle est une condition de l'exercice des libertés et de la réduction des inégalités. A ce titre, elle est un devoir pour l'Etat, qui veille, sur l'ensemble du territoire de la République, à la protection des personnes, de leurs biens et des prérogatives de leur citoyenneté, à la défense de leurs institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre public*». Lutter contre le terrorisme, ce «mal qui répand la terreur»⁶³², est donc une priorité et une obligation pour les Etats, qui se doivent de mettre en oeuvre les moyens adaptés et proportionnés.

RESPONSABILITÉ - En cas de défaillance dans cette mission de protection, l'Etat est susceptible de voir sa responsabilité engagée. Outre le régime de responsabilité sans faute résultant de la création, en 1986⁶³³, d'un régime spécial d'indemnisation par le Fond Terrorisme, aujourd'hui Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI)⁶³⁴, pour les dommages, de nature corporelle uniquement, résultant d'actes de terrorisme, l'Etat est susceptible de voir engagée sa responsabilité pour faute. En matière de prévention du terrorisme toutefois, le régime de la faute semble relativement souple en raison de la difficulté particulière à prévenir de tels actes. Le Conseil d'Etat a donc exclu tout régime fondé sur le risque⁶³⁵, en témoigne son arrêt du 3 mars 2003 GIE *La réunion aérienne* qui considère qu'en «l'absence de disposition législative le prévoyant expressément, la responsabilité de l'Etat ne saurait être, de plein droit, engagée sur le fondement du risque du fait d'actes de terrorisme survenus sur le territoire français»⁶³⁶. L'arrêt précise toutefois que la responsabilité pouvant incomber à l'Etat au titre d'un manquement des services de police dans leur mission de surveillance des installations aéroportuaires doit être appréciée sur le terrain de la faute simple. S'agissant de l'assassinat de l'ambassadeur Turc en France, le Conseil d'Etat avait cependant retenu l'exigence d'une faute lourde des services de police pour pouvoir engager la responsabilité de l'Etat en ce domaine⁶³⁷, au motif que «la mission de prévention des actes de terrorisme et de sabotage est d'une telle difficulté que seule la responsabilité pour faute lourde peut éventuellement être engagée». L'arrêt *GIE La*

⁶³¹ Art 1 de la loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001 ayant introduit un nouvel article 1er dans la loi du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité.

⁶³² Serge Sur, «Un mal qui répand la terreur», art. cit.

⁶³³ Loi n°86-1020 du 9 septembre 1986

⁶³⁴ Depuis la loi n°90-589 du 6 juillet 1990 qui regroupe en un seul les deux fonds dont le FGTI tient son nom.

⁶³⁵ Marie Sirinelli, «Responsabilité de la puissance publique et prévention du terrorisme», AJDA 2011, p. 784

⁶³⁶ Conseil d'Etat, 2ème et 1ère sous-sections réunies, n°232537, Recueil Lebon

⁶³⁷ CE 29 avril 1987, *Consorts Yener et consorts Erez*, cité par Marie Sirinelli, art. cit.

réunion aérienne semble donc avoir établi une distinction selon le domaine dans lequel doit s'exercer la prévention. En toute hypothèse, l'existence d'une faute s'apprécie *in concreto*, au regard de la réalité de la menace, en tenant compte des circonstances particulières de temps et de lieu et de l'existence ou non d'une demande de protection particulière formulée par la personne physique ou morale concernée⁶³⁸.

La Cour Européenne des droits de l'Homme, qui fait aussi de la sécurité des citoyens une obligation à la charge de l'Etat, semble également faire preuve d'indulgence à l'égard des Etats. Si elle a affirmé à plusieurs reprises, et notamment dans un arrêt du 2 septembre 1991⁶³⁹, l'obligation des Etats d'adopter toutes les mesures propres à éviter qu'il ne soit porté atteinte au droit de toute personne à la vie, elle a pourtant débouté, dans deux arrêts du 28 février 1983, une requérante qui se plaignait de la violation de l'article 2 de la Convention (droit à la vie) par l'Irlande et le Royaume-Uni en raison de l'assassinat de son mari et de son frère par des commandos de l'IRA en Irlande et en Irlande du Nord. La commission écarta l'argument selon lequel des mesures préventives, telles le déploiement de forces armées, auraient dû être adoptées⁶⁴⁰. En dépit de cette indulgence, la Cour européenne fait obligation aux Etats de prendre les mesures raisonnables propres à protéger les personnes se trouvant sous leur juridiction des atteintes à la vie notamment «*en mettent en place une législation pénale concrète en dissuadant de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations*». Elle met également à la charge des autorités «*l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui*»⁶⁴¹.

Enfin, nous avons eu l'occasion de le mentionner, la Cour Internationale de Justice estime que, si l'Etat n'est pas responsable de dommages résultant du comportement des particuliers, il est responsable de son propre fait en cas de manque de vigilance dans la prévention des actes dommageables et en cas de manque de diligence dans la répression de ces actes des dommages survenus sur son territoire et causés à des intérêts étrangers⁶⁴². Quant à la responsabilité de l'Etat du fait d'attentats commis hors de son territoire, elle ne peut être engagée que si cet Etat est impliqué dans les attentats⁶⁴³.

⁶³⁸ On retrouve cette motivation fondée sur l'absence de demande de protection particulière de la part de la victime dans l'arrêt GIE *La réunion aérienne*, p.c., ainsi que dans l'arrêt CE 28 mai 1984 *Société française de production*, ou encore CE 29 avril 1987 *Consorts Yener et consorts Erez*.

⁶³⁹ Commission 2 sept. 1991 *Laurence Dujardin et al. c/ France* n°16734/90

⁶⁴⁰ Commission EDH Mme W c/ R-U, 28 février 1983 req. n° 9348/81 et Mme W c/ Irlande 28 février 1983 req. n° 9360/81, cités par O. De Schutter, article p.c.

⁶⁴¹ CEDH *Osman c/ R-U* 28 octobre 1998, cité par O. De Schutter, «*La convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme*», dans *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, ouvrage p.c.

⁶⁴² CIJ, 24 mai 1980, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*

⁶⁴³ David Cumin, «*Tentative de définition du terrorisme à partir du jus in bello*», art. cit.

Lutter contre le terrorisme, en prévenant et réprimant ces actes par des mesures et des dispositions adaptées et suffisamment efficaces est donc une obligation pesant sur l'Etat, susceptible d'engager sa responsabilité en cas de défaillance. Il est donc légitime que les Etats cherchent à mettre de multiples mesures dérogatoires, aptes à appréhender avec suffisamment d'efficience la criminalité terroriste. Une limite nécessaire à cette lutte doit néanmoins être trouvée dans l'obligation des Etats de respecter les droits et libertés des individus.

B) La place des droits fondamentaux dans la lutte contre le terrorisme à la lumière des doctrines pénales contemporaines

Tous les juristes conviennent aujourd'hui de la nécessité de respecter certains droits fondamentaux, mais pas toujours selon la même mesure. Si la question de la préservation, dans la mesure du possible, du respect des droits et libertés des citoyens, fait l'unanimité en doctrine, celle des droits des terroristes dans la procédure judiciaire suscite davantage de difficultés. Ce sont finalement deux conceptions qui s'affrontent : l'anthropologie humaniste, qui considère le criminel, aussi odieux son crime puisse-t-il être, comme faisant partie de la même humanité que nous, et l'anthropologie guerrière, qui décrit le criminel comme une «race à part», celle des ennemis à combattre⁶⁴⁴. Cette dernière conception semble se retrouver dans la politique américaine de l'«ennemi combattant illégal», alors que l'Union Européenne tente d'inscrire son action plutôt dans la première conception

1/ L'influence des doctrines pénales sécuritaires

Nous ne reviendrons pas sur les différentes doctrines pénales ayant marqué le cours de l'histoire juridique française - école de la justice absolue, école classique, néo-classique, néo-pragmatique etc... - mais nous nous contenterons de faire état des seules doctrines utiles à notre propos, qui se trouvent également être parmi les plus récentes. Celles-ci semblent avoir influencé, de manière manifeste, les politiques sécuritaires actuelles.

LE POSITIVISME - Développée à partir du XIX^{ème} siècle en Italie, la doctrine positiviste, menée par Lombroso et Ferri, s'oppose à l'école classique de Beccaria et prétend défendre un certain réalisme en réponse à l'augmentation considérable de la criminalité causée par les transformations économiques et sociales de la société du XIX^{ème} siècle. Elle est la première à raisonner à partir de la notion d'état dangereux et fait preuve d'un certain radicalisme en estimant que le criminel est un homme à part, un «microbe social» qui menace la santé de la collectivité⁶⁴⁵. Pour Lombroso en effet, le criminel n'appartient pas à la même humanité que la nôtre et doit par conséquent être exclu de la société. La politique criminelle des positivistes italiens privilégie donc la défense de la société. Elle établit la nécessité d'un système propre à éradiquer le danger criminel en utilisant deux principaux moyens de lutte : des «mesures préventives de prophylaxie sociale», consistant en une

⁶⁴⁴ M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, éd. Seuil, 2010

⁶⁴⁵ W. Jeandier, «Les théories pénales du code pénal de 1810 à nos jours», *Droit pénal général*, 2e éd., Paris 1991

intervention avant toute infraction et à l'égard d'individus non déterminés, et des mesures positives à l'égard d'individus déterminés estimés particulièrement dangereux (les positivistes, dont Garofalo, sont les premiers à se pencher sur les mesures de sûreté ou mesures de défense). Cette doctrine faisait du délinquant une sorte de «mécanique déterminée», l'homme y perdant son libre arbitre, sa dignité et son âme. Les positivistes écartaient par ailleurs toute considération morale de leur raisonnement et ne se souciaient guère d'éventuels droits à reconnaître aux délinquants puisque ceux-ci n'étaient même pas réellement perçus comme des membres de la société.

LA DÉFENSE SOCIALE NOUVELLE - L'école française de la défense sociale, dont les idées sont exprimées essentiellement à travers l'ouvrage de Marc Ancel *La défense sociale nouvelle*, publié en 1954, reprend à son compte la notion de dangerosité, tout en rejetant certains aspects des doctrines positivistes (notamment le déterminisme)⁶⁴⁶. Si le courant de la défense sociale insiste sur la resocialisation du délinquant, il légitime lui aussi les mesures de sûreté et justifie une sorte de «déjudiciarisation» de la réponse pénale afin de protéger la «communauté de citoyens» efficacement.

Depuis quelques années, de nouvelles mesures prises au nom de la sécurité, de la sûreté de la société, semblent renouer avec la doctrine de la défense sociale et de l'école positiviste. On peut prendre comme illustration la loi relative à la rétention de sûreté adoptée en 2008⁶⁴⁷. La rétention de sûreté est d'ailleurs l'une des mesures phares du dispositif anti-terroriste du code pénal français.

Pour Michel Foucault⁶⁴⁸, si l'anthropologie criminelle semble avoir disparu dans ses aspects les plus naïfs, la notion d'état dangereux ressurgit de manière plus subtile et plus acceptable dans la pensée et la pratique pénale via une «mutation du droit». On assiste au passage d'une pénalité qui, depuis Beccaria, ne donnait droit à la société de sanctionner les individus que sur ce qu'ils font, à une pénalité qui donne le droit à la société de sanctionner les individus pour ce qu'ils sont, «l'individu dangereux comme une virtualité d'actes». Jean Danet prend pour exemple les nombreuses infractions-obstacles et formelles ayant été créés dans le code pénal, et qui sont notamment présentes dans le dispositif anti-terroriste français (comme l'association de malfaiteurs à visée terroriste par exemple)⁶⁴⁹. La création en tant que telle d'un régime dérogatoire construit au nom du risque, tel le régime relatif à la criminalité terroriste, est également l'expression de la place de la dangerosité dans les politiques sécuritaires contemporaines. Genièvre Giudicelli-Delage souligne également cette tendance du droit pénal actuel à se construire de plus en plus sur la notion de dangerosité et de risque, et non plus de culpabilité, pour se transformer en un «droit pénal de la sécurité»⁶⁵⁰. Elle estime que cette quête sécuritaire se fait au détriment des droits fondamentaux et

⁶⁴⁶ J. Danet, «*Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle*», RSC 2010, p.49

⁶⁴⁷ Loi n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

⁶⁴⁸ M. Foucault, L'évolution de la notion d'état dangereux dans la psychiatrie légale du XIX^e siècle, 1978, *Journal of law and psychiatry*, vol. 1 p. 1-18 et Dits et écrits, III, p. 443-464, cité par J. Danet, article p.c.

⁶⁴⁹ J. Danet, «*La frénésie pénale*», dans L. Mucchielli, *La frénésie sécuritaire*, La découverte, 2008

⁶⁵⁰ G. Giudicelli-Delage, «*Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi*», RSC 2010, p. 69

se base sur un discours de la peur, auquel la population se montre particulièrement réceptive après la médiatisation d'attentats terroristes. Pour beaucoup de membres de la doctrine, le terrorisme a effectivement été le moteur de ces nouvelles politiques sécuritaires.

LE «DROIT PÉNAL DE L'ENNEMI» - La notion de dangerosité et ses conséquences sont poussées à leur paroxysme dans la doctrine plus contemporaine du «droit pénal de l'ennemi». La théorie du droit pénal de l'ennemi, développée par Günther Jakobs dans *Feindstrafrechts*, publié dans les années quatre-vingt-dix, fait référence à un droit pénal nouveau, se voulant plus efficace contre des agressions toujours plus terribles venant d'ennemis «absolus» de l'organisation sociale et institutionnelle contemporaine⁶⁵¹. Rénovant la pensée positiviste, elle se base sur l'idée que les règles juridiques en vigueur pour le citoyen ne peuvent s'appliquer à celui qui rejette totalement les règles qui sont à la base de la société civile parce qu'il y porte atteinte brutalement, totalement, sans règle⁶⁵². En effet, Jakobs part du constat qu'il existe des «ennemis absolus», que sont les criminels les plus dangereux et notamment les terroristes (pour Jakobs, le terroriste est l'exemple extrême en l'ennemi)⁶⁵³. Il estime ensuite que tous les êtres humains n'ont pas forcément les mêmes droits et que toute contrainte (garde à vue, perquisition, écoute téléphonique, peine, mesure de sûreté...) restreint d'ailleurs nécessairement les droits de l'individu et constitue donc une dépersonnalisation plus ou moins forte suivant l'intensité de l'atteinte aux droits. Il établit enfin une distinction, socle de sa pensée, entre le délinquant, qui reste néanmoins citoyen et maintient un lien de reconnaissance réciproque avec la société, et le criminel, tellement dangereux qu'il quitte la sphère de la citoyenneté pour intégrer celle de l'«ennemi absolu», et qui se voit nier toute protection par le droit. Pour Jakobs, la réponse pénale basée sur la notion de culpabilité est réservée au seul citoyen car, malgré l'acte qu'il a commis, on peut espérer raisonnablement qu'il se comporte de manière légale à l'avenir. Mais s'agissant de l'ennemi, sa dangerosité interdit d'attendre le stade de la culpabilité, la société doit s'en protéger de manière préventive et la contrainte peut devenir extrême à son égard. Les mécanismes du droit pénal de l'ennemi reposent donc sur les mesures de sûreté et les mesures d'anticipation. Par ailleurs, n'étant plus citoyen, la dépersonnalisation qu'il subit est plus importante et l'aspect procédural du droit pénal de l'ennemi restreint ou annihile les règles du procès équitable, qui n'ont plus cours le concernant (le droit au juge naturel, les droits de la défense, le droit au silence, le droit au recours disparaissent⁶⁵⁴). Le droit pénal de l'ennemi est donc un droit d'exception (composé d'un droit matériel de l'ennemi ainsi que d'un droit procédural de l'ennemi), réservé aux criminels les plus dangereux, dont les terroristes, et qui doit être distingué du droit pénal du citoyen. Pour Jakobs, priver quelques uns de certains droits pour combattre une source de danger extrême est une guerre nécessaire. Il estime qu'un Etat de droit qui, au nom d'une conception idéale et abstraite se refuserait à employer de tels moyens, perdrait sa réalité. Pour lui, sauvegarder l'Etat de droit exige d'employer des moyens contraires à l'Etat de droit.

⁶⁵¹ M. Papa, «*Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international*», RSC 2009, p.3

⁶⁵² G. Giudicelli-Delage, «*Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi*», art. cit.

⁶⁵³ G. Jakobs, «*Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi*», RSC 2009, p. 7

⁶⁵⁴ G. Giudicelli-Delage, «*Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi*», art. cit.

On constate que ce paradigme a influencé la stratégie américaine de lutte contre le terrorisme. Aux Etats-Unis en effet, le terroriste n'est pas considéré comme un criminel lambda mais comme un «combattant illégal» (doctrine de l'«ennemi combattant illégal»). A ce titre, il se voit dénier des garanties fondamentales de procédure. L'emploi de la rhétorique de la guerre dans la politique criminelle américaine ainsi que la légitimation de la guerre (théorie de «la guerre juste») illustre également cette idée.

2/ Les doctrines humanistes contemporaines au soutien des droits de l'homme

On a vu l'influence des doctrines pénales de tendance plutôt «sécuritaire» sur les politiques répressives contemporaines, influence qui, pour l'essentiel, se manifeste par l'instauration de procédés de nature préventive (rétention de sûreté, infractions formelles et obstacles). Certaines de ces doctrines procèdent également à une dépersonnalisation du criminel dangereux pour justifier un abandon des droits fondamentaux à son égard. La question est donc de savoir si la gravité du crime peut justifier l'abdication du droit de l'humain. La majorité de la doctrine en Europe y répond par la négative.

Pour Mireille Delmas-Marty, il ne s'agit bien là que de pratiques, « qui ne sont pas le résultat d'une réflexion délibérée et approfondie sur la signification du droit pénal et de la responsabilité pénale » mais sont pensées comme un substitut par rapport au véritable enjeu qu'est l'incapacité du système à répondre aux objectifs affichés (éradiquer le crime de manière générale) d'un discours politique que sous-tend une culture de la peur provoquée par le terrorisme⁶⁵⁵. Cette tendance a pour conséquence une déformation de la réalité par la sélection de cibles et, surtout, le sacrifice des libertés individuelles.

Le respect des droits et libertés fondamentaux est pourtant jugé essentiel dans une démocratie, car si l'on sacrifie les libertés au nom de la lutte anti-terroriste, «on se met à ressembler à la caricature que le terrorisme prétend dénoncer, on revêt le masque qu'il veut nous imposer»⁶⁵⁶. Il convient de refuser ce «mimétisme de la coercition» et de la violence. Gilles de Kerchove arrive au même constat, et estime que le risque est que le terrorisme ne s'auto-alimente en tirant argument des réactions qu'il suscite⁶⁵⁷. Pour Michèle Papa, le respect des droits fondamentaux de la personne constitue une acquisition qui n'est pas susceptible de révision, quel qu'en soit le sujet, d'autant plus que le droit doit remplir des fonctions complexes, non seulement répressives mais également symboliques. En effet, le droit pénal, au delà de sa fonction répressive, est également le miroir de

⁶⁵⁵ M. Delmas-Marty, citée par G. Giudicelli-Delage, art. cit.

⁶⁵⁶ S. Sur, «Un mal qui répand la terreur», art. cit.

⁶⁵⁷ G. De Kerchove, préface de l'ouvrage *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, op. cit.

notre société et de ses valeurs fondamentales⁶⁵⁸. Il constitue un cadre de principes et de valeurs. Comme le disait Robert Badinter à propos de la peine de mort, «utiliser contre les terroristes la peine de mort, c'est, pour une démocratie, faire siennes les valeurs de ces derniers»⁶⁵⁹. Le risque est donc de détruire la démocratie au motif de la défendre...

Le Professeur anglais Paul Wilkinson adopte la même position en ces termes : «*even in its most severe crises, the liberal democracy must seek to remain true to itself, avoiding on the one hand the dangers of sliding into repression, and on the other the evil consequences of inertia, inaction and weakness, in upholding the constitutional authority and preserving law and order. Another kind of betrayal is the deliberate suspension or limitation of civil liberty on grounds of expediency. However hard the going gets in coping with severe internal or international terrorism, or both, a liberal democratic government has a primary duty to preserve constitutional government. The attempt to rule by emergency decree, abandonment of a democratic process, and fundamental abridgements of a democratic constitution must be resisted. The government must show that its measures against terrorism are solely directed at quelling the terrorist attack*»⁶⁶⁰. Wilkinson ne s'oppose pas à ce que certaines mesures exceptionnelles et sévères soient adoptées dans le cadre de la lutte anti-terroriste mais il les soumet à trois conditions : ces mesures et leur application doivent demeurer sous le contrôle des autorités civiles (et non militaires), elles doivent demeurer dans le cadre de la loi (il faut maintenir les procédés légaux normaux à l'encontre des mesures accusées d'actes de terrorisme), et ne doivent être prises que pour un temps limité et pouvoir être abrogées en cas de changement de circonstances. C'est cette dernière condition qui pose le plus problème au regard des réactions législatives européennes, tant l'on sait que des mesures qui avaient initialement une vocation temporaire ont été par la suite définitivement consacrées (exemple en France des opérations de contrôle d'identité et visites de véhicules réalisées sur décision du parquet dans certains lieux et pendant une certaine durée pour la recherche d'infractions terroristes ou d'infractions en matière d'armes, d'explosifs ou de stupéfiants⁶⁶¹).

En Europe, la doctrine s'accorde donc pour dire - et la position inverse serait difficilement soutenable dans un espace juridique dominé par la Cour Européenne des droits de l'Homme - que les Etats ne sont tenus de combattre le terrorisme, et plus généralement la criminalité d'une particulière gravité, que dans la mesure où cela demeure compatible avec le respect des droits et libertés des personnes. La première obligation trouve dans la seconde sa limite. Il est certes possible de concevoir quelques dérogations ou limitations à ces droits, tous n'étant pas absolus, mais il convient de ne pas y porter une atteinte démesurée, de respecter les régimes qu'admettent ces

⁶⁵⁸ Jean-Louis Nadal, allocution introductive au colloque du Sénat sur le bi-centenaire du code pénal du 25 novembre 2010

⁶⁵⁹ R. Badinter, Journal Officiel de la République française, n°27/1981, 18 septembre 1981

⁶⁶⁰ P. Wilkinson, «*Law-enforcement, criminal justice and the liberal state*», in *Terrorism versus Democracy : The Liberal State Response*, Routledge, 2006, cité par M. Weyemberg, «*Le terrorisme et les droits fondamentaux de la personne. Le problème*», dans *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, op. cit.

⁶⁶¹ Pérennisées par la loi n°2003-239 du 18 mars 2003

droits⁶⁶², et d'apporter des garanties compensatoires suffisantes. Partir de ce postulat ne suffit toutefois pas. Les attentats du 11 septembre sont en effet à l'origine de l'adoption de mesures, aux Etats-Unis comme en Europe, laissant craindre ce que certains n'ont pas hésité à nommer une «dérive sécuritaire»⁶⁶³.

§2 - Le risque d'une «dérive sécuritaire» internationale

Pour Mireille Delmas-Marty, la découverte d'un terrorisme planétaire le 11 septembre 2001 a été la source d'une dérive sécuritaire amorcée par les Etats-Unis⁶⁶⁴. Les Etats-Unis ont en effet choisi, dans un premier temps, de répondre à l'«agression» par la guerre, dans l'idée de la célèbre formule de Clausewitz que «la guerre est la continuation de la politique par d'autres moyens»⁶⁶⁵. Le Conseil de sécurité de l'ONU a légitimé ce choix, en votant deux résolutions 1368 et 1373 des 12 et 28 septembre 2001. Alors que le droit naturel de légitime défense avait été inscrit dans la Charte des Nations-Unies comme une soupape de sécurité pour le cas où l'un des membres aurait été l'objet d'une attaque armée, le Conseil de sécurité va l'appliquer pour la première fois, en septembre 2001, à l'agression terroriste⁶⁶⁶. L'excès de la réponse américaine s'illustre également, de manière plus juridique, dans l'utilisation de la théorie de l'«ennemi illégal combattant». Certains pays d'Europe comme l'Angleterre ont, dans un premier temps et dans une moindre mesure, embrayé le pas aux Etats-Unis. Si la France a été moins touchée par cet excès sécuritaire post-11 septembre, sa législation anti-terroriste ayant été développée dès 1986 et 1992, elle n'en reste pas moins potentiellement concernée.

LA SITUATION AMÉRICAINE - Les Etats-Unis, pourtant perçus comme la plus grande démocratie mondiale, ont adopté, après les attentats du 11 septembre, un droit répressif à l'extrême : remplacement des juges de droit commun par des commissions militaires pour connaître des actes de terrorisme, légitimation des traitements inhumains et dégradants voire de la torture (plusieurs affaires en témoignent⁶⁶⁷) ... Cet affaiblissement de l'Etat de droit au nom de la sécurité a levé un tabou et permis, pour Mireille Delmas-Marty, la libération des responsables politiques de l'obligation de respecter les limites liées à l'Etat de droit. La «War on terror» de l'administration Bush suite aux attentats du 11 septembre fait donc écho à la doctrine de l'«ennemi combattant

⁶⁶² O. De Schutter, «La convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme», dans *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, op. cit.

⁶⁶³ J-L. Halpérin, «Ambivalence des doctrines pénales modernes», RSC 2010, p.9

⁶⁶⁴ M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, art. cit.

⁶⁶⁵ C. von Clausewitz, *De la guerre*, 1832, éd. Perrin, 1999. Même si cette formule est généralement entendue comme signifiant que, pour Clausewitz, la guerre est souhaitable lorsqu'il n'y a aucune autre solution diplomatique acceptable à un différend politique, nous estimons qu'elle illustre bien ici le fait que la guerre est un instrument politique finalement utilisée par les Etats-Unis dans le but de rétablir une certaine paix sociale et un certain ordre social. Elle devient un instrument de politique répressive, une alternative à la réponse pénale traditionnelle.

⁶⁶⁶ M. Delmas-Marty, *ibid*

⁶⁶⁷ Dans l'affaire *Mohammed Jawad*, des preuves ont été refusées au motif qu'elles auraient été obtenues par la torture durant la détention de ce dernier en Afghanistan. Par ailleurs, le 13 janvier 2009, le chef des commissions militaires à Guantanamo, Susan Crawford, reconnaissait l'utilisation de techniques de tortures dans l'interrogatoire de Mohammed al-Qahtani. J. Cantegreil, art. cit.

illégal», qui procède de l'utilisation en parallèle de dérogations au droit pénal commun et de «suspensions» du droit pénal⁶⁶⁸.

Le 18 septembre 2011 le congrès des Etats-Unis adoptait une résolution jointe, «*authorization of use of military force against terrosist*», qui autorisait le président de la République à utiliser «toute force nécessaire» contre les nations, organisations, ou personnes dont il détermine qu'elles ont planifié, aidé ou commis les attaques terroristes qui ont eu lieu le 11 septembre 2011, ou abrité de telles organisations ou personnes, afin d'éviter tout acte futur de terrorisme international contre les Etats-Unis. Cette résolution constitue le socle qui permet l'adoption d'un droit d'exception, mis en oeuvre par le Patriot Act le 26 octobre 2001 ⁶⁶⁹, qui autorise la détention, pour une durée indéfinie, des personnes n'ayant pas la citoyenneté américaine et qui ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une mesure d'expulsion, lorsque le ministre de la justice certifie qu'il a des motifs raisonnables de croire que l'individu est engagé dans des activités terroristes ou met en péril la sécurité nationale⁶⁷⁰. Kenneth Roth estime que le gouvernement des Etats-Uni a placé ainsi en détention plus de mille suspects après le 11 septembre⁶⁷¹. Le texte était extrêmement extensif et permettait de saisir toute personne soupçonnée d'être impliquée, non seulement dans la commission d'un acte de terrorisme mais également d'une infraction de soutien au terrorisme (notamment pour l'équivalent de notre recel de malfaiteurs) ou encore d'entretenir des liens avec un groupement terroriste, et de la placer en détention pour une durée indéterminée, sans pour autant déclencher de poursuites pénales à son égard ni de procédure d'expulsion. Ainsi, un citoyen chinois musulman Ouïghour a pu être détenu à Guantanamo durant six ans pour ses seuls liens avec l'Est Turkestan Islamic Movement (sans que l'administration Bush n'ait eu de preuve qu'il ait pu souhaiter se battre contre les Etats-Unis si ce n'est un lien extrêmement lointain entre ce mouvement et Al-Qaïda)⁶⁷².

Un décret militaire présidentiel du 13 novembre 2001 écarta par ailleurs les tribunaux de droit commun au profit de tribunaux militaires pour juger des actes de terrorisme. Le décret rejetait également la possibilité d'un contrôle des décisions des commissions militaires par une autre cour et écartait le droit militaire commun (issu du *Uniform code of military justice*) qui aurait permis une meilleure garantie du droit à un procès équitable. Enfin, le système mis en place à l'encontre des terroristes aux Etats-Unis s'est trouvé quasiment dénué de toute garantie procédurale par la mise en oeuvre de la doctrine de l' «ennemi illégal combattant» (pas de comparution devant un tribunal indépendant, pas de droit de recours, pas de procès public, pas de droit de contredire les preuves ou les témoignages, pas d'exigence que les éléments de preuve soient établis au-delà du doute raisonnable⁶⁷³, le «standard» de la preuve de droit commun dans une affaire criminelle).

⁶⁶⁸ J. Cantegreil, «*La doctrine du 'combattant ennemi illégal'*», RSC 2010, p. 81

⁶⁶⁹ The Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001, Pub. L. n° 107-56, 115 Stat. 272 (26 Oct. 2001), cité par J. Cantegreil, article p.c.

⁶⁷⁰ K. Roth, «*Les droits de l'homme et la campagne anti-terroriste*», dans *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, p.c.

⁶⁷¹ *ibid*

⁶⁷² *Parhat v. Gates*, n°06-1397 (DC Cir.), cité par J. Cantegreil, art. cit.

⁶⁷³ K. Roth, *ibid*

Certains droits ont été réintroduits par la Cour Suprême des Etats-Unis au gré des affaires dont elle a eu à connaître. Ainsi, depuis les arrêts *Rasul*⁶⁷⁴ et *Boumediene*⁶⁷⁵, les prisonniers qualifiés d'ennemis combattants peuvent contester les preuves qui fondent leur détention et déposer une requête en *Habeas Corpus* (des juges fédéraux ont déjà été amenés à prononcer la libération de certains d'entre eux).

LA SITUATION FRANÇAISE - En France, les premières réponses au terrorisme ont été apportées à partir de l'année 1986 et, dès 1992, le code pénal bénéficiait déjà d'un dispositif anti-terroriste relativement complet. C'est pourquoi la France était moins sujette aux dérives que d'autres pays européens (comme la Grande-Bretagne) qui n'avaient pas encore véritablement développé d'arsenal anti-terroriste solide. Pourtant, tout risque de dérive n'est pas totalement à exclure et l'on peut notamment craindre, en raison de l'enchevêtrement des réponses normatives internationales, un certain mimétisme dans le sens de la répression.

Par ailleurs, le régime anti-terroriste français fait un grand usage de la rétention de sûreté, adoptée en 2008, basée sur la notion floue de dangerosité et qui est l'une des clés de voute de la répression anti-terroriste (elle peut être prononcée pour chacune des infractions terroristes du Code pénal). Le risque précédemment invoqué d'un droit pénal qui se baserait principalement sur la notion de dangerosité, porteuse d'incertitudes, plutôt que sur celle, plus fiable, de culpabilité, prend ici tout son sens, au regard également des infractions formelles et obstacles du dispositif français. Laurent Mucchielli souligne aussi le ralliement de tous les partis politiques aux réponses les plus répressives quand il s'agit du terrorisme ainsi que l'accroissement notable du fichage de la population (il prétend que près de 10% de la population française serait fichée au STIC) et de la vidéosurveillance⁶⁷⁶. Les attentats du 11 septembre ont permis, il est vrai, la mise en place d'une véritable société de surveillance corrélativement au développement des nouvelles technologies (écoutes, géolocalisation, infiltration numérique, collection de données personnelles) et de la circulation des informations.

Olivier De Schutter, quant à lui, identifie essentiellement trois type de risques de déviance : l'effet d'aubaine, l'effet de contamination et l'effet de discrimination⁶⁷⁷. Par l'effet d'aubaine, il fait référence à la tentation que peuvent avoir les Etats, sous couvert de lutte contre le terrorisme, d'englober d'autres formes de criminalité qui n'ont que peu en commun avec le terrorisme et d'étendre le champ d'application des mesures dérogatoires au-delà de leur domaine initial d'application. Ce risque est d'autant plus palpable que la définition large et malléable du terrorisme a pu entretenir certaines confusions. Il existe un risque de voir des mesures dérogatoires conçues dans le cadre de la lutte contre le terrorisme (interception de communications sans contrôle

⁶⁷⁴ *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004).

⁶⁷⁵ *Boumediene v. Bush* 553 US (2008), cité par J. Cantegreil, art. cit.

⁶⁷⁶ L. Mucchielli, « Identifier, contenir, mettre à l'écart : le retour du discours sécuritaire et ses prétentions », conférence au Collège de France du 8 juin 2009

⁶⁷⁷ O. De Schutter, « La convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme », dans l'ouvrage *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, p.c.

judiciaire préalable, extension de la durée de la garde à vue ou de la détention provisoire) étendues par glissements successifs à des formes de criminalité de moindre gravité (extension du régime dérogatoire de la garde à vue aux trafiquants de drogue par exemple). Pour limiter l'effet d'aubaine, l'auteur suggère, comme Wilkinson, de limiter systématiquement dans le temps l'effet des mesures prises dans la lutte contre le terrorisme. Si c'est la solution en faveur de laquelle avait opté le législateur français au début des années 2000, force est de constater qu'il a systématiquement entériné les mesures ainsi adoptées par des lois postérieures. Didier Bigo⁶⁷⁸ parle à cet égard d'«effet cliquet», et souligne que l'on ne peut jamais revenir à la situation initiale. Il prend notamment l'exemple du plan vigipirate qui est toujours actif (il est toutefois vrai que la menace est plus vivace que jamais...). De surcroît, il existe un risque d'effet de «contamination». On a en effet conscience que certains groupes sociaux (associations, groupes religieux, partis politiques), pourtant non terroristes, défendent des causes parfois proches des groupements terroristes tout en exerçant en toute légalité et légitimité leur liberté d'expression, de réunion, d'association ou de liberté religieuse. Il pourrait ainsi exister une tentation des Etats d'imposer des restrictions à ces libertés, qui parfois dérangeant, en utilisant le support du régime de l'incrimination terroriste. S'il est légitime et nécessaire de couper le terrorisme de ses soutiens, y compris lorsqu'ils se donnent une façade légale, il n'est en revanche pas acceptable que certaines revendications ou idées ne puissent être entendues⁶⁷⁹. On soulignera toutefois qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer le discours qui incite à la violence et à la haine aveugle et le discours qui défend des causes impopulaires et des positions non majoritaires

Enfin, peut également être dénoncé le risque d'un «effet de discrimination» qui découle presque inévitablement d'une approche procédant à une certaine catégorisation de la criminalité (c'est actuellement l'islam et l'«islamophobie» qui cristallise les tensions). La doctrine craint ainsi une certaine discrimination dans l'application qui sera faite des lois eu égard à la visibilité particulière de certaines catégories de personnes dans la criminalité terroriste, discrimination qui serait susceptible de présenter un danger pour la cohésion sociale⁶⁸⁰. Mais on remarquera que la CEDH hésite à percevoir des discriminations dans de simples pratiques, notamment pour des raisons probatoires.

On mentionnera pour finir que le constat d'insuffisance des réponses législatives françaises, que nous avons effectué dans le chapitre précédent, nous conduit à nous interroger sur le risque de déviances (termes flous, définitions extensives susceptibles d'appréhender des situations multiples) et sur la capacité du juge à prendre le relai de la loi pour assurer un rééquilibrage⁶⁸¹ de la réponse pénale.

⁶⁷⁸ D. Bigo, «L'impact des mesures anti-terroristes sur l'équilibre entre liberté et sécurité et sur la cohésion sociale en France», dans *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, p.c

⁶⁷⁹ O. De Schutter, art. cit.

⁶⁸⁰ D. Bigo, *ibid*

⁶⁸¹ Terme emprunté à A. Adam, *La lutte contre le terrorisme. Etude comparative Union Européenne - Etats-Unis*, éd. L'Harmattan, 2005

SECTION 2 : UNE RÉPONSE AU PROBLÈME, LE RÉÉQUILIBRAGE PAR LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL

Le dispositif législatif français maintient le juge au coeur de la lutte anti-terroriste. Il a heureusement su éviter l'écueil de l'évasion des garanties du système judiciaire, ce qui maintient cette lutte dans le cadre de l'état de droit et de la démocratie⁶⁸². Le juge, constitutionnel d'abord, européen ensuite, occupe donc une place cruciale dans la garantie des droits et libertés fondamentales dans la lutte contre la criminalité terroriste. Il a procédé en la matière à un rééquilibrage de la réponse répressive et a contribué à palier les insuffisances législatives.

§1- Le juge constitutionnel, garant des libertés individuelles

La législation anti-terroriste n'étant pas, à proprement parler, une législation d'exception, le Conseil Constitutionnel fait application de sa jurisprudence classique pour en contrôler la constitutionnalité. Il n'a pas été question, en effet, pour le législateur, de mettre en place l'un des régimes d'exception prévus par la Constitution, qui fournissent à ce dernier les bases normatives permettant la gestion de situations de crises avec un allègement considérable du poids des exigences constitutionnelles ordinaires. Qu'il s'agisse de la déclaration de guerre, envisagée à l'article 35 de la Constitution (qui suppose un ennemi ciblé et certain), des pouvoirs exceptionnels conférés au président en période de crise en vertu de l'article 16 (qui exigent pour être mis en oeuvre non seulement un danger avéré pour les institutions et la République, l'indépendance de la nation et l'intégrité du territoire mais aussi une situation ponctuelle et exceptionnelle), de l'état de siège de l'article 36 (qui répond à une situation de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée), ou de l'état d'urgence instauré par la loi du 3 avril 1955 (qui peut être déclaré lorsque des événements ont le caractère d'une «calamité publique»), aucune de ces situations ne répond aux caractéristiques de la menace terroriste, laquelle est diffuse et constante depuis 2001, sans pour autant pouvoir être assimilée à une déclaration de guerre ni présenter une situation de péril imminent⁶⁸³. Contrairement aux constituants espagnols ou italiens, qui donnent la possibilité aux gouvernements de répondre aux situations de nécessité et d'urgence qui pourraient naître des suites d'un attentat terroriste par les décrets-loi mais avec une obligation de conversion de ces normes par le législateur, les constituants français n'ont pas mis en place de régime d'exception dans lequel la gestion d'un acte de terrorisme pourrait entrer⁶⁸⁴. Le législateur emprunte donc la voie du droit commun, et plus spécifiquement du droit pénal, pour lutter contre le terrorisme, et reste soumis aux exigences constitutionnelles quant au respect des droits fondamentaux. L'attribution d'une compétence exclusive au législateur en matière de réglementation de l'exercice des droits fondamentaux et de compétence répressive ne lui attribue en effet pas un pouvoir entièrement discrétionnaire en la

⁶⁸² P. Mazeaud, «*La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*», Visite à la cour suprême du Canada, 24 au 26 avril 2006, Document du Conseil Constitutionnel

⁶⁸³ K. Roudier, «*Le droit constitutionnel et la légalité de l'infraction de terrorisme*», document de l'Association française de Droit constitutionnel disponible sur le site droitconstitutionnel.org

⁶⁸⁴ K. Roudier, *ibid*

matière, mais il doit au contraire veiller à concilier l'impératif de répression avec les droits, libertés et principes constitutionnels. Le Conseil constitutionnel a donc été amené à contrôler l'essentiel, pour ne pas dire la quasi-intégralité, des dispositions législatives relatives à la lutte contre le terrorisme.

Comme nous l'indique Pierre Mazeaud, ancien président du Conseil, les sages utilisent aux fins de leur contrôle le concept d'«objectif de valeur constitutionnelle», afin de prendre en compte des considérations d'intérêt général en vue d'atténuer la portée de certaines exigences constitutionnelles⁶⁸⁵. En matière de lutte contre le terrorisme, le Conseil prend ainsi en compte les objectifs de recherche des auteurs d'infractions et de préservation de l'ordre public. Cette dernière notion englobe celles de «bon ordre, sécurité, salubrité et tranquillité publiques» et constitue l'un des premiers objectifs de valeur constitutionnelle dégagés par le Conseil⁶⁸⁶. Le Conseil Constitutionnel estime ainsi que «*le législateur doit effectuer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens, et à la recherche des auteurs d'infractions, toutes les deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties*»⁶⁸⁷. Parmi ces libertés figurent notamment la liberté individuelle, au sens de l'*Habeas Corpus*, la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile privé, le secret des correspondances et le respect de la vie privée. On rappellera également que le Conseil constitutionnel contrôle le respect des exigences de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme qui sont essentiellement celles de nécessité des incriminations et des peines, de précision et de clarté de la loi pénale. Le contrôle est un contrôle de proportionnalité, le Conseil constitutionnel n'ayant pas vocation à substituer son appréciation à celle du Parlement en terme d'opportunité politique. Or, pour qu'un acte restreignant l'exercice des libertés soit licite du point de vue du principe de proportionnalité, il doit être strictement limité à ce qu'exige la réalisation du but visé par son auteur, et ne pas conduire à sacrifier davantage que ce qui est obtenu ⁶⁸⁸. Le Conseil vérifie que l'atteinte portée par la mesure à la liberté constitutionnellement protégée n'est pas excessive, injustifiée ou manifestement déséquilibrée. Il effectue donc des arbitrages entre des impératifs souvent contraires.

Si peu de questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) ont été soulevées en la matière (on soulignera tout de même la QPC du 17 février 2012 sur la désignation de l'avocat lors d'une garde à vue en matière de criminalité organisée, ayant conduit à l'abrogation de l'article 706-88-2 qui restreignait la possibilité du gardé à vue de choisir librement son avocat⁶⁸⁹), le contrôle *a priori* des lois anti-terroristes, matière sensible et donc soumise à une vigilance particulière des députés et sénateurs de l'opposition, a bien fonctionné. Ainsi, depuis la loi du 9 septembre 1986, toutes celles

⁶⁸⁵ P. Mazeaud, *ibid*

⁶⁸⁶ Conseil Constitutionnel, décision n°80-127 DC du 20 janvier 1981, cité par P. Mazeau, p.c.

⁶⁸⁷ Conseil Constitution, décision n°2005-532 du 19 janvier 2006 sur la loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers.

⁶⁸⁸ G. Chetard, «*La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*», RSC 2013, p. 51

⁶⁸⁹ Décision n°2011-223 du 17 février 2012

qui ont suivi (lois du 22 juillet 1996, du 15 novembre 2001, du 9 mars 2004, du 18 mars 2013, du 23 janvier 2006, du 21 décembre 2012) ont été déférées au Conseil Constitutionnel, selon la procédure de contrôle *a priori*, à l'exception des lois 15 novembre 2001 et du 21 décembre 2012.

De manière générale, le Conseil Constitutionnel a été amené à valider les lois qui lui ont été soumises. Toutefois, il a parfois assorti chacune de ses décisions de censures partielles ou de réserves afin de manifester sa vigilance en la matière.

Il a ainsi pu estimer que la loi du 9 septembre 1986 ne portait pas une atteinte excessive à la liberté individuelle s'agissant de ses dispositions relatives à la garde à vue et que la définition de la circonstance terroriste répondait suffisamment aux exigences constitutionnelles de clarté et de précision requises de la loi pénale⁶⁹⁰. Il a également pu considérer que la loi du 9 mars 2004, instaurant de nouvelles modalités d'intervention de l'avocat ainsi qu'une nouvelle procédure très dérogoratoire en matière de criminalité organisée, ne portait pas une atteinte injustifiée à la liberté individuelle ni aux droits de la défense ou aux prérogatives de l'autorité judiciaire⁶⁹¹. Il a encore jugé que la loi du 23 janvier 2006 introduisant un nouveau dispositif de prises de vue de véhicules automobiles et de leurs occupants était propre à assurer une conciliation entre respect de la vie privée et sauvegarde de l'ordre public et n'était donc pas manifestement déséquilibrée⁶⁹².

Le juge constitutionnel a cependant eu l'occasion d'exercer son pouvoir de censure, s'agissant notamment de la loi du 23 juillet 1996, qui classait parmi les infractions susceptibles d'être qualifiées de terroristes, le délit d'aide à l'entrée ou au séjour irrégulier des étrangers⁶⁹³. Le Conseil avait en effet estimé que le législateur avait «entaché son appréciation d'une disproportion manifeste» dans la mesure où les agissements visés n'étaient pas des actes matériels directement attentatoires à la sécurité des biens ou des personnes mais constituaient un simple comportement d'aide directe ou indirecte à des personnes en situation irrégulière qui n'était pas en relation immédiate avec l'acte terroriste. Les «sages» avaient également souligné le fait qu'au cas où un lien avec une entreprise terroriste apparaîtrait, les faits pourraient être poursuivis sous d'autres qualifications, comme le recel de criminels ou la participation à une association de malfaiteurs⁶⁹⁴. L'incrimination ne répondait donc pas à l'exigence constitutionnelle de nécessité.

Il a eu également l'occasion d'utiliser le mécanisme des réserves d'interprétation, afin de valider globalement la loi lui étant soumise, tout en apportant quelques correctifs sur les points lui apparaissant les moins respectueux de la Constitution. Sur la question de la prolongation de la garde à vue en matière terroriste notamment, le Conseil a pu globalement valider le dispositif prévoyant que l'avocat ne peut intervenir qu'à compter de la soixante douzième heure de garde à vue pour

⁶⁹⁰ Décision n°86-213 DC du 3 septembre 1986

⁶⁹¹ Décision n°2004-492 DC du 2 mars 2004

⁶⁹² Décision n°2005-532 DC du 19 janvier 2006, citée par P. Mazeaud, art. cit.

⁶⁹³ Décision n°96-377 DC du 16 juillet 1996

⁶⁹⁴ B. Mercuzot, «*Lutte contre le terrorisme et Constitution*», Dalloz 1997, p. 69

l'ensemble des infractions relevant de la criminalité organisée (art 706-88 du code de procédure pénale), tout en émettant une réserve d'interprétation relative au rôle du magistrat dans le contrôle de l'opération. Il a effectivement souhaité insister sur la nécessité d'un contrôle effectif de l'action policière par l'autorité judiciaire, et a donc précisé que le fait que la loi indique que le Procureur de la République doit être avisé, lors d'un placement en garde à vue, de la qualification des faits justifiant le report de la première intervention de l'avocat, impliquait que ce magistrat contrôle aussitôt la qualification donnée par l'officier de police judiciaire responsable du placement en garde à vue ⁶⁹⁵.

S'agissant de la loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme, qui a renforcé les moyens des services de police et de gendarmerie (entre autres par le développement de la vidéosurveillance) et leur a permis d'accéder, dans le cadre de la police administrative, à de nombreux fichiers gérés par le ministère de l'intérieur et de constituer des traitements automatisés de données recueillies sur les déplacements de voyageurs en dehors de l'Union Européenne, le Conseil a eu l'occasion de poser une limite au champ d'application du dispositif. Avait été contestée une disposition qui permettait aux agents de services spécialisés dans la prévention du terrorisme de se faire communiquer certaines données techniques, dites «de trafic», afférentes aux communications électroniques (relatives à l'identification des numéros d'abonnement ou de connexion à des services de communications électroniques, à la localisation des équipements terminaux utilisés ainsi qu'aux données portant sur la liste des numéros appelés et appelants, la durée et la date de la communication), détenues par les hébergeurs et fournisseurs. La disposition contestée permettait la réquisition de ces données dans un cadre de police administrative, avant toute procédure judiciaire. Toutefois le Parlement y avait adjoint une finalité répressive, alors qu'une telle finalité implique traditionnellement, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, un contrôle de l'autorité judiciaire⁶⁹⁶. Le conseil a estimé que ces mesures de police administrative relevant de la seule compétence du pouvoir exécutif ne pouvaient qu'avoir une finalité préventive et non répressive. Le conseil a donc recadré la nouvelle procédure, afin de la maintenir dans les limites de l'Etat de droit. Le reste de la procédure a été validé, le Conseil prenant le soin de souligner les garanties et précautions assorties à celle-ci, notamment assurées par la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité.

Il faut toutefois constater que le terrorisme a, comme le souligne Karine Roudier, déplacé les équilibres traditionnels de la conciliation entre préservation de l'ordre public et préservation des libertés constitutionnellement reconnues. Le juge constitutionnel doit exercer son contrôle dans un contexte dans lequel la nécessité de préserver la démocratie est accrue, et celle de préserver les libertés, s'il elle s'exprime avec d'autant plus d'acuité, est rendue plus délicate par la gravité et la complexité des actes de terrorisme. L'analyse du contrôle de constitutionnalité de la législation anti-terroriste relève alors d'un contrôle «sur mesure», modelé par son objet⁶⁹⁷. Contraint de s'adapter

⁶⁹⁵ Décision n°2004-492 DC du 2 mars 2004, cité par P. Mazeaud, p.c.

⁶⁹⁶ K. Roudier, art. cit.

⁶⁹⁷K. Roudier, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste. Etude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique Tome 140, LGDJ

aux spécificités du terrorisme, le juge constitutionnel fait preuve d'une plus grande tolérance. Cette tolérance se manifeste notamment au sujet de la définition du terrorisme. Le Conseil constitutionnel, en 1986, a affirmé plutôt qu'il n'a démontré, de manière relativement péremptoire, la précision suffisante de la loi. Il élude en partie l'argumentation basée sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et l'aspect éminemment subjectif de cette définition. L'indulgence est également perceptible dans le contrôle qui a été fait de l'article 11 de la loi du 13 mars 2003, qui permet de manière plus large les visites de véhicules autorisées par la loi du 15 novembre 2001 (et pérennise, par la même occasion, une mesure qui avait été conçue comme provisoire). Dans chacune de ses décisions, le Conseil peine à justifier le respect des exigences constitutionnelles, et sa gêne face aux mesures anti-terroristes est patente. De plus, le Conseil se contente généralement d'une appréciation très globale, dans une matière où il devrait au contraire, en raison de son extrême sensibilité et des risques accrus pesant sur les libertés, faire preuve de davantage de rigueur. Il se contente même parfois de renvoyer à la bonne appréciation du pouvoir judiciaire, comme cela a été le cas dans sa décision du 2 mars 2004⁶⁹⁸ s'agissant de l'application du qualificatif «terroriste» au vol, quelque soit sa gravité, dépassant ainsi le strict cadre de la nécessité⁶⁹⁹. Si nous sommes convaincus de la qualité de la justice française, nous rappellerons cependant que le rôle fondamental du Conseil constitutionnel est de s'assurer du respect de principes cardinaux de notre droit, si déterminant qu'ils sont consacrés dans son instrument le plus symbolique et le plus fort⁷⁰⁰, parmi lesquels le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, sous-tendu par le principe de légalité, qui garantit le principe essentiel de séparation des pouvoirs.

Il est vrai qu'il est hasardeux de trouver un équilibre entre le contrôle insuffisamment précis ou insuffisamment sévère, alors inefficace, et le contrôle trop strict, qui peut constituer un empiètement illégitime sur les pouvoirs du Parlement. La modulation apparaît certes bienvenue, et même nécessaire, dans les domaines les plus sensibles et les plus complexes (d'ailleurs, ce contrôle varie également en toute matière en fonction du droit ou de la liberté dont l'exercice est restreint, ou du domaine dans lesquelles elles s'expriment). A ce titre, Karine Roudier suggère l'établissement de normes constitutionnelles spécifiques définissant le cadre général de la lutte contre le terrorisme⁷⁰¹, comme le fait la Constitution espagnole. Il est néanmoins permis de penser que, si le contrôle de constitutionnalité s'exerce avec moins de rigueur et de sévérité qu'à l'accoutumée, il permet néanmoins de maintenir la législation anti-terroriste dans les limites de l'Etat de droit, bien que celles-ci soient «poussées à leur point de rupture». Pierre Mazeaud estime d'ailleurs que «l'on approche désormais des limites ultimes», en terme de constitutionnalité, s'agissant de la lutte contre le terrorisme⁷⁰².

⁶⁹⁸ Décision n°2004-492 DC

⁶⁹⁹ G. Chetard, art. cit.

⁷⁰⁰ Bien que la place prise par la législation communautaire soit de plus en plus importante, le juge français considère, en accord avec la pyramide de Kelsen, que le bloc de constitutionnalité se situe seul au sommet de la hiérarchie des normes.

⁷⁰¹ K. Roudier, art. cit.

⁷⁰² P. Mazeaud, *ibid*

§2 - Les juges européens, gardiens des droits fondamentaux

Le rôle occupé par les juges européens en matière de contrôle des mesures prises dans le cadre de la lutte anti-terroriste est central. Le juge de Strasbourg, tout d'abord, a été amené à connaître de la législation anti-terroriste d'un certain nombre de pays du Conseil de l'Europe sur le fondement de violations alléguées aux droits garantis par la Convention (qui protège des droits fondamentaux semblables à ceux protégés par le bloc de constitutionnalité). Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) ayant été ouvert par une ratification française en ce sens en 1980, certains aspects de la législation anti-terroriste française ont pu être portés à l'attention de la Cour, qui exerce son office avec une certaine sévérité dès lors qu'il est question de droits aussi fondamentaux que la liberté d'aller et venir ou encore la liberté d'expression. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), ensuite, a vu son rôle s'accroître corrélativement à l'importance prise par le droit pénal de l'Union européenne. Elle peut connaître tant de la légalité des propres instruments légaux de l'Union européenne que de leur mise en oeuvre par les droits nationaux des Etats membres.

A) Le rôle phare de la CEDH

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950, et ratifiée par la France en 1974, pose non seulement des droits procéduraux en matière pénale (droit d'accès à un tribunal indépendant et impartial, droit à la célérité de la procédure, à la contradiction des débats, à la publicité et à la motivation des décisions de justice...) ⁷⁰³, mais également et principalement des droits substantiels, des libertés fondamentales «qui constituent les assises même de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme dont ils se réclament». Ces droits et libertés fondamentaux appartiennent à un «patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit» ⁷⁰⁴. Sont ainsi consacrés, entre autres, le droit à la vie (article 2 de la Convention), l'interdiction de la torture (art. 3), le droit à la liberté et à la sûreté (art. 5), le principe de légalité (art. 7), la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 9), la liberté d'expression (art. 10), ou encore la liberté de réunion et d'association (art. 11). Certains de ces droits, comme le droit à la vie ou l'interdiction de la torture, sont absolus et donc non susceptibles de dérogations, tandis que d'autres, tels la liberté d'expression ou la liberté d'association, sont susceptibles de restrictions.

Il convient, en premier lieu, de souligner que la Convention européenne des droits de l'homme reconnaît aux Etats parties, en son article 15, une faculté de dérogation à certains droits de la

⁷⁰³ Art. 6 de la *Conv. EDH*, sur le droit à un procès équitable

⁷⁰⁴ Exposé des motifs de la *Conv. EDH*

convention lorsqu'un danger public menace la nation à condition d'en tenir informé le Secrétaire général du Conseil de l'Europe. Le Royaume-Uni y a recouru, une première fois afin de réagir aux agissements terroristes de l'IRA en Irlande du Nord, ainsi que suite aux attentats du 11 septembre⁷⁰⁵ (il entendait alors déroger à l'article 5§1 afin de permettre la mise en détention de personnes de nationalité étrangère présentant un risque pour la sécurité de la nation, mais ne faisant pas l'objet d'une mise en accusation pénale et dont l'exclusion du territoire est impossible). La Turquie y a recouru également afin de lutter contre le PKK⁷⁰⁶. Les conditions de l'article 15 sont toutefois interprétées de manière relativement restrictive. La notion de «danger public menaçant la vie de la nation» était initialement entendue comme désignant «une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'Etat»⁷⁰⁷. Elle a ensuite été entendue, il est vrai, pour couvrir les circonstances dans lesquelles seule une portion du territoire ou de la population est concernée⁷⁰⁸. Toutefois, les mesures adoptées sous le couvert de la dérogation doivent avoir été prises «dans la stricte mesure où la situation l'exige», la Cour européenne évaluant cette exigence au regard de «la nature des droits touchés par la dérogation, la durée de l'état d'urgence et les circonstances qui l'ont créée»⁷⁰⁹. Ensuite, l'article 15 exige que les mesures dérogatoires ainsi adoptées n'entrent pas en contradiction avec d'autres obligations découlant du droit international. A ce titre, elle vérifie notamment que sous couvert d'une dérogation à la convention autorisée par l'article 15, l'Etat ne viole pas les obligations que lui impose le Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁷¹⁰ (mais le pacte prévoit, à l'instar de l'article 15, qu'un Etat puisse prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans celui-ci, lorsqu'un danger public exceptionnel menaçant l'existence de la nation est proclamé par un acte officiel). Enfin et en tout état de cause, certains droits ou principes sont insusceptibles, même en cas de circonstances exceptionnelles, de dérogations. Il s'agit du droit à la vie, «sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre» (on comprend ainsi, par exemple, qu'il serait impossible pour les Etats de rétablir la peine de mort pour les auteurs d'actes de terrorisme), de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, de l'interdiction de la réduction en esclavage et de la situation de servitude, et du respect du principe de la légalité criminelle.

Certains droits protégés par la Convention européenne sont donc absolus. S'agissant de l'interdiction de la torture, qui a pu poser problème, la Cour l'a d'ailleurs souligné en mentionnant que «même dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains

⁷⁰⁵ *Anti-terrorism, Crime and Security Act (ATCSA)* du 19 novembre 2001

⁷⁰⁶ O. De Schutter, «*La convention européenne à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme*», art. cit.

⁷⁰⁷ CEDH *Lawless c/ Irlande*, 1er juillet 1961, n°333/57

⁷⁰⁸ CEDH *Askoy c/ Turquie*, 18 décembre 1996, n°21887/93 : la Cour considère que «l'ampleur et les effets particuliers de l'activité terroriste du PKK dans le Sud Est de la Turquie ont indubitablement créé, dans la région concernée, un danger public menaçant la vie de la nation»

⁷⁰⁹ CEDH *Brannigan et Mc Bride c/ Royaume-Uni*, 26 mai 1993, n°14553/89 et 14554/89

⁷¹⁰ Arrêt *Lawless* p.c.

ou dégradants»⁷¹¹. La Cour en tire la conclusion qu'il est impossible d'expulser ou d'extrader un individu vers un pays où il risque d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants. Cela avait déjà été affirmé dans le célèbre arrêt *Soering* de 1989⁷¹². Elle a eu l'occasion de le confirmer, spécifiquement dans le cadre d'une affaire de terrorisme, dans l'arrêt *Chahal c/ Royaume-Uni* du 15 novembre 1996⁷¹³, dans lequel le requérant, partisan de la cause indépendantiste Sikhe et soupçonné de terrorisme, était menacé de renvoi vers l'Inde, où il risquait de subir de mauvais traitements. S'agissant de la France, on trouve une illustration de cette exigence d'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants dans l'arrêt *Tomasi* du 27 août 1992. Le requérant, soupçonné d'avoir participé à un attentat commis par des séparatistes corses, se plaignait d'avoir subi de mauvais traitements au cours de sa garde à vue. La France avait alors tenté de se justifier en mettant en avant les circonstances particulières de l'enquête. La Cour a rejeté cet argumentaire et considéré que «les nécessités de l'enquête et les indéniables difficultés de la lutte contre la criminalité, notamment en matière de terrorisme, ne sauraient conduire à limiter la protection due à l'intégrité physique de la personne»⁷¹⁴.

Certains droits de la Conventions aménagent à l'inverse des possibilités de restrictions. C'est à leur sujet que la Cour européenne a fait preuve de plus de tolérance et reconnu la possibilité d'autoriser certaines techniques d'enquête particulières en raison de la spécificité du terrorisme. Mais elle subordonne l'admissibilité de telles restrictions à l'adoption, par les autorités nationales, de mesures compensatoires qui comprennent notamment des garanties procédurales de nature à limiter le risque d'abus.

Ces limitations s'expriment essentiellement au sujet du droit au respect de la vie privée de l'article 8 de la Convention.

S'agissant par exemple des écoutes téléphoniques, la jurisprudence de la Cour européenne, qui ne s'est pas exprimée spécifiquement au terrorisme mais par rapport à la procédure applicable en matière de criminalité organisée, a fortement contribué à l'aménagement du dispositif français en la matière. Par ses arrêts *Klass*⁷¹⁵, *Malone*⁷¹⁶ et *Huvig*⁷¹⁷, elle est venue encadrer la mise en place d'écoutes téléphoniques par certaines exigences : elles doivent être prévues par la loi, cette loi doit être suffisamment précise et ne pas donner de pouvoir discrétionnaire aux autorités de police ou judiciaires pour y procéder, il faut que ces écoutes soient nécessaires et entourées de garanties suffisantes pour éviter les excès, notamment le contrôle par l'autorité judiciaire. Dans l'arrêt *Klass*,

⁷¹¹ CEDH, Gr. ch. 6 avril 2000 *Labita c/ Italie*, n°26772/95, cité par O. De Schutter, p.c.

⁷¹² CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, n°14038/88 : la Cour EDH avait jugé que le Royaume-Uni ne pouvait pas extradier Mr Soering, ressortissant allemand soupçonné d'un double homicide d'une grande violence commis sur le sol américain, vers les Etats-Unis, où il risquait de subir des traitements inhumains ou dégradants (car la peine de mort risquait d'être prononcée à son encontre).

⁷¹³ CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c/ Royaume-Uni*, n°22414/93

⁷¹⁴ CEDH, 27 août 1997, *Tomasi c/ France*, n°12850/87

⁷¹⁵ CEDH, 6 septembre 1968, *Klass c/ Rep. Fed. All.* CEDH 6 sept. 1968, n°502971

⁷¹⁶ CEDH, 17 février 1984, *Malone c/ Royaume-Uni*, n°8691/79

⁷¹⁷ CEDH, 24 avril 1990, *Huvig c/ France*, n°11105/84

la Cour européenne fit néanmoins le constat que «*Les sociétés démocratiques se trouvent menacées de nos jours par des formes très complexes d'espionnage et par le terrorisme, de sorte que l'Etat doit être capable, pour combattre efficacement ces menaces, de surveiller en secret les éléments subversifs opérant sur son territoire. La Cour doit donc admettre que l'existence de dispositions législatives accordant des pouvoirs de surveillance discrète de correspondance, des envois postaux et des télécommunications est, devant une situation exceptionnelle, nécessaire dans une société démocratique à la sécurité nationale et/ou à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales*». La Cour validait ainsi le caractère secret de la mesure et du contrôle l'accompagnant, l'estimant nécessaire à son efficacité. Elle prenait le soin de souligner que l'Etat allemand avait compensé les restrictions ainsi apportées au droit au respect de la vie privée par des mécanismes de contrôle originaux et présentant des garanties certaines de pluralisme et d'indépendance. Cette démarche est caractéristique de la démarche générale de la Cour européenne, qui, lorsqu'elle est confrontée à des méthodes de surveillance particulières, accorde souvent une importance particulière à la qualité des procédures de contrôle instituées afin de prévenir les abus et dérives plutôt qu'au résultat d'une hypothétique mise en balance entre les atteintes aux droits fondamentaux entraînés et le gain que l'on peut en attendre en terme de sécurité⁷¹⁸. Dans le même esprit, la Roumanie a été condamnée en mai 2000 pour n'avoir pas entouré de garanties suffisantes la collecte, l'archivage et l'utilisation de renseignements à caractère personnel par les services de sécurité du pays. La Cour souligne en effet que la loi interne autorisant la collecte et le traitement des données à caractère personnel n'avait pas défini le genre d'informations pouvant être consignées ni les catégories de personnes susceptibles de faire l'objet de mesures de surveillance, ni même des précisions aussi importantes que la procédure à suivre, la durée de conservation des informations détenues ou les personnes autorisées à les consulter⁷¹⁹.

La CEDH a également eu l'occasion de se prononcer sur l'utilisation de la technique de l'infiltration en matière de criminalité organisée et sur l'utilisation des témoignages anonymes qui permettent son efficacité. Cette jurisprudence contribue à renforcer le principe de loyauté des preuves dans le procès pénal. Par son arrêt *Lüdi* de 1992⁷²⁰, la Cour a estimé que le recours à des agents infiltrés ne constituait pas, par principe, une ingérence dans le droit au respect de la vie privée des personnes, mais elle eu l'occasion de préciser que les agissements des agents infiltrés ne doivent pas s'analyser en une provocation à l'infraction⁷²¹. Concernant l'utilisation du témoignage anonyme des agents infiltrés, la Cour estime que l'on ne doit y avoir recours que si c'est absolument nécessaire à la protection du témoin, ou à la préservation du secret des méthodes de police, sachant qu'une condamnation ne peut se fonder uniquement, «ni dans une mesure déterminante», sur des déclarations anonymes⁷²².

⁷¹⁸ O. De Schutter, art. cit.

⁷¹⁹ CEDH, 4 mai 2000, *Rotaru c/ Roumanie*, n°28341/95

⁷²⁰ CEDH, 15 juin 1992, *Lüdi c/ Suisse*, n°12433/86

⁷²¹ CEDH, 9 juin 1998, *Teixeira c/ Portugal*, n°25829/94

⁷²² CEDH, 26 mars 1996, *Doorson c/ Pays-Bas*, n°20524/92, et CEDH 20 décembre 2001, *P.S. c/ Allemagne*, n°33900/96

Enfin, nous terminerons cet exposé des principales décisions de la CEDH en rapport avec les mesures anti-terroristes, par la mention d'une condamnation de la France relative à une restriction à la liberté d'expression dans la lutte préventive contre le terrorisme. Par un arrêt du 17 juillet 2001, la Cour a condamné la France sur le fondement de l'article 10 de la convention, estimant que l'interdiction opposée par le ministre de l'Intérieur à la distribution en France d'un livre retraçant l'histoire du mouvement basque de libération nationale et se terminant par un article politique de ce dernier, justifiée par le fait qu'il encourageait le séparatisme et justifiait le recours à l'action violente, n'était pas nécessaire à la protection de l'ordre public et ne répondait à aucun besoin social impérieux⁷²³.

La jurisprudence de la Cour européenne, même si elle reconnaît la nécessité d'une lutte efficace contre le terrorisme et la possibilité d'aménagements dans le respect des droits et libertés fondamentaux, procède à un examen plus poussé que le Conseil Constitutionnel des limitations apportées à ces droits par les législations des Etats membres. Ce contrôle très efficace permet d'assurer aux législations anti-terroristes des Etats membres un caractère relativement équilibré.

B) Le rôle accru de la CJUE

La jurisprudence pénale de la CJUE a pris de l'importance ces dernières années corrélativement à l'intrusion des normes communautaires dans les droits pénaux nationaux. Nul doute que la toute nouvelle compétence pénale des institutions de l'Union, issue du traité de Lisbonne, ne fera qu'amplifier le phénomène. La CJUE est donc amenée à jouer un rôle de plus en plus important en matière de contrôle des dispositions anti-terroristes adoptées par le Conseil et la Commission et appliquées par les Etats membres. La lutte contre le terrorisme constitue en effet l'un des terrains d'action favorisés par l'Union pour ces prochaines années. Elle dispose, comme outil de référence pour effectuer ce contrôle, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée le 7 décembre 2000, et ayant valeur de droit positif depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en 2007.

On ne mentionnera ici que trois décisions, intéressantes à différents points de vue. La première est relative à la coopération entre les Etats-Unis et l'Union Européenne et au controversé accord PNR (*Passenger Name Record*), mis en oeuvre par la décision 2004/496/CE (elle-même prise sur le fondement de la décision 2004/535/CE), qui impose la collecte par les compagnies aériennes et le partage par les autorités compétentes, des données relatives aux passagers aériens entre ces deux entités. La première version de cet accord (qui sera finalement par la suite entériné après modification) a été annulée par la CJUE par un arrêt du 30 mai 2006⁷²⁴. La Cour a en effet estimé que l'accord procédait à un traitement automatisé de données personnelles et à un transfert de celles-ci vers un pays n'offrant pas un niveau de protection adéquat. Etait pointé du doigt le fait que

⁷²³ CEDH, 17 juillet 2001, association *Ekin c/ France*, 39288/98,

⁷²⁴ CJUE, 30 mai 2006 *Parlement européen c. Conseil de l'Union Européenne et Commission européenne*, aff. jointes C-317/04 et C-318/04

des compagnies aériennes privées se chargeaient de la collecte et du transfert de données sensibles et ayant pour objet la sécurité publique et les activités de l'Etat relatives à des domaines du droit pénal. Elle en concluait par ailleurs que l'article 95 CE ne constituait pas une base juridique appropriée pour la décision d'adéquation, qui ne relève pas du champ de la décision de base, et avait été adoptée *ultra vires* ⁷²⁵.

Dans son arrêt *Kadi*, du 3 septembre 2008⁷²⁶, la Grande chambre de la CJUE se montre plus claire encore, la question des droits fondamentaux étant en effet posée plus ouvertement. Etaient en cause les «*black list*» de l'ONU, établies en étroite collaboration avec les Etats-Unis et reprises par l'Union, ainsi que leur utilisation dans la mise en oeuvre de mesures de gel des avoirs d'individus soupçonnés d'activités terroristes. Mr Kadi, ressortissant saoudien, avait été désigné par le comité de sanctions du Conseil de Sécurité des Nations unies comme étant associé à Oussama ben Laden, à Al-Qaida ou aux talibans. Or, conformément à un certain nombre de résolutions du Conseil de Sécurité, tous les Etats membres de l'ONU doivent geler les fonds et autres actifs financiers contrôlés directement ou indirectement par de telles personnes ou entités. Afin de mettre en oeuvre ces résolutions, le Conseil a donc adopté un règlement (n°881/2002 du 27 mai 2002) ordonnant le gel des fonds et avoirs des personnes et entités dont le nom figure sur une liste annexée au règlement. Cette liste tient compte de celles établies par le Conseil de sécurité. C'est ainsi qu'en octobre 2001, le nom de Mr Kadi a été ajouté à la liste récapitulative du Conseil de sécurité, puis automatiquement repris dans la liste du règlement communautaire. Il a donc fait l'objet d'une mesure de gel, contre laquelle il s'est plaint devant la CJUE. La Cour de justice s'est tout d'abord reconnue compétente pour connaître de la contestation soulevée par Mr Kadi alors que le tribunal de première instance s'était estimé incompétent pour contrôler une mesure prise en application d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations-Unies, au nom de la supériorité du traité international sur le droit communautaire. La Cour de justice s'estime bien compétente, précisant que le contrôle de légalité porte sur l'acte communautaire visant à mettre en oeuvre l'accord international. La Cour juge ensuite que l'inscription du requérant dans la liste des personnes et entités visées par la mesure de gel a porté atteinte aux droits de la défense, et en particulier au droit d'être entendu, ainsi qu'au droit à un contrôle juridictionnel effectif, qui impliquerait que l'autorité communautaire ait communiqué à la personne ou à l'entité concernée les motifs sur lesquels la mesure en cause est fondée dans les plus brefs délais afin de permettre à celle-ci d'exercer son droit de recours. La Cour reconnaît toutefois qu'une communication préalable des motifs serait de nature à compromettre l'efficacité des mesures de gel de fonds, qui doivent par leur nature bénéficier d'un effet de surprise et s'appliquer avec un effet immédiat. Ce qui semble avoir été déterminant de la décision de la Cour est l'absence de communication, même a posteriori, des éléments justifiant l'inclusion des noms des intéressés dans la liste litigieuse, caractérisant une violation des droits de la défense. Si de telles mesures peuvent, en principe, être justifiées, elles doivent cependant

⁷²⁵ Communiqué de Presse n°46/06 du 30 mai 2006, Curia

⁷²⁶ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi c/ Conseil et Commission*, C-402/05

introduire des garanties permettant aux personnes visées d'exposer leur cause aux autorités compétentes⁷²⁷. La CJUE annula donc la mesure pour violation du droit communautaire.

Enfin, nous mentionnerons une décision très récemment rendue, également relative à la conservation de données personnelles. Dans un arrêt du 8 avril 2014, la Cour de justice a procédé à l'annulation de la directive 2006/24/CE du Parlement et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation des données personnelles⁷²⁸. Le texte, adopté après les attentats de Madrid en 2004 et de Londres en 2005, faisait obligation aux fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communication à conserver, pendant un délai de six à deux ans, les données concernant le trafic et la localisation des utilisateurs (mais elle ne concernait cependant pas le contenu même des conversations). La Cour de justice annule la directive, l'estimant contraire aux principes de proportionnalité et de nécessité⁷²⁹. Elle soulève plusieurs problèmes, notamment celui de la durée de conservation des données, jugée disproportionnée ou encore le manque de protection contre les risques d'abus et l'absence de mesures pour limiter au strict nécessaire l'ingérence dans la vie privée des individus. La cour pointe donc du doigt le «manque critique d'encadrement de l'ingérence dans les droits fondamentaux qu'elle permet». La Cour insiste sur le fait que la directive concerne *«de manière globale l'ensemble des personnes faisant usage de services de communications électroniques, sans toutefois que les personnes dont les données sont conservées se trouvent, même indirectement, dans une situation susceptible de donner lieu à des poursuites pénales. Elle s'applique donc même à des personnes pour lesquelles il n'existe aucun indice de nature à laisser croire que leur comportement puisse avoir un lien, même indirect ou lointain, avec des infractions graves»*. Et elle conclut que *« force est donc de constater que cette directive comporte une ingérence dans ces droits fondamentaux d'une vaste ampleur et d'une gravité particulière dans l'ordre juridique de l'Union sans qu'une telle ingérence soit précisément encadrée. (...) En outre, le fait que la conservation et l'utilisation ultérieure des données sont effectuées sans que l'abonné ou l'utilisateur inscrit en soit informé est susceptible de générer dans l'esprit des personnes concernées le sentiment que leur vie privée fait l'objet d'une surveillance constante»*.

La CJUE exerce donc, elle aussi, un contrôle réel des dispositions anti-terroristes pouvant être adoptées dans le cadre de l'Union européenne et «ne se dérobe pas à son office de juge des droits fondamentaux»⁷³⁰.

⁷²⁷ Communiqué de Presse n°60/08 du 3 septembre 2008, Curia

⁷²⁸ CJUE, 8 avril 2014, n° C293/12

⁷²⁹ «La CJUE invalide la directive sur la conservation des données», Legalis, 9/04/2014

⁷³⁰ H. Labayle, M. Rostane, «Le contrôle juridictionnel de la lutte contre le terrorisme. Les black lists de l'Union dans le prétoire de la Cour de justice», RTD Eur. 2009, p. 231

Si les Etats occidentaux, et dans une moindre mesure le législateur français, ont pu être tentés d'apporter des réponses répressives quelque peu excessives au terrorisme, en réponse à l'impact hors norme d'une telle criminalité sur leur population et à la menace extrême qu'elle représente pour les valeurs démocratiques et la vie des citoyens, le contrôle juridictionnel s'est présenté comme le garant d'un certain équilibre de la réponse pénale. Effectivement, ce contrôle, qu'il s'agisse de celui du juge constitutionnel ou de celui des juges supra-nationaux européens, a permis un rééquilibrage de la réponse anti-terroriste du législateur français. Il garantit efficacement que les réponses législatives spéciales apportées au terrorisme restent dans le cadre de l'Etat de droit. En prenant en compte la gravité particulière de la menace que fait peser le terrorisme sur les populations et les Etats, ainsi que la difficulté particulière d'y répondre, ces juridictions procèdent à une mise en balance de la nécessité d'une riposte effective et de la préservation des droits et libertés fondamentaux, dans une mesure qui nous semble tout à fait satisfaisante.

Cette réponse juridictionnelle au problème posé de l'équilibre entre sûreté et libertés ne peut toutefois être entièrement satisfaisante, dans la mesure où l'on constate, en matière de terrorisme, une modification de l'équilibre traditionnel des pouvoirs. Le juge ordinaire, par l'imprécision de la législation, est en effet contraint à sortir de son office, afin de préciser dans une trop large mesure les notions engagées par la législation anti-terroriste. Ce glissement d'un juge «bouche de la loi» à un juge artisan du droit, est encouragé par les juridictions européennes, d'influence anglo-saxonne, et toléré par le juge constitutionnel. S'il peut apparaître comme une nécessité eu égard à l'incapacité actuelle d'assurer autrement l'équilibre recherché, il convient cependant de garder à l'esprit que le droit de punir, issu du contrat social d'où il puise sa légitimité dans une conception *Beccarienne* et *Rousseauiste*, confère en principe au seul le législateur le pouvoir, dans le respect des grands principes du droit pénal (principe de légalité, principe de nécessité⁷³¹, respect des droits fondamentaux), d'édicter des normes et d'en prévoir les sanctions en cas de transgression. Il semble que la perspective se soit inversée depuis le code pénal de 1810. Si ses rédacteurs, dans l'esprit des révolutionnaires français de 1789 et des constituants de 1791, craignaient l'arbitraire du juge, c'est celui du législateur qui est aujourd'hui redouté. Si la loi constituait, en 1810 l'instrument suprême de sécurité juridique, c'est aujourd'hui le juge qui tient ce rôle de gardien des libertés. Une question reste alors en suspend : une telle évolution est-elle souhaitable au regard du principe de séparation des pouvoirs ? Ne peut-on pas craindre une certaine abdication du pouvoir législatif, laissant place nette à un «gouvernement des juges» ?

⁷³¹ « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée »

Conclusion :

«Si je devais résumer le XXème siècle, je dirais qu'il a suscité les plus grandes espérances qu'ait jamais conçues l'humanité et détruit toutes les illusions et tous les idéaux»⁷³².

Le XXème siècle a été l'une des périodes les plus riches et les plus vivantes de l'histoire de l'humanité : promotion universelle des droits de l'homme (et de ceux de la femme..), libération des peuples, innovations technologiques, découvertes scientifiques et médicales majeures, conquête de l'espace, accroissement du niveau général de confort et de vie, maîtrise de la nature et des éléments. Il a toutefois engendré ses monstres : guerres, famines, catastrophes naturelles, et développement de nouvelles criminalités. La fin du XXème siècle a été marquée par l'apparition d'un terrorisme islamiste particulièrement inquiétant... et le XXIème siècle s'est ouvert sur la découverte d'un terrorisme à échelle planétaire, un terrorisme «de masse», dont la menace pèse depuis d'un poids constant.

Face à cette criminalité des plus dangereuses, le législateur français a mis en oeuvre des réponses spécifiques. Réponses procédurales d'abord, afin de prévenir au mieux la commission de tels actes, par des procédés de surveillance adéquats et par des moyens d'enquête exceptionnels donnant aux policiers et magistrats enquêteurs les outils pour démanteler des réseaux complexes et arrêter les auteurs d'actes de terrorisme. Réponses substantielles ensuite, par la création d'une catégorie d'incriminations propres au terrorisme, dérogoires de droit commun à de multiples égards, qui accuse une multiplication des incriminations de soutien au terrorisme et d'infractions-obstacles de nature à empêcher le terroriste de prospérer sur le chemin du crime. Le législateur a donc traité juridiquement le terrorisme à la hauteur de ce qu'il incarne de menaces et en a fait une criminalité à part. Toutefois, ces réponses, souvent adoptées précipitamment dans l'optique d'apaiser l'opinion, ont pu souffrir d'imperfections plus ou moins prononcées, et la définition du terrorisme reste à ce jour sujette à critiques. Les déviations de la réponse pénale ont pu être compensées par le contrôle des juges, constitutionnel et européens, afin d'assurer le maintien des libertés et droits fondamentaux dans la lutte contre le terrorisme. Il ne fait nul doute que les prochaines batailles anti-terroristes se joueront sur la scène internationale, tant l'on sait que des efforts conjoints sont nécessaires face à une criminalité par essence internationale.

Nous ne stopperons cependant pas le terrorisme. De la même manière qu'il n'est pas possible d'éradiquer purement et simplement la criminalité. Mireille Delmas-Marty souligne également cette

⁷³² L'ouvrage d' Eric J Hobsbawm, *L'empire, la démocratie, le terrorisme*, André Versailles éditeur 2009, s'ouvre notamment sur cette citation du violoniste Yehudi Menuhin.

utopie du risque zéro, avançant que le «mythe d'une sécurité totale» se fonde sur une illusion : celle qui pense possible de prévoir et contrôler le futur avec certitude et qui marque la négation même de l'idée d'indétermination et de liberté individuelle, «à la base de la construction de l'humanité»⁷³³. La victoire qu'il est encore possible de remporter avec certitude est donc celle du respect des droits de l'homme et des valeurs démocratiques, bannière des Etats de droit. Si pour Eric Hobsbawm, «*La campagne pour la démocratie ne réussira pas. Le XXème siècle a montré que les Etats ne pouvaient refaçonner le monde (...) Jusqu'à présent toute tentative d'instaurer unilatéralement un nouvel ordre mondial a échoué*», il importe toutefois aux sociétés occidentales de démontrer l'attachement à ces valeurs mêmes que les terroristes prétendent leur arracher et d'affirmer une identité forte dans une société en perte et en quête de repères. Nous laisserons le mot de la fin à Léo Valiani, qui illustre parfaitement l'enjeu que continuera de soulever la lutte contre le terrorisme : «*Notre siècle démontre que la victoire des idéaux de justice et d'égalité est toujours éphémère, mais aussi que, si nous parvenons à préserver la liberté, nous pouvons toujours repartir à zéro*».⁷³⁴

*
* * *

⁷³³ M. Delmas-Marty, «*Libertés et sûreté dans un monde dangereux*», *op. cit.*

⁷³⁴ Léo Valiani, dans *L'âge des extrêmes*, de Eric J. Hobsbawm, *op. cit.*

Bibliographie

N.B. : Cette bibliographie non exhaustive se contente de reprendre les principales sources utilisées pour la rédaction de ce mémoire. Toutes les références, sont, en tout état de cause, citées en note de bas de page.

❖ Ouvrages divers :

- H. Arendt, *Du mensonge à la violence*, Pocket Agora, 2002
- R. Aron, *Paix et guerre entre les nations*, Paris, Calmann-Lévy, 1985, 8ème éd.
- Eric J Hobsbawm, *L'empire, la démocratie, le terrorisme*, André Versailles éditeur 2009
- H. Laurens et M. Delmas-Marty, *Terrorismes, Histoire et droit*, CNRS éd. Paris 2010, p.10
- J. Monneret, *Camus et le terrorisme*, Michalon éditeur, 2013, p. 75
- M. Trévidic, *Au coeur de l'anti terrorisme*, JC Lattès, 2011

❖ Ouvrages de droit pénal général :

- A. Decocq, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971
- W. Jeandidier, *Droit pénal général*, 2e éd., Domas, Montchrétien, Paris 1991
- Y. Mayaud, *Droit pénal général*, 4ème édition, PUF, 2012

❖ Ouvrages spécialisés :

- E. Bribosia et A. Weyembergh, *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Nemesis - Bruylant Bruxelles, 2002
- M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, éd. Seuil, 2010
- J. Pradel et J.Dallest (Dir.) *La criminalité organisée. Droit français, droit international et droit comparé*, Lexis Nexis 2012
- D. Rebut, *Droit pénal International*, Précis Dalloz 1 ère édition, 2012

❖ Thèses :

- A. Adam, *La lutte contre le terrorisme, Etude comparative Union Européenne - Etats-Unis*, l'Harmattan, 2005
- J. Alix, *Terrorisme et droit pénal. Etude critique des incriminations terroristes*, Nouvelle Bibli. de Thèses, Dalloz, 2010
- R. Parisot, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée*, Bibli. des sciences criminelles T. 48, LJJG, 2010
- K. Roudier, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste. Etude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, Bibli. constitutionnelle et de science politique T. 140, LGDJ

❖ **Articles :**

- J. Alix, *Fallait-il étendre la compétence des juridictions pénales en matière terroriste ?* D. 2013, p. 518
- E. Barbe, *L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit pénal français : de l'ombre à la lumière*, AJ pénal 2011
- M-A Beernaert, *La décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme*, Revue Internationale de droit pénal 2006/1-2, vol. 77, Eres
- L. Bellulo et B. Sturlèse dans *La Constitution européenne : une opportunité pour l'Europe de la justice*, JCP 2004
- D. Bigo, *L'impact des mesures anti-terroristes sur l'équilibre entre liberté et sécurité et sur la cohésion sociale en France*, dans *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*
- A. Blin, *Définitions, questions et réponses sur les formes de terrorisme*, dans le dossier *Terrorisme : histoire, formes et médiatisation*, déc. 2004, de l'Association Thucydide
- M. Bomble, *Surveillance par géolocalisation : une ingérence nécessitant le contrôle d'un juge*, D.
- B. Bouloc, *Chronique législative : analyse de la loi du 9 mars 2004*, RSC 2005
- D. Brach-Thiel, *Extradition*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, sept. 2012
- J. Buisson, *Répertoire de procédure pénale – Enquête préliminaire et Actes de l'enquête à pouvoirs ajoutés sur autorisation judiciaire*, octobre 2006
- M-E. Cartier, *Le terrorisme dans le nouveau code pénal français*, RSC 1995, p.225
- J. Cantegreil, *La doctrine du 'combattant ennemi illégal'*, RSC 2010
- M. Catherine, *La montée en puissance de l'enquête*, AJ pénal 2004
- G. Chetard, *«La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel»*, RSC 2013, p. 51
- B. Cotte, *Sécurité et souveraineté*, RFDA 2011
- D.N. Commaret, *Le mandat d'arrêt européen*, RSC 2005
- M. Culioli et P. Giovanni - Association de malfaiteurs - Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, septembre 2007
- D. Cumin, *Tentative de définition du terrorisme à partir du jus in bello*, RSC 2004
- Ch. Cutajar, *Le gel des avoirs terroristes en application du règlement UE n°2580/2001*, AJ Pénal 2013
- J. Danet, *Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle*, RSC 2010
- J-P. Doucet, *«Les familles d'infractions»*, Revue de droit pénal et de criminologie 1975, p.769
- J-P. Doucet, *«Les infractions de prévention»*, Gaz. Pal. 1973 II Doct. p. 764
- J.P. Doucet, *«La condition préalable à l'infraction»*, Gazette du Palais 1972 II Doct. 726
- M. Delmas-Marty, *A la recherche d'un langage commun, in L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Collection de l'UMR de droit comparé de Paris, Vol.5, 2003
- M.Delmas-Marty, *«Les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales»*, Rev. sociétés 1993, p.301
- G. Giudicelli-Delage, *«Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi»*, RSC 2010
- M-H. Gozzi, *«Sécurité et lutte contre le terrorisme : l'arsenal juridique encore renforcé»*, D., 2013, p.194
- J -L. Halpérin, *«Ambivalence des doctrines pénales modernes»*, RSC 2010
- G. Jakobs, *Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi*, RSC 2009
- R. Koering-Joulin, *Infraction politique et violence*, JCP 1982. I. 3066, nos 2 s.

- Labayle, M. Rostane, «*Le contrôle juridictionnel de la lutte contre le terrorisme. Les black lists de l'Union dans le prétoire de la Cour de justice*», RTD Eur. 2009, p. 231
- S. Lavric, «*Nouvelle décision-cadre sur la lutte contre le terrorisme*», D. 2008, p. 3071
- C. Lazerges, «*De la fonction déclarative de la loi pénale*», RSC 2004
- C. Lazerges, «*La tentation du bilan 2002-2009 : une politique criminelle du risque au gré des vents*», RSC 2009
- G. Levasseur, «*Réflexions sur la compétence, un aspect négligé du principe de la légalité*», Mélanges Hugueney, p. 13, éd. Sirey, Paris, 1964
- P. Maistre du Chambon, «*Recel de Malfaiteurs*», *Répertoire de Droit pénal et de procédure pénale*, 2009
- V. Malabat, «*Observations sur la nature du mandat d'arrêt européen*», RDP n°12, décembre 2004, étude 17
- M. Massé, «*La criminalité terroriste*», RSC 2012
- C. Mauro, «*Mandat d'arrêt européen*», *Répertoire de droit international*, janvier 2006
- Y. Mayaud, «*Terrorisme*», *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, avril 1997
- Y. Mayaud, «*La politique d'incrimination du terrorisme à la lumière de la législation récente*», AJ Pénal n° 9, sept. 2013, p.442
- P. Mazeaud, «*La loi ne doit pas être un rite incantatoire*», JCPG 2005
- P. Mazeaud, «*La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*», Visite à la cour suprême du Canada, 24 au 26 avril 2006, Document du Conseil Constitutionnel
- J-P. Marguénaud, «*La qualification pénale des actes de terrorisme*», RSC 1990
- B. Mercuzot, «*Lutte contre le terrorisme et Constitution*», Dalloz 1997, p. 69
- M. Papa, «*Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international*», RSC 2009
- J. Pradel, «*Le parler n'a plus de secret pour le juge d'instruction en matière de criminalité organisée*», Recueil Dalloz 2006
- J. Pradel, «*Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal* », D. 1987. chron. 39 Recueil Dalloz Sirey, 1987, 7^e cahier, Chronique
- X. Pérez López, «*La géolocalisation et la preuve pénale*», AJ Pénal 2014
- M. Quémener, «*Le terrorisme face au cyberspace, de l'anticipation des risques à la répression*», AJ Pénal, sept. 2013, p. 446
- D. Rebut, «*Le mandat d'arrêt européen en question* », annuaire de droit de l'Union Européenne 2011, p 53-68, 2013
- T. S. Renoux, «*Juger le terrorisme ?*», Cahiers du Conseil Constitutionnel n°14 (Dossier : La justice dans la constitution), mai 2003
- K. Roudier, «*Le droit constitutionnel et la légalité de l'infraction de terrorisme*», document de l'Association française de Droit constitutionnel disponible sur le site droitconstitutionnel.org
- E. Rubi-Cavagna, «*L'extension des procédures dérogatoires*», RSC 2008
- M. Sassòli, «*La définition du terrorisme et le droit international humanitaire*», Revue Québécoise de droit international, 2007, p.32.
- R. Savatier, «*L'inflation législative et l'indigestion du corps social*», Dalloz 1977
- R. Savatier, «*Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé aujourd'hui*», Dalloz, 1959
- S. Sur, «*Un mal qui répand la terreur*», Dossier Les Terrorismes, Revue Questions internationales n°8, juillet-août 2004
- M. Sirinelli, «*Responsabilité de la puissance publique et prévention du terrorisme*», AJDA 2011
- P-Y. Verkindt, «*La sécurité juridique et la confection de la loi*», Droit social 2006

- H. Vlaminck, «*Le point sur la captation de l'image et des paroles dans l'enquête de police*», AJpénal 2011
- M. Voelckel, *Guerre*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, janvier 2007

❖ **Autres** :

- Conférences du Collège de France (disponibles sur le site internet du CDF)
- La France face au terrorisme - Livre blanc du Gouvernement sur la sécurité intérieure face au terrorisme, Secrétariat général de la défense nationale, oct. 2006, La documentation Française

Sommaire

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| <i>Remerciements</i> | p. 2 |
| <i>Plan général</i> | p. 3 |
| <i>Liste des abréviations</i> | p. 4 |
| <u>INTRODUCTION</u> | p. 6 |
| §1 - Le terrorisme, une menace protéiforme | p. 7 |
| §2 - Le terrorisme, une menace mouvante | p. 10 |
| §3 - Le constat de la nécessaire adaptation du droit | p. 13 |
| <u>1ère PARTIE : LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME, DES RÉPONSES SPÉCIFIQUES</u> | p. 16 |
| <u>CHAPITRE 1 : DES PROCÉDURES DÉROGATOIRES</u> | p. 17 |
| <u>Section 1 : Des pouvoirs d'enquête amplifiés</u> | p. 19 |
| §1- <u>L'enjeu de la prévention et de la répression</u> | p. 20 |
| A) Une capacité de surveillance renforcée | p.20 |
| 1/ <i>La surveillance «physique»</i> | |
| 2/ <i>La surveillance «technologique»</i> | |
| B) L'administration de la preuve facilitée | p. 30 |
| §2 - <u>L'enjeu de la liberté</u> | p. 32 |
| A) L'allongement des délais de privation de liberté | p. 32 |
| B) La privation de certains droits procéduraux | p. 36 |
| <u>Section 2 : Une coopération judiciaire optimisée</u> | p. 39 |
| §1 - <u>Un cadre européen favorable</u> | p. 43 |
| A) La diversité des instruments de l'Union Européenne au soutien de la lutte anti-terroriste | p. 44 |
| 1/ <i>La quête de normes communes</i> | |
| 2/ <i>Le renforcement de la coopération policière et judiciaire</i> | |
| B) L'extension de la compétence pénale de l'Union européenne au service de la lutte anti-terroriste | p. 48 |
| §2 - <u>Un instrument efficace : le mandat d'arrêt européen</u> | p. 50 |
| A) Une remise quasi-automatique en matière terroriste | p. 51 |
| B) Les limites du mécanisme en matière terroriste | p. 54 |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| CHAPITRE 2 : DES INCRIMINATIONS INÉDITES | p. 56 |
| Section 1 : Le terrorisme dérivé, des incriminations sui generis | p. 59 |
| §1 - L'incrimination dérogatoire | p. 61 |
| A) Le support d'infractions existantes | p. 61 |
| 1/ Diversité et élargissement des actes de terrorisme dérivé | |
| 2/ Les conséquences quant à la structure de l'infraction : une matérialité complexifiée | |
| B) La circonstance dérogante : le contexte terroriste | p. 67 |
| 1/ Une précision qualifiante | |
| 2/ Une circonstance «dérogante» | |
| §2 - Le régime dérogatoire, un renforcement de la répression | p. 76 |
| A) L'aggravation des peines | p. 76 |
| 1/ Augmentation du quantum des peines principales | |
| 2/ Les autres marqueurs de la sévérité du législateur : les peines complémentaires | |
| B) L'indulgence au service de la répression : le mécanisme du repentir | p. 80 |
| Section 2 : Le terrorisme «qualifié», des incriminations innovantes en expansion | p. 82 |
| §1 - L'infraction type : l'association de terroristes | p. 83 |
| A) Une infraction-obstacle | p. 85 |
| 1/ Une visée préventive et répressive | |
| 2/ L'indifférence du résultat | |
| B) La criminalisation d'une intention matérialisée | p. 88 |
| 1/ Un élément intentionnel propre | |
| 2/ Un élément intentionnel insuffisant | |
| §2 - L'extension des incriminations autonomes de soutien au terrorisme | p. 93 |
| A) Le droit pénal face aux moyens humains du terrorisme | p. 94 |
| 1/ La lutte contre l'endoctrinement terroriste sur internet | |
| 2/ La lutte contre le recrutement et l'entraînement de terroristes | |
| B) Le droit pénal contre le financement du terrorisme | p. 101 |
| 1/ Le terrorisme par financement | |
| 2/ Le terrorisme par non justification de ressources | |

2ème PARTIE : LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME, DES RÉPONSES IMPARFAITES..... p. 105

CHAPITRE 1 : LA PERTE QUALITATIVE DU DROIT..... p. 106

Section 1 : Une définition incertaine..... p. 107

§1- L'aspect politique érudé..... p. 108

A) La dépolitisation du terrorisme, l'expression d'un choix répressif p. 109

1/ Les contours dépolitisés des définitions française et internationales du terrorisme
2/ Un choix répressif

B) La dépolitisation du terrorisme, l'expression d'un choix contestable p. 114

1/ Un choix irréaliste
2/ Un choix à l'opportunité discutable

§2 - L'imprécision problématique, le risque de confusion..... p. 120

Section 2 : Des imperfections rédactionnelles..... p. 125

§1 - Le principe de légalité menacé..... p. 126

A) L'imprécision et le principe de légalité criminelle p. 126

1/ L'imprécision générale de la circonstance terroriste
2/ L'imprécision spécifique : l'exemple de l'extorsion

B) L'absence d'utilité et le principe de nécessité p. 129

§2 - La cohérence altérée..... p. 131

A) Surexploitation des incriminations terroristes, doublons législatifs et dévaluation de la réponse pénale p.132

B) La redondance dans le dispositif légal anti-terroriste p. 137

CHAPITRE 2 : LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE..... p. 139

Section 1 : L'exposé du problème..... p. 141

§1 - La nécessité d'un équilibre entre sûretés et libertés..... p. 141

A) D'un droit à la sûreté à un droit à la sécurité : l'obligation de lutter contre le terrorisme p. 141

B) La place des droits fondamentaux dans la lutte contre le terrorisme à la lumière des politiques pénales contemporaines p. 144

1/ L'influence des doctrines pénales sécuritaires
2/ Les doctrines humanistes contemporaines au soutien des droits de l'Homme

§2 - Le risque d'une «dérive sécuritaire» internationale..... p. 149

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| Section 2 : Une réponse au problème, le rééquilibrage par le contrôle juridictionnel | p. 153 |
| §1- Le juge constitutionnel, garant des libertés individuelles | p. 153 |
| §2- Les juges européens, gardiens des droits fondamentaux | p. 158 |
| A) Le rôle phare de la CEDH | p. 158 |
| B) Le rôle accru de la CJUE | p. 162 |
| <u>CONCLUSION</u> | p. 166 |
| <i>Bibliographie</i> | p. 168 |
| <i>Sommaire</i> | p. 172 |