

L'ETAT DE DROIT A L'EPREUVE DE LA LUTTE ANTI-TERRORISTE

Marie-Béatrice LAHORGUE

Maître de conférences en droit HDR

Enseignant-chercheur au CERDACC – Université de Haute Alsace

*« Et l'esprit humain, au réveil de son ivresse,
s'est étonné des excès où l'avait emporté son fanatisme »
Voltaire, *Traité sur la tolérance*, Ch. IV*

Résumé : *La précédente version (et 1^{ère} partie de cet article¹) intitulée « Le pot de terre contre le pot de fer » rendait compte de « l'esprit de Charlie » saisi par le droit au lendemain des attentats du 11 janvier 2015. Depuis, l'émotion est retombée ; l'« esprit de Charlie » cédant peu à peu la place à l'« esprit des lois » anti-terroristes. Pour les uns, elles apparaissent liberticides, pour les autres, elles sont nécessaires à la sauvegarde de la démocratie.*

1. Ne l'oublions pas : « *la France est en guerre contre le terrorisme, le djihadisme et l'islamisme national* », ce qui appelle « *une fermeté implacable dans le respect de ce que nous sommes, un Etat de droit* »². La France est en effet officiellement en guerre depuis les premières frappes aériennes de l'armée française, le 18 septembre 2014, dans le cadre de la coalition internationale sur un entrepôt de l'Etat islamiste (EI). Le 22 septembre 2014, le porte-parole de l'EI appelle ses partisans à « *tuer tout mécréant qu'il soit américain ou européen* ». Le 25 septembre, au-lendemain de la décapitation d'Hervé Gourdel, enlevé en Algérie par des djihadistes liés à l'EI, le mot « *guerre* » est celui qui revient le plus souvent dans les médias³. Il faut cependant « *avec les mots, ne pas jouer, pas plus qu'avec des armes. Leur justesse est toujours d'importance, mais il est des situations où elle l'est davantage : la démocratie commence par là ; or c'est elle qui est visée* »⁴.

2. La résolution européenne relative à *la lutte contre le terrorisme et tendant à l'adoption d'un Acte pour la sécurité intérieure de l'Union européenne*, adoptée par le Sénat le 1^{er} avril 2015, donne le ton : « *une menace terroriste grave et sans doute durable pèse désormais sur la plupart des sociétés européennes et justifie une réponse commune urgente* »⁵.

3. Les attentats de Paris ont déclenché une vague sans précédent de déclarations officielles aux niveaux international et européen au titre desquelles on trouve la déclaration des membres du Conseil européen du 12 février 2015 sur la lutte contre le terrorisme⁶ et la déclaration de Paris sur la politique européenne de lutte contre le terrorisme signée le 31 mai 2015 par les principaux Etats membres concernés (Allemagne, Danemark, Espagne, Royaume-Uni) ainsi que la présidence lettone de l'Union européenne. Le terrorisme y est

¹ Marie-Béatrice Lahorgue, *JAC* n° 151, fév. 2015, 19 p.

² Manuel Valls, extraits du discours en hommage aux victimes des attentats, Ass. nat., 14 janv. 2014

³ Frédéric Encel, « *La France est en guerre !* », *La Nouvelle Revue Géopolitique*, op. cit., p. 77.

⁴ Philippe Conte, « *Guerre ?* », *Droit pénal*, 2015, n° 2, repère 2.

⁵ Résolution n° 88, Sénat, 1^{er} avr. 2015, 9 p.

⁶ www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2015/02/150212-european-council-statement-fight-against-terrorism/

clairement dénoncé comme portant « *une atteinte directe aux valeurs fondamentales énoncées par l'article 2 du traité de l'Union européenne* ».

4. « *Les citoyens européens sont en droit d'exprimer des attentes fortes quant à leur sécurité* »⁷. Il n'est pour autant pas question d'instaurer un *Patriot Act* à la française ; les parlementaires réaffirment que « *la lutte contre le terrorisme et l'utilisation des moyens conférés à cette fin aux Etats membres doivent respecter les valeurs de l'Union et l'Etat de droit* ». Il est toutefois nécessaire et urgent de faire évoluer le cadre juridique national de la lutte anti-terroriste.

I. Une nécessaire évolution du cadre juridique de la lutte anti-terroriste

5. Pour mémoire pas moins de 14 lois composent la législation anti-terroriste française pour la période 1986-2012. La loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 est le 15^{ème} texte renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme. Le dispositif judiciaire français de lutte antiterroriste est ancien. Il prend racine dans les vagues d'attentats des années 70 et surtout l'attentat antisémite de la rue des Rosiers, le 9 août 1982⁸. Dans ce contexte d'extrême violence, le législateur français a néanmoins fait le choix de doter les pouvoirs publics de moyens certes dérogoratoires au droit commun, mais dans le respect des droits de l'Homme, écartant dès l'origine la mise en place d'une législation d'exception contradictoire - par nature- avec les libertés individuelles. L'objectif du législateur français est de « *maintenir la lutte contre le terrorisme dans le cadre de l'Etat de droit et de la démocratie* »⁹. Des évolutions du cadre juridique de la lutte anti-terroriste sont justifiées du fait même de l'évolution de la nature des menaces.

6. A l'occasion des débats parlementaires, le député Sandrine Mazetier (PS) paraphrasait le titre d'un ouvrage du professeur Delmas-Marty se félicitant de « *la recherche d'un équilibre entre les libertés et la sûreté dans un monde dangereux* »¹⁰. Pourtant, au-lendemain des attentats de janvier 2015, le spectre d'une législation d'exception ressurgit

A) Des déclarations politiques aux actes législatifs : un pas difficile à franchir

7. L'arsenal législatif français en matière de lutte contre le terrorisme trouve sa source à la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 *relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat* qui a défini la notion de « *terrorisme* » pour en préciser les règles spécifiques de procédure et d'enquête, et créer l'incrimination d'apologie de « *terrorisme* ». Elle sera complétée par la loi n° 86-1322 du 30 décembre 1986 modifiant le code de procédure pénale afin de créer une cour d'assises spéciale sans jury (art. 706-16 à 706-25-1 c. pro. pén.). Les législations suivantes n'ont fait qu'adapter les moyens de lutte anti-terroriste à l'évolution de la menace, en dotant la puissance publique « *de pouvoirs dérogoratoires du droit commun, par un dispositif particulier, mais permanent, qui maintient le juge au cœur de la lutte anti-terroriste, tout en maintenant l'équilibre entre l'efficacité de la lutte contre ce phénomène et les libertés publiques* »¹¹. Ces principes sont réaffirmés en

⁷ Résolution *op. cit.*

⁸ V. not. *La lutte contre les réseaux terroristes « djihadistes »*, Etude de législation comparée n° 254, Sénat, fév. 2015, 50 p.

⁹ Extraits de l'étude d'impact du 8 juillet 2014 sur le projet de loi n° 2110 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, p. 5.

¹⁰ *Libertés et sûreté dans un monde dangereux, La Couleur des idées*, Editions du Seuil, 2010, 272 p. et Sébastien Pietrasanta, Rapport n° 2173 sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, Ass. nat., 22 juil. 2014 p. 10.

¹¹ Etude d'impact du projet de loi *renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, p. 5.

termes identiques au sein de la Résolution européenne du 1^{er} avril 2015 visant à adopter un *Acte pour la sécurité intérieure de l'Union européenne* : « afin de répondre aux attentes légitimes des citoyens européennes et de garantir la sécurité intérieure de l'Union européenne, une législation antiterroriste commune devrait être rapidement adoptée par l'Union européenne sous la forme d'un Acte pour la sécurité intérieure ».

8. La coopération anti-terroriste entre les Etats membres de l'Union européenne est ancienne avec la création du groupe TREVI¹², qui réunit semestriellement les ministres de l'intérieur, des experts et les responsables de la sécurité des Etats membres en vue d'échanger des informations en matière de lutte contre le terrorisme, de trafic de stupéfiants et de grand banditisme. Si l'Union européenne dispose déjà d'instruments ponctuels, il n'existe pas de cadre juridique européen harmonisé et commun facilitant la surveillance, les poursuites et les mises en cause de certaines catégories d'individus, notamment ceux qui sont appelés « *les combattants étrangers* ». Le même constat est établi en matière de lutte contre le « *djihad médiatique* ».

9. Même si la lutte anti-terroriste demeure une prérogative des Etats membres, l'Europe s'est elle aussi dotée des moyens d'action depuis les attentats de New-York (11 sept. 2001), de Madrid (11 mars 2004) et de Londres (7 et 21 juil. 2005) : le Système d'Information Schengen (SIS), le mandat d'arrêt européen, le Fonds de sécurité intérieure (période 2014-2020) et le Réseau de sensibilisation à la Radicalisation (*RAN : Radicalisation Awareness Network*)¹³.

10. Au-delà de ces instruments, l'UE s'appuie également sur quatre acteurs majeurs de la lutte anti-terroriste :

-*Europol* (European Police Office) trouve son origine dans le groupe TREVI. Créée en 1995, cette agence européenne coordonne le partage d'informations entre les polices nationales et surveille les menaces criminelles les plus graves.

-*Eurojust* est une unité créée par la décision du Conseil 2002/187/JHA du 28 février 2002 *en vue de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité*. Elle est en charge de l'amélioration de la coopération entre les autorités compétentes en ce qui concerne la mise en œuvre de l'entraide judiciaire internationale et l'exécution des demandes d'extradition. En 2013, le nombre de dossiers de terrorisme a diminué mais le nombre de réunions de coordination s'est maintenu. 14 dossiers sur 17 ont concerné l'infraction de *terrorisme* prise isolément. Les États membres les plus requis ont été la France (5 dossiers) puis l'Allemagne, l'Espagne, la Pologne et le Royaume-Uni (4 dossiers chacun). La question des combattants qui reviennent en Europe après avoir appris à combattre en Syrie a plus particulièrement été au cœur des travaux d'Eurojust.¹⁴

-*Frontex* (*Frontières extérieures*) est une Agence européenne créée par le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 chargée -comme son nom l'indique- du contrôle des frontières extérieures de l'Union.

-*Le Coordinateur de l'UE pour la lutte contre le terrorisme*. A la suite des attentats terroristes de Madrid en 2004, le Conseil européen a adopté le 29 mars 2004 une déclaration sur la lutte contre le terrorisme : « *L'Union et ses États membres s'engagent à faire tout ce qui est en leur pouvoir pour combattre le terrorisme sous toutes ses formes, dans le respect*

¹² Groupe TREVI : Terrorisme, Radicalisme, Extrémisme, Violence Internationale ; du nom de la Conférence instituée à Rome en 1976 et resté secret jusqu'en 1989.

¹³ Il met en relation les acteurs engagés dans la lutte contre la radicalisation violente et le recrutement de personnes à des fins terroristes.

¹⁴ EUROJUST, rapport d'activité 2013, p. 36.

des principes fondamentaux de l'Union, des dispositions de la Charte des Nations Unies et des obligations énoncées dans la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité des Nations Unies ». Parmi les mesures prévues figurait la nomination d'un coordinateur de la lutte contre le terrorisme qui est actuellement Gilles de Kerchove (nommé le 19 sept. 2007).

11. L'adoption d'une future législation européenne devra s'inscrire à la suite de la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme¹⁵ qui constitue la base de la politique antiterroriste européenne (Cons. 2). « *La menace terroriste s'est accrue et a évolué rapidement. Le mode opératoire des militants et des sympathisants terroristes s'est modifié, les groupes hiérarchiquement structurés cédant notamment la place à des cellules semi-autonomes qui entretiennent entre elles des liens relativement lâches. Ces cellules se connectent à des réseaux internationaux et recourent de plus en plus aux nouvelles technologies, en particulier à l'internet (...) source d'informations sur les moyens et les méthodes terroristes, faisant ainsi office de "camp d'entraînement virtuel". Les activités telles que la provocation publique à commettre des infractions terroristes, le recrutement et l'entraînement pour le terrorisme se sont multipliées, pour un coût et une prise de risques très faibles* » (Cons. 3 et 4).

12. Les Etats membres sont invités à rapprocher leurs législations et établir des règles minimales relatives aux infractions terroristes. La décision-cadre harmonise notamment la définition des infractions terroristes et précise les sanctions que les Etats membres doivent prévoir dans leur législation nationale. Elle prévoit l'incrimination des infractions liées aux activités terroristes en vue de « *contribuer à l'objectif politique plus général que constitue la prévention du terrorisme par la réduction de la diffusion de documents susceptibles d'inciter des personnes à perpétrer des attentats* ».

13. L'article 83-1 du TFUE (ex-art. 31 TUE) dispose que « *le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de directives (...) peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave 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* ». Au premier rang de ces domaines de criminalité, on trouve le terrorisme. Pourtant, en 2015, le constat est le suivant : l'Union dispose d'instruments susceptibles d'être utilisés à titre préventif pour lutter contre le terrorisme et donc réduire la menace. Cependant, leur mise en œuvre opérationnelle demeure insuffisante¹⁶.

14. Tout en rappelant que la *sécurité nationale* relève de la seule responsabilité des Etats, la Résolution du 1^{er} avril 2015 insiste sur le fait que « *l'utilisation accrue de ces instruments doit s'accompagner d'une intensification de la coopération entre les différents services chargés de la sécurité intérieure des Etats membres tant dans le domaine du renseignement et de la surveillance que dans celui des enquêtes, des poursuites et de la répression* ». Dans la Déclaration de Paris, les Etats membres se prononcent en faveur d'actions prioritaires qui pourraient être menées au niveau européen, telles que :

- le renforcement du rôle de FRONTEX ;
- l'amélioration des systèmes d'identification des personnes (SIS II) ;
- l'adoption urgente des propositions de directives, d'une part, PNR « *dans le respect des garanties indispensables à la protection des données personnelles* » et d'autre part, relative à

¹⁵ JOUE L 164, 22 juin 2002 - Acte modificateur Décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil du 28 nov. 2008, JOUE L 330, 9 déc. 2008.

¹⁶ Jean-Christophe Martin, *L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme*, RDP, 2015, pp. 341-346.

la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme¹⁷ ;

-une meilleure implication des acteurs privés de l'Internet dans la lutte contre le terrorisme avec notamment l'adoption de la proposition de directive visant à *assurer un niveau commun élevé de sécurité des réseaux et l'intégration d'une dimension de sécurité informatique dans les formations dispensées dans le cadre d'Erasmus* ;

-le développement de réseaux européens de sensibilisation à la radicalisation (RSR) ;

-l'inscription de la lutte contre le terrorisme international comme une priorité de l'action extérieure de l'Union.

-l'élargissement de la définition des infractions terroristes aux « *combattants étrangers* » : le Conseil de sécurité de l'ONU identifie en effet comme nouvelle menace *les nationaux ou résidents européens qui s'enrôlent dans des groupes terroristes*.¹⁸ Il se déclare « *gravement préoccupé par la menace terrible et grandissante que font peser les combattants terroristes étrangers* » qui exige la définition de nouvelles formes de terrorisme ; les systèmes juridiques nationaux n'étant pas adaptés à ces nouveaux profils terroristes. Un Comité sur les combattants terroristes étrangers a par ailleurs été créé le 21 janvier 2015 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe en vue de rédiger un protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe sur *la prévention du terrorisme* du 16 mai 2005 (STCE n° 196).

15. Le sénateur Jean-Jacques Hyst (UMP et rapporteur au nom de la commission des lois sur la proposition de Résolution) soulignait avec acuité -en mars 2015- la nécessité de faire mieux fonctionner les mécanismes existants, notamment la coopération policière et judiciaire entre les Etats membres. En effet, certains mécanismes tels que le mandat d'arrêt européen (institué par la décision-cadre du 13 juin 2002 et qui a remplacé la procédure d'extradition par les Etats membres) sont peu utilisés.¹⁹ Les auteurs de la Résolution souhaitent -qu'à droit constant- des « *indicateurs de risque appliqués uniformément à tous les Etats membres* » permettent de réaliser « *des contrôles quasi-systématiques* » de ressortissants de l'espace Schengen à leur entrée et à leur sortie.

16. La décision-cadre du 13 juin 2002 a par ailleurs ajouté aux infractions terroristes de nouveaux comportements comme *l'apologie du terrorisme et le prosélytisme* en leur faveur. Adoptée à la suite des attentats du 11 septembre 2001, cette décision-cadre introduit une définition spécifique et commune du concept de *terrorisme* défini par deux éléments :

- un élément matériel qui se rapporte à une liste d'actes criminels graves (meurtre, blessures corporelles, prise d'otage, extorsion, fabrication d'armes, attaques, menaces de commettre l'un des actes précités, etc.) ;

- un élément moral ; ces actes pouvant être considérés comme des infractions terroristes dès lors qu'elles sont commises « *à des fins d'intimidation d'une population, en vue de forcer un gouvernement ou une organisation internationale à exécuter un acte ou à s'en abstenir ou qui déstabilisent fortement ou détruisent les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou d'une organisation internationale* ».

¹⁷ Cette dernière a été adoptée le 20 mai 2015 : dir. (UE) 2015/849 du Parlement et du Conseil modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement et du Conseil et abrogeant la dir. 2005/60/CE du Parlement et du Conseil et la dir. 2006/70/CE de la Commission.

¹⁸ Résolution 2178 du 27 sept. 2014 relative aux menaces contre la paix et la sécurité internationale résultant d'actes de terrorisme.

¹⁹ Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres.

17. Un groupe terroriste est par ailleurs défini comme « *une association structurée de plus de deux personnes, établie dans le temps, qui agit de façon concertée et considère que diriger un groupe terroriste et participer à ses activités sont des infractions liées à un groupe terroriste* ».

18. Les États membres doivent par ailleurs s'assurer que certains actes intentionnels sont punissables en tant qu'infractions liées à des activités terroristes même si aucune infraction terroriste n'a été commise. Il s'agit en particulier de toute incitation publique à commettre une infraction terroriste, du recrutement et de la formation au terrorisme, du vol aggravé, d'extorsion et de falsification de documents administratifs en vue de commettre une infraction terroriste.

19. Les États membres doivent prévoir dans leur législation nationale des sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, qui peuvent entraîner l'extradition. Des sanctions contre les personnes morales doivent être adoptées lorsque la personne physique a eu le pouvoir de représentation de la personne morale ou l'autorité pour exercer un contrôle sur la personne morale qui a commis une infraction terroriste.

20. Le programme pluriannuel de La Haye visant à *renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne*, adopté par le Conseil européen du 5 novembre 2004, souligne que pour prévenir et « *combattre efficacement le terrorisme dans le plein respect des droits fondamentaux, les États membres ne peuvent cantonner leurs activités au maintien de leur propre sécurité, mais doivent également axer celles-ci sur la sécurité de l'Union dans son ensemble* ». ²⁰ Au titre des dix mesures proposées à cet effet, il y a bien évidemment la *lutte contre le terrorisme dans un cadre intégré et cohérent*.

21. La Commission met enfin l'accent sur la prévention du terrorisme par l'échange des informations. Elle souhaite concentrer ses efforts sur les questions liées au recrutement de djihadistes²¹ et du financement du terrorisme. La prévention du terrorisme par l'amélioration de l'analyse du risque, la lutte contre l'utilisation abusive d'organisations caritatives pour financer le terrorisme, la protection des infrastructures à risque et la gestion des conséquences sont aussi mises en avant.

22. Le Conseil de sécurité des Nations unies met aussi de son côté l'accent sur *Internet* en invitant les États à adopter les mesures nécessaires et appropriées, **conformément aux obligations qui leur incombent en vertu du droit international**, pour interdire légalement l'incitation à commettre un ou des actes terroristes et pour prévenir une telle incitation sur internet.²² Le rapport du secrétaire général des Nations unies du 27 avril 2006 « *S'unir contre le terrorisme: recommandations pour une stratégie antiterroriste mondiale* » considère que cette résolution constitue une base permettant de criminaliser l'incitation à commettre des actes de terrorisme et à recruter des terroristes, **y compris par l'intermédiaire de l'Internet**. Dans la stratégie antiterroriste mondiale des Nations unies du 8 septembre 2006, les États membres de l'ONU se déclarent « *déterminés à explorer les moyens de coordonner les efforts* ».

²⁰ http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/116002_fr.htm

²¹ Stratégie de l'Union européenne visant à lutter contre la radicalisation et le recrutement des terroristes adoptée le 30 nov. 2005 (révisée en 2008 et 2014) ; www.eu-un.europa.eu/articles/fr/article_5385_fr.htm

²² Résolution 1624 (2005) du 14 sept. 2005.

à l'échelle internationale et régionale afin de contrer le terrorisme sous toutes ses formes et dans toutes ses manifestations sur l'internet »²³.

23. « C'est une guerre bien curieuse que déclare le terrorisme : sans belligérants, sans champ de bataille, sans égalité des armes, sans face à face ; une guerre qui se ressent partout mais ne se voit nulle part »²⁴. Pourtant, elle constitue la principale menace de rupture de la paix et de la sécurité internationales. Les efforts croisés de l'Assemblée générale des Nations unies et du Conseil de sécurité ont certes permis l'adoption d'instruments internationaux et de résolutions à l'encontre des Etats ou organisations concernés mais la répression pénale des individus fait défaut au niveau international. En excluant le terrorisme de la compétence de la Cour pénale internationale (CPI) au motif que l'infraction n'était pas définie, les Etats ont renoncé à l'élaboration d'une réponse pénale universelle. La Cour est en effet compétente pour poursuivre les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité ainsi que les crimes de guerre. Elle ne peut intenter de poursuites contre des actes terroristes que lorsque ceux-ci constituent de tels crimes au regard du Statut de Rome²⁵. Des voies de réflexions sont ouvertes en vue de rendre la CPI compétente pour une nouvelle catégorie d'infractions constituée des crimes de terrorisme ou en vue de créer une juridiction internationale *ad hoc*²⁶.

A) La problématique d'une réponse juridique adaptée à la menace terroriste dans le respect de l'Etat de droit

24. « La République ne peut se défendre face au terrorisme qu'en restant un Etat de droit (...) par l'absence de restrictions disproportionnées de ses libertés et la recherche d'un ensemble de moyens adaptés au contexte particulier du terrorisme »²⁷. Sur ce point, la résolution du 1^{er} avril 2015 rappelle que « la lutte contre le terrorisme et l'utilisation des moyens conférés à cette fin aux Etats membres doivent respecter les valeurs de l'union et l'Etat de droit ». Dans le même temps, elle souligne les attentes légitimes des citoyens à voir garantie la sécurité intérieure. Si cette dernière passe par une répression judiciaire certaine, elle trouve aussi des voies et des moyens de protection dans les systèmes de prévention que sont les renseignements militaire et civil ; l'information faisant partie intégrale de la lutte anti-terroriste. Le Livre blanc sur la sécurité intérieure soulignait déjà en 2006 : « nous avons besoin d'une véritable stratégie parce que la menace terroriste n'a cessé de changer. (...) Dans le combat contre le terrorisme, notre meilleure arme ce sont nos principes démocratiques. La tolérance, le respect des libertés publiques, le respect des identités que notre pays a toujours su défendre font notre force. Renoncer à ces valeurs, ce serait faire le jeu des terroristes. Céder à la tentation de l'exception, ce serait commencer à perdre la bataille. Alors soyons fidèles à nos valeurs : elles sont notre meilleur atout dans notre combat contre le terrorisme »²⁸.

25. Loi après loi, les dispositifs répressifs ont été renforcés (allongement des délais de prescriptions des délits et des crimes terroristes, création de nouvelles incriminations). Le

²³ www.un.org/fr/terrorism/strategy-counter-terrorism.shtml : Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 8 sept. 2006 [A/RES/60/288].

²⁴ André Garapon, « Camus, l'Homme obstiné », in *Réflexions sur le terrorisme*, Ed. Nicolas Philippe, 2002, p. 190.

²⁵ Ghislaine Doucet, « Terrorisme : définition, juridiction pénale internationale et victimes », *Revue internationale de droit pénal*, 2005/3 (vol. 76) pp. 251-273 DOI : 10.3917/ridp.763.0251

²⁶ Marianne Hanna-Azar, « Quel rôle pour la cour pénale internationale dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ? », *JAC* n° 141, fév. 2015.

²⁷ Henri Oberdorff, « La République française face au défi du terrorisme », *RDP*, 2015, pp. 357-370.

²⁸ *Livre blanc sur la sécurité intérieure*, La Doc. fr., 2006, 144 p.

traitement des infractions terroristes a été amélioré, la lutte contre la diffusion de la propagande terroriste (loi n° 2011- 267 du 14 mars 2011) et les moyens d'enquête et d'investigation adaptés (régime spécial de garde à vue - loi n° 2011-392 du 14 avr. 2011). La compétence juridictionnelle des tribunaux français a été élargie pour lutter contre le terrorisme hors du territoire national²⁹. Cette menace terroriste en constante évolution, qualifiée de « *majeure et persistante* » au Livre Blanc sur la défense et la sécurité nationale de 2013, exige une adaptation en continu des dispositifs législatifs et réglementaires eux-mêmes. Selon les observateurs, la menace terroriste évoluerait plus vite que le rythme de nos législations.

26. Les attaques terroristes de janvier 2015 sont la preuve que les terroristes ont conservé une longueur d'avance sur le législateur ; le premier décret d'application de la loi du 13 novembre 2014 ayant été -ironie du sort- publié le 14 janvier 2015, au-lendemain des attentats³⁰. Prenant en compte ce constat, la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme répond à cinq grands objectifs : adapter les mesures de police à l'évolution des formes de terrorisme, y compris aux actes préparatoires, renforcer et étendre les mesures d'assignation à domicile, créer des incriminations plus dissuasives, organiser un traitement judiciaire centralisé et renforcer la lutte contre la provocation au terrorisme et l'apologie du terrorisme sur Internet³¹.

27. Au-lendemain même de son adoption, le gouvernement annonce de nouveaux textes en vue de combler « *les failles du dispositif français de lutte contre le terrorisme* » ; failles que les terroristes n'ont pas manqué d'exploiter (à titre d'exemple, le régime des écoutes judiciaires).

28. A l'occasion des débats parlementaires sur l'adoption de la loi du 13 novembre 2014, le rapporteur Sébastien Pietrasanta exposait : « *deux ans seulement après l'adoption de la loi du 21 décembre 2012, la menace terroriste est particulièrement forte mais surtout d'une*

²⁹ La loi n° 2012-1432 du 21 déc. 2012 rend applicable la loi pénale française à tous crimes et délits terroristes commis à l'étranger par un Français ou une personne résidant habituellement en France.

³⁰ Décret n° 2015-26 du 14 janv. 2015 relatif à l'interdiction de sortie du territoire des ressortissants français projetant de participer à des activités terroristes à l'étranger.

³¹ Plusieurs décrets sont déjà publiés :

- décret n° 2015-26 du 14 janv. 2015 relatif à l'interdiction de sortie du territoire des ressortissants français projetant de participer à des activités terroristes à l'étranger (art. 1 et 2 de la loi) ;

- décret n° 2015-125 du 5 fév. 2015 relatif au blocage des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique (art. 12 de la loi) ;

- décret n° 2015-131 du 7 fév. 2015 relatif à l'autorité compétente pour prononcer l'assignation à résidence d'un étranger expulsé ou interdit du territoire (art. 2 de la loi) ;

- décret n° 2015-169 du 14 fév. 2015 relatif à la compétence territoriale des tribunaux administratifs pour connaître des décisions ministérielles en matière de police administrative et de prévention du terrorisme (il attribue compétence en premier ressort au TA de Paris pour examiner les recours dirigés contre une interdiction de sortie du territoire, une interdiction administrative du territoire, une interdiction de se trouver en relation avec une personne nommément désignée et une interdiction de transport ; art. 1, 2 et 3 de la loi) ;

- décret n° 2015-198 du 20 fév. 2015 relatif aux conditions d'application des mesures de gel des avoirs (art. 11 de la loi) ;

- décret n° 2015-253 du 4 mars 2015 relatif au déréférencement des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique (art. 12 de la loi) ;

- décret n° 2015-383 du 3 avril 2015 relatif aux mesures de sûreté applicables aux entreprises de transport aérien desservant le territoire national au départ d'aérodromes étrangers, en cas de menace pour la sécurité nationale (art. 28-III de la loi) ;

ampleur inédite, exigeant du législateur qu'il renforce l'efficacité de l'arsenal juridique de lutte contre le terrorisme ». La menace est estimée croissante en proportion de la progression constante des départs de djihadistes vers la Syrie et l'Irak « *et des potentiels retours offensifs et criminels de ces individus* ». Au moment où s'ouvre l'examen du projet de loi, le 17 juillet 2014, la menace d'attentats en France est « *bien réelle (...) et d'une ampleur inédite* »³².

29. Il aura fallu 17 victimes pour qu'un train de mesures législatives et financières soit annoncé à l'issue du Conseil des ministres du 23 janvier 2015 laissant entendre que la toute récente loi du 13 novembre 2014 n'était *in fine* plus adaptée à la nouvelle menace terroriste³³.

30. Au premier rang de ces mesures, on trouve le dispositif *Passenger Name Record* (PNR) (Système de surveillance des déplacements aériens des personnes suspectées d'activités criminelles) qui devrait aussi être opérationnel en France en 2015. En Europe, un tel dispositif n'existe qu'au Royaume-Uni, qui s'est doté en 2006 d'un système de surveillance des données personnelles relatives à tous les détails d'un voyage que peuvent utiliser un grand nombre d'organismes, y compris fiscaux. L'*Immigration, Asylum and Nationality Act* de 2006 (IANA) ne s'applique pas seulement aux transporteurs aériens mais à tous les transporteurs. Ce système de surveillance va bien au-delà de celui existant en France³⁴.

31. Le débat sur la création d'un système européen d'exploitation des données recueillies par les transporteurs européens au moment de la réservation commerciale reste vif au sein de l'Union européenne. Il ne vise pas à créer un fichier européen unique mais à mettre en place une coopération entre les PNR nationaux. Une première proposition de décision-cadre du 6 novembre 2007 visant à introduire un système européen pour l'utilisation par les services répressifs des données commerciales figurant sur les bases de réservation des compagnies aériennes a été abandonnée. Elle faisait obligation aux transporteurs aériens assurant des vols vers le territoire d'au moins un État membre (ou à partir de celui-ci) de transmettre aux autorités compétentes les renseignements relatifs aux passagers. N'étaient visés que les vols en provenance de pays tiers vers l'Union européenne et de l'Union européenne vers les pays tiers. En revanche, les vols intracommunautaires n'étaient pas concernés. Cette proposition a fait l'objet de vives réserves de la part du Contrôleur européen de la protection des données, de l'Agence des droits fondamentaux de l'UE et du groupe des CNIL européennes dit « *groupe article 29* ». Le Parlement européen a exprimé ses inquiétudes sur l'absence de sécurité juridique de la proposition, et de fortes réserves sur sa nécessité et sa valeur ajoutée.

32. Un second projet de directive a été déposé le 3 février 2011.³⁵ La Commission des libertés civiles du Parlement européen a depuis rejeté le texte. Le 24 février 2015, le rapporteur du texte, Timothy Kirkhope, a proposé de réduire son champ d'application tout en rappelant qu'il s'agissait d' « *un outil clé pour contrer le terrorisme et la criminalité* ». De son côté, le Sénat dans sa résolution n° 78 du 15 mars 2015 estime « *urgente l'adoption de la*

³² Rapport n° 2173, pp. 10 et s.

³³ 736 millions d'euros partagés entre les ministères de l'Intérieur et de la Justice.

³⁴ Loi n° 2006-64 du 23 janv. 2006 relative à la lutte contre le terrorisme (art. L. 232-7 du code de la sécurité intérieure ; CSI) et décret n° 2014-1095 du 26 sept. 2014 portant création d'un traitement de données à caractère personnel dénommé « API-PNR France ».

³⁵ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'utilisation des données des dossiers passagers pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière COM(2011) 32 final du 2 fév. 2011.

proposition de directive relative à l'utilisation des données des dossiers passagers pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité ».

II. La lutte anti-terroriste : portée et limites d'un droit pénal spécial

33. « Pour qu'un gouvernement ne soit pas en droit de punir les erreurs des hommes, il est nécessaire que ces erreurs ne soient pas des crimes ; elles ne sont des crimes que quand elles troublent la société. Elles troublent cette société dès qu'elles inspirent le fanatisme ; il faut donc que les hommes commencent par n'être pas fanatiques pour mériter la tolérance »³⁶.

34. L'existence de procédures exorbitantes du droit commun appliquées à la répression des actes terroristes -et à leurs actes préparatoires- permet d'affirmer l'existence d'un droit pénal spécial anti-terroriste. Ceci est aussi confirmé par la création de juridictions spécialisées et d'incriminations pénales spécifiques. Ce nouvel ensemble de dispositions répressives répond-il de façon satisfaisante aux nouvelles menaces ?

A- La notion d' « actes terroristes » et l'évolution des infractions pénales

35. L'article 421-1 c. pén. définit la notion d' « *actes de terrorisme* », infractions de droit commun qui -par l'intention terroriste de leur auteur- se voient qualifiées de « terroristes ». L'article 4 de la loi du 13 novembre 2014 a ajouté au 4^{ème} alinéa de l'article 421-1 c. pén., des infractions en matière d'armes, de produits explosifs ou de matières nucléaires définies aux articles 322-6-1 c. pén. (diffusion de procédés permettant la fabrication d'engins de destruction) et 322-11-1 c. pén. (détention ou transport de substances, produits incendiaires ou explosifs ou substances entrant dans leur composition en vue de la préparation d'un acte terroriste). Sept catégories d'infractions sont ainsi constitutives d'actes de terrorisme sous deux conditions :

- Etre « *intentionnellement en relation* » avec une entreprise individuelle ou collective terroriste. Sur ce point, il convient de noter que l'article 6 de la loi a inséré au code pénal un nouvel article 421-2-6 qui élargit la notion d' « *entreprise terroriste* » -appréhendée initialement comme « *collective* »- à celle d' « *entreprise individuelle terroriste* » ;

- Avoir pour but de « *troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* ».

36. Mais le code pénal prévoit aussi des catégories d'infractions terroristes autonomes telles que le terrorisme écologique (art. 421-2 c. pén.). Tous ces actes terroristes -ainsi que leurs actes préparatoires- sont punis de peines pénales aggravées (art. 421-3 à 421-6 c. pén.).

37. La notion d' « *actes préparatoires* » est un élément clé de la politique de prévention du terrorisme. La loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 (art. 3) a intégré au code pénal la notion d' « *association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un acte de terrorisme* » : « *constitue également un acte de terrorisme 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 421-1 et 421-2 C.P* » (art. 421-2-1 c. pén.). Cette notion de « *préparation caractérisée* » d'actes de terrorisme est considérée comme « *une porte ouverte à l'arbitraire (...) un risque d'extension arbitraire du champ d'application des procédures et du nombre des personnes inculpées (...) sans aucune*

³⁶ Voltaire, *Traité sur la tolérance*, 1763, Ch. XVIII.

présomption de commission -d'actes terroristes- au sens exact du terme ». ³⁷ La FIDH évoque notamment la définition et l'interprétation du professeur Yves Mayaud de l'infraction : « *le délit continue à s'entendre d'une participation préparatoire : participation à un groupement ou à une entente, préparation d'un acte de terrorisme dérivé ou écologique. L'association reste ainsi indépendante de la réalisation effective des infractions qui en sont l'objet, ce qui n'est pas sans intérêt, dès lors que, suffisamment matérialisée, la seule préparation suffit à consommer le fait de participation punissable* » ³⁸. L'application de ce délit conduit, selon la FIDH, à des conclusions juridiques reposant « *sur un maximum de spéculations, de déductions et d'insinuations* ».

38. Dans une question écrite posée le 17 mars 2005 au ministre de la Justice, le sénateur Jean-Louis Masson évoque la relative imprécision du délit « *d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste* » ; son application pouvant conduire à des décisions arbitraires ne reposant sur aucun élément concret. Le ministre écarte l'argument considérant que le délit est « *circonscrit à une certaine catégorie d'infractions limitativement énumérées* » ; les articles 421-1 et 412-2 c. pén. énumérant précisément les infractions de droit commun et autonomes. Par ailleurs, le délit doit être caractérisé, pour être constitué contre une personne, par son appartenance démontrée à un groupe qualifié de « *terroriste* », la mise en place de moyens logistiques, humains, financiers, d'actes préparatoires permettant ou facilitant la planification, la préparation ou la réalisation de projets terroristes éventuels . « *C'est grâce à ce type de moyens associés au respect des droits de la défense et du procès équitable que le modèle judiciaire français de lutte contre le terrorisme reste aujourd'hui incontesté sur la scène européenne et internationale* » ³⁹.

39. Cette question a été à nouveau évoquée à l'occasion des débats parlementaires relatifs à l'adoption de la loi du 13 novembre 2014, notamment à l'occasion de l'élargissement de la notion de « *groupement formé ou entente* » établi en vue de la préparation d'un acte de terrorisme à celle d'« *entreprise individuelle* » ⁴⁰. La création de ce délit d'« *entreprise individuelle terroriste* » a suscité certaines inquiétudes « *au motif qu'elle ne répondrait pas à une réelle nécessité, et qu'elle viserait des actes préparatoires, sanctionnant une simple intention* » ⁴¹. Ce nouveau délit est pour le législateur le moyen de poursuivre des individus « *solitaires* » qui préparent un (ou plusieurs) actes terroristes visés au II de l'article 421-2-6 c. pén., sans être nécessairement en lien avec un réseau terroriste. La rédaction de cette nouvelle disposition laisse en réalité peu de place aux interrogations sur la caractérisation des actes préparatoires et les infractions visées. Le projet terroriste préparé est en effet clairement caractérisé par des éléments matériels ⁴². Le délit est par ailleurs clairement circonscrit à des infractions limitativement visées aux articles 421-1 1 et 2° et 412-2 c. pén., dès lors qu'elles

³⁷ Fédération internationale des droits de l'Homme (FIDH), *France : la porte ouverte à l'arbitraire* », Rapport janvier 1999, Hors-série de la Lettre bimensuelle de la FIDH, n° 271, 56 p. et *L'antiterrorisme à l'épreuve des droits de l'Homme : les clés de la compatibilité*, Rapport d'analyse, oct. 2005, n° 429, 48 p.

³⁸ Yves Mayaud, *Le Terrorisme*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1997, 152 p. et Rapp. FIDH, *op. cit.*, p. 9.

³⁹ Réponse du ministère de la justice, JO Sénat, 17 fév. 2005, p. 488 à la question écrite de Jean-Louis Masson du 17 fév. 2005 ; JO Sénat, 26 août 2004, p. 1893.

⁴⁰ Art. 421-2-6 c. pén. ; créé par art. 6 de la loi du 13 nov. 2014.

⁴¹ S. Pietrasanta, rapport n° 2173 préc., p. 43.

⁴² Détenir, rechercher, se procurer ou fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui ; recueillir des renseignements permettant de mener une action dans des lieux surveillés ; s'entraîner au maniement des armes ou à toute forme de combat, à la fabrication ou à l'utilisation de substances explosives, incendiaires, nucléaires, radiologiques, biologiques ou chimiques ou au pilotage d'aéronefs ou à la conduite de navires ; consulter habituellement des services de communication au public en ligne ou détenir des documents provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie ; avoir séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes.

seraient « réalisées dans des circonstances de temps ou de lieu susceptibles d'entraîner des atteintes à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes ». Ce sont donc les hypothèses limitées à la préparation des actes les plus graves qui sont retenues. L'élément moral de l'infraction est lui aussi précisé : être « intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur » (art. 421-2-6-I c. pén.) ; cette condition étant déjà exigée pour les actes de terrorisme inscrits à l'art. 421-1 c. pén.

40. Il est nécessaire d'adapter davantage encore la définition de certaines infractions terroristes, notamment pour mieux prendre en compte les nationaux qui partent combattre à l'étranger, ceux que l'on appelle les « combattants étrangers ». Il faut disposer d'un cadre juridique européen facilitant leur surveillance, leur poursuite et leur mise en cause (Résolution 2178 du 24 sept. 2014 du Conseil de sécurité des Nations Unies, *op. cit.*).

B- La notion de « combattant étranger » et les questions de déchéance et de retrait de la nationalité

41. Dans ce contexte, se pose en particulier la question de la déchéance de nationalité pour acte de terrorisme d'un « combattant étranger » ayant acquis la nationalité française et de retrait de nationalité pour les Français d'origine. « La déchéance de nationalité correspond à la perte de la nationalité acquise, quand le retrait de la nationalité traduit une perte de la nationalité attribuée »⁴³. Le 23 janvier 2015, le Conseil constitutionnel s'est prononcé en faveur de la conformité à la Constitution de la déchéance de la nationalité française (prévue aux art. 25 et 25-1 C. civ.) d'un individu disposant d'une autre nationalité, ceci pour des faits de participation à une association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un acte de terrorisme (décision n° 2014-439 QPC). Il s'était déjà prononcé en 1996 sur la possibilité de déchoir de leur nationalité les « Français par acquisition » pour des actes de terrorisme (décision n° 96-377 DC du 16 juil. 1996). Cette décision du Conseil constitutionnel rappelle « on tend parfois à l'oublier » que la nationalité « n'est pas un élément relevant de l'état des personnes, elle est la survivance de l'allégeance liant autrefois le vassal envers le suzerain ; (...) Le retrait et la déchéance de nationalité constituent bien des mesures exceptionnelles sanctionnant la déloyauté d'un Français ; elles sont susceptibles de s'appliquer à l'encontre de tout Français qui rejoindrait les rangs d'une armée étrangère (...) avec plus de sévérité encore pour le Français d'origine »⁴⁴. Se glissant dans ce qu'elle considère être l'ouverture d'une brèche par les Sages, la Commission des affaires européennes du Sénat (présidée par le sénateur Jean Bizet) a proposé, le 22 janvier 2015, d'étudier « la possibilité, au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme, de faire de la **déchéance de nationalité** un instrument juridique réellement dissuasif ».

42. La position de la France sur le sujet -et par voie de conséquence sur celui de l'apatridie- est quelque peu paradoxale. Après avoir signé et ratifié la convention du 28 septembre 1954 relative au statut des apatrides, la France n'a jamais ratifié la convention de New-York du 30 août 1961 sur la réduction des cas d'apatridie, alors même que les dispositions du code civil semblent favoriser leur réduction. Elle a par ailleurs émis une réserve nationale au moment de la signature de la convention de 1961 en application de l'article 8.3 de la convention qui dispose qu' « un Etat contractant peut conserver la faculté de priver un individu de sa nationalité, s'il procède, au moment de la signature, de la

⁴³ Bertrand Pauvert, « Autour de la déchéance et du retrait de la nationalité française », *AJDA*, 2015, p. 1000.

⁴⁴ B. Pauvert, *op. cit.*

ratification ou de l'adhésion, à une déclaration à cet effet spécifiant un ou plusieurs motifs prévus à sa législation nationale à cette date et entrant dans les catégories suivantes :

a) Si un individu, dans des conditions impliquant de sa part un manque de loyalisme envers l'Etat contractant ; (...) ii) A eu un comportement de nature à porter un préjudice grave aux intérêts essentiels de l'Etat ;

b) Si un individu a prêté serment d'allégeance, ou a fait une déclaration formelle d'allégeance à un autre Etat, ou a manifesté de façon non douteuse par son comportement sa détermination de répudier son allégeance envers l'Etat contractant ». Est-il alors utile de légiférer sur cette question ? Avant que n'intervienne une nouvelle législation, une partie de la doctrine rappelle que la loi permet déjà de sanctionner « le comportement d'une personne qui manquerait de loyauté envers la France »⁴⁵.

43. La réponse ultime, au-regard de la question des droits de l'homme, réside sans nul doute dans la mise en perspective de l'article 15 de la CEDH. L'article 14 de la Convention dispose que « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». A sa suite, l'article 15 autorise les États contractants à déroger aux droits garantis par la Convention « **en cas d'état d'urgence** » résultant notamment d'une situation de guerre ou d'autre « danger public menaçant la vie de la nation ». Cette dernière hypothèse pourrait viser une nouvelle vague d'attentats meurtriers. Une dérogation aux droits fondamentaux est alors possible, « dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international ». Compte tenu des précédents éléments relatifs à la réserve émise par la France et son absence de ratification de la convention de New-York, le législateur pourrait trouver ici un fondement supplémentaire à une déchéance de nationalité élargie.

44. Sur l'absence de ratification d'une convention internationale par un Etat, il peut être utile de rappeler d'une part, l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*⁴⁶, selon laquelle une convention n'est en vigueur à l'égard d'un Etat que si celui-ci, après l'avoir signée dans les délais prévus, l'a ensuite ratifiée et, d'autre part, la Convention de Vienne relative aux traités du 23 mai 1969 (art. 14. *Expression, par la ratification, l'acceptation ou l'approbation, du consentement à être lié par un traité*).

45. Cette possibilité de dérogation à une disposition de la CEDH a été utilisée par le Royaume-Uni à l'occasion de l'adoption du *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* dont l'une des dispositions les plus controversées autorisait -par dérogation à l'art. 5(1) de la CEDH sur le droit à la liberté et à la sûreté- la détention sans procès d'étrangers résidant en Grande-Bretagne s'ils étaient soupçonnés d'être liés à des milieux terroristes et sans qu'ils puissent se faire expulser au nom de la protection des droits de l'Homme. Pour cela, le gouvernement britannique avait dû déclarer un « état d'urgence menaçant la vie de la nation »⁴⁷. L'article 16 de la Constitution française permettrait la mise en œuvre d'une telle déclaration et l'application des dispositions dérogatoires. En attendant, la raison est sans doute

⁴⁵ Pour davantage de développements : B. Pauvert, *op. cit.*

⁴⁶ CIJ, 20 fév. 1969, *RFA c/ Pays-Bas*.

⁴⁷ Jim Murdoch, *L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme: protection de la liberté et de la sûreté de la personne*, Dossier sur les droits de l'Homme révisé n° 12, Editions du Conseil de l'Europe, 2003, 140 p.

à mi-chemin entre une application sans réserve des libertés fondamentales et leur restriction par des dispositifs d'exception.

46. Le 11 février 2015, une proposition de loi avait été déposée à l'Assemblée nationale visant à *faire perdre la nationalité française à tout individu arrêté ou identifié portant les armes ou se rendant complice par la fourniture de moyens à des opérations armées contre les forces armées ou les forces de sécurité françaises ou tout civil Français et à rétablir le crime d'indignité nationale pour les Français sans double nationalité*⁴⁸. Elle a été rejetée en 1^{ère} lecture par l'Assemblée nationale le 2 avril 2015⁴⁹. S'agissant de la perte de la nationalité française, le texte proposait qu'un nouvel article 23-8-1 soit inséré au code civil disposant que : « *perd la nationalité française tout individu arrêté ou identifié portant les armes ou se rendant complice par la fourniture de moyens à des opérations armées contre les forces armées ou les forces de sécurité françaises ou tout civil Français :*
1° *Sur un théâtre d'opération extérieure où la France est engagée ;*
2° *Ou, sur le territoire français, au profit d'un État ou d'une organisation contre lequel la France est engagée militairement* ».

47. L'individu était alors déclaré avoir perdu la nationalité par décret en Conseil d'État, sauf si cette mesure avait eu pour effet de le rendre apatride. En cas d'avis défavorable du Conseil d'État, la mesure prévue à l'alinéa précédent ne pouvait être prise que par décret en conseil des ministres. Lorsque la mesure était devenue définitive et que l'intéressé se trouvait sur le territoire national, il faisait l'objet d'une mesure d'expulsion vers le pays dont il a la nationalité. Si l'intéressé ne résidait pas habituellement en France et ne se trouvait pas sur le territoire national, il faisait l'objet d'une interdiction administrative du territoire.

48. Quant au crime d'indignité nationale, l'article 411-5-1 c. pén.⁵⁰ aurait disposé que se rendait coupable du crime d'indignité nationale « *tout Français portant les armes ou se rendant complice par la fourniture de moyens à des opérations armées contre les forces armées ou les forces de sécurité françaises ou tout civil Français :*
1° *Sur un théâtre d'opération extérieure où la France est engagée ;*
2° *Ou, sur le territoire français, au profit d'un État ou d'une organisation contre lequel la France est engagée militairement* ».

Ce crime d'indignité nationale devait être puni de trente ans de détention criminelle, 450.000 € d'amende et de la peine complémentaire de dégradation nationale, peine dont le prononcé était rendu obligatoire.

49. Il s'inspirait ni plus ni moins de celui mis en place à la fin de la Seconde guerre mondiale par le Général de Gaulle par l'ordonnance du 26 août 1944. Rétroactive, cette peine sanctionnait les Français ayant collaboré avec l'ennemi en France ou à l'étranger entre le 16 juin 1940 et le 10 novembre 1945, date de libération totale du territoire français. « *Il s'agissait de sanctionner un comportement profondément antinational* ». Les faits constitutifs du crime d'indignité nationale étaient très variés et « *seules les relations amicales voire sentimentales avec l'ennemi n'étaient pas sanctionnées en tant que telles* ».

50. S'inspirer de cet héritage de la Libération a été jugé anachronique en 2015. Au lendemain de l'acte terroriste déjoué par des passagers dans un train Thalys, il est utile au contraire de s'interroger sur l'étonnante modernité des principes fondamentaux qui ont inspiré

⁴⁸ Philippe Meunier, proposition de loi n° 2570, 11 fév. 2015 et rapport n° 2679, Ass. nat., 25 mars 2015.

⁴⁹ TA n° 503

⁵⁰ Section 2 du chapitre I^{er} du livre IV du code pénal relative aux « *intelligences avec une puissance étrangère* ».

les rédacteurs de l'ordonnance de 1944 : « *que la nation fasse le partage des bons et des mauvais citoyens* » et que « *tout Français qui s'est rendu coupable d'une activité antinationale caractérisée est un citoyen indigne dont les droits doivent être restreints dans la mesure où il a méconnu ses devoirs* »⁵¹.

B- Des moyens d'enquête exceptionnels et non d'exception

51. Au premier rang de ces moyens, on trouve la garde à vue. Si le régime de la garde à vue pour terrorisme est qualifié de « *spécial* », toutes les dispositions pénales de droit commun régissant la garde à vue s'appliquent au prévenu placé en garde à vue pour terrorisme (droit à prévenir un proche, consulter un médecin, droit à un avocat...). En cela, ce régime n'est pas un régime d'exception. En revanche, il est spécial en ce qu'il prévoit une garde à vue allongée « *à titre exceptionnel, si les nécessités de l'enquête ou de l'instruction l'exigent* ». La garde à vue peut être prolongée par décision écrite et motivée, soit, à la requête du procureur de la République, par le juge des libertés et de la détention, soit par le juge d'instruction. Elle peut être prolongée jusqu'à 96 heures (4 jours - y compris pour des mineurs de 16 ans et plus - art. 706-88-1 al.1 c. pro. pén.). Très exceptionnellement, elle peut être prolongée jusqu'à 144 heures (6 jours) s'il existe un risque sérieux de l'imminence d'une action terroriste en France ou à l'étranger ou si les nécessités de la coopération internationale le requièrent impérativement (dispositions non applicables aux délits d'apologie publique du terrorisme et de provocation directe - art. 706-24-1 c. pro. pén.).

52. Pour les faits de criminalité ou de délinquance organisée inscrits à l'article 706-73 11° c. pén. (actes de terrorisme visés aux art. 421-1 et 421-2 c. pén.), l'intervention de l'avocat peut aussi être reportée pour une durée maximale de 72 heures, en considération de raisons impérieuses tenant aux nécessités de l'enquête, soit pour permettre le recueil ou la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte aux personnes (art. 706-88 al. 6 c. pro. pén.).

53. La lutte anti-terroriste prévoit aussi la mise en œuvre de techniques spéciales d'enquêtes⁵² qui sont traditionnellement utilisées en matière de criminalité ou de délinquance organisée mais qu'il conviendra de revoir à l'aune de la toute récente loi sur le renseignement.

III. Les libertés individuelles et la lutte anti-terroriste : le défi juridique de la sécurité intérieure

54. Au lendemain des attentats, un projet de loi sur le renseignement est annoncé qui donnera « *aux services compétents les moyens juridiques d'accomplir leurs missions tout en garantissant un contrôle externe et indépendant de leurs activités* ». La loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 sur le renseignement donne dorénavant un cadre légal à l'action des services français de renseignement, « *légitimant leur activité tout en respectant les libertés publiques et individuelles* ». Si la question du renseignement est centrale pour lutter efficacement contre le terrorisme, celle de la définition de nouvelles infractions terroristes l'est tout autant, notamment pour appréhender les phénomènes nouveaux tels que ceux des « *combattants* »

⁵¹ Ph. Meunier, rapport n° 2679 préc. pp. 21 et s.

⁵² L'infiltration, l'enquête sous pseudonyme, les perquisitions spéciales, les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, les sonorisations et des fixations d'images de certains lieux ou véhicules, la captation des données informatiques « *sans le consentement des intéressés* »

étrangers ». C'est un nouveau défi pour la démocratie que de garantir aux citoyens leur sécurité intérieure tant par des voies préventives que répressives.

55. Au nom de ce nouveau « *droit à la sécurité intérieure* », les instruments se sont multipliés remettant -par nature- toujours un peu plus en question les libertés individuelles, un paradoxe que les Français ne semblent pas prêts à accepter.

A) Le renforcement des mesures de police administrative : liberté de circulation versus lutte contre les filières terroristes⁵³

56. La loi du 13 novembre 2014 crée (art. 1^{er}) une infraction pénale nouvelle : le fait de quitter ou de tenter de quitter le territoire français en violation d'une décision d'interdiction de sortie du territoire (art. L. 224-1 CSI). Elle crée par ailleurs (art. 2) un dispositif d'interdiction administrative du territoire à l'encontre d'étrangers dont la présence en France constitue « *une menace grave pour l'ordre public* » (art. L. 214-1 et s. du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile) -et de façon complémentaire- renforce le dispositif d'assignation à résidence (art. 3 - art. L. 563-1 nouveau et L. 624-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers).

57. Enfin, l'article 1^{er} de la loi prévoit qu'une entreprise de transport peut se voir notifier « *par un moyen tenant compte de l'urgence* » une décision d'interdiction de transport d'une personne visée par une interdiction de sortie du territoire « *lorsque les données transmises permettent de l'identifier* » (art. L. 232-8 CSI). L'article R. 232-19 CSI donne au ministre de l'Intérieur compétence pour la notification d'interdiction aux entreprises de transport. Une amende d'un montant maximum de 50.000 € est prévue en cas de méconnaissance de cette interdiction par l'entreprise de transport (art. L. 232-5 CSI)⁵⁴.

1- Création d'un dispositif d'interdiction de sortie du territoire

58. Cette disposition législative est la mesure « *phare* » du dispositif français de lutte contre les filières terroristes, et en particulier contre les « *combattants étrangers* »⁵⁵. Elle permet de poursuivre des individus tentant de se rendre à l'étranger malgré une interdiction de sortie du territoire et de procéder à leur interpellation à leur retour. Des voix se font entendre pour durcir davantage encore ces mesures de police administrative, notamment pour tenir compte des circonstances réelles de radicalisation ou non des individus concernés.

59. Tout Français peut faire l'objet d'une interdiction de sortie du territoire « *lorsqu'il existe des raisons sérieuses* » de penser qu'il projette des déplacements à l'étranger ayant pour objet la participation à des activités terroristes ou à un théâtre d'opérations de groupements terroristes « *dans des conditions susceptibles de le conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour sur le territoire français* ». Cette interdiction est prononcée par une décision écrite et motivée du ministre de l'Intérieur pour une durée

⁵³ Jean-Pierre Sueur, *Filières « djihadistes » : pour une réponse globale et sans faiblesse*, rapport d'enquête n° 388 sur l'organisation et les moyens de la lutte contre les réseaux djihadistes en France et en Europe, 1^{er} avr. 2015.

⁵⁴ Le décret d'application de ces dispositions législatives a été publié le 15 janv. 2015 (décret n° 2015-26 du 14 janv. 2015, *op. cit.*).

⁵⁵ Le fait de quitter -ou de tenter de quitter- le territoire français en violation d'une interdiction de sortie du territoire est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 € d'amende. L'individu qui tente de se soustraire à l'obligation de restitution de sa pièce d'identité encourt une peine de deux ans d'emprisonnement et de 4.500 € d'amende.

maximale de six mois à compter de sa notification (renouvelable jusqu'à deux années maximum). L'intéressé dispose d'un délai maximal de huit jours après la notification de la décision pour présenter ses observations, et peut, dans le délai de deux mois suivant la notification de la décision et suivant la notification de chaque renouvellement, demander au TA de Paris l'annulation de cette décision. Le juge statue alors dans un délai de quatre mois à compter de sa saisine.

60. L'interdiction de sortie du territoire emporte l'invalidation du passeport et de la carte nationale d'identité de la personne. Dès sa notification, et au plus tard dans les vingt-quatre heures à compter de celle-ci, elle est tenue de restituer sa pièce d'identité. Un récépissé valant justification de son identité lui est alors remis.⁵⁶ Avant toute délivrance, l'autorité administrative vérifie qu'aucune décision judiciaire ou autre « *circonstance nouvelle* » ne s'oppose à cette délivrance (art. R. 224-6 CSI).

61. Pour la première fois, le TA de Paris s'est prononcé, le 7 juillet 2015, sur la légalité d'une décision de sortie du territoire du 23 mars 2015 visant une jeune femme, *Mme A*, résidant à Mulhouse⁵⁷. Saisi en réalité par trois requérants, le juge administratif a considéré pour deux d'entre eux que les mesures prononcées étaient justifiées. En revanche, se livrant à un contrôle normal de la mesure d'interdiction de sortie du territoire visant la troisième requérante, il a considéré que les mesures de police administrative prises à son encontre n'étaient pas justifiées.

62. En l'espèce, le ministre de l'intérieur s'était appuyé sur des notes des services de renseignement dont il ressortait que l'intéressée avait fait l'objet de plusieurs signalements par sa propre mère en raison de sa pratique d'un islam radical puis en raison de ses préparatifs de départ à l'étranger. Toutefois, le juge administratif a estimé que « *la pratique religieuse rigoureuse de Mme A et la circonstance, au demeurant non établie, qu'elle ferait preuve de prosélytisme, ne suffisent pas par elles-mêmes, à justifier de sa proximité avec le terrorisme islamiste* ». Il n'est en particulier pas établi que l'association *Langue et Horizon* fréquentée par l'intéressée serait elle-même favorable au terrorisme. Les notes des services de renseignement relatant le fait que l'intéressée aurait déclaré que mourir en martyr serait « *un moyen d'engranger des points supplémentaires pour gagner le paradis* » sont peu circonstanciées et ne sont corroborées par aucun autre élément. Quant au projet de voyage, il est imprécis et incertain ; l'administration n'apportant aucune preuve d'un départ vers des théâtres d'opérations terroristes.

63. Si ce nouveau dispositif administratif d'interdiction de sortie du territoire n'avait fait l'objet au moment de son adoption d'aucun contrôle *a priori* de constitutionnalité (à l'instar de la loi elle-même), le Conseil d'Etat a transmis au Conseil constitutionnel une première question prioritaire de constitutionnalité (QPC 2015-490 ; disposition visée à l'art. L. 224-1 CSI) visant le dispositif⁵⁸. A suivre donc.

⁵⁶ Le décret du 14 janvier 2015 détaille le contenu de ce récépissé établi par le préfet du département dans lequel se situe le domicile de l'intéressé (ou le cas échéant le préfet du département dans lequel il séjourne). Il mentionne notamment le fondement légal sur lequel il a été pris (art. R. 224-1-8° CSI). Sa durée de validité est égale à la durée de l'interdiction de sortie du territoire augmentée d'un mois (art. R. 224-2-3° CSI). Le décret énonce aussi les conditions dans lesquelles l'intéressé peut demander la délivrance d'un nouveau titre à l'expiration de l'interdiction (art. R. 224-4 et 224-5 CSI).

⁵⁷ TA Paris, 7 juil. 2015, req. n° 15-08479/3-1.

⁵⁸ CE, 10 juil. 2015, *M. K.*, req. n° 390642.

2- Création d'un dispositif d'interdiction administrative du territoire et renforcement de l'assignation à résidence pour certains étrangers

64. Deux régimes d'interdiction administrative du territoire sont instaurés par la loi du 13 novembre 2014. Le premier régime vise tout ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne, d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse (ou tout membre de la famille de ce ressortissant). Dès lors qu'il ne réside pas habituellement en France et ne se trouve pas en France, ce ressortissant peut faire l'objet d'une interdiction administrative du territoire lorsque sa présence en France constituerait, en raison de son comportement personnel, du point de vue de l'ordre ou de la sécurité publics, une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société (art. L. 214-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile).

65. Le second régime vise tout ressortissant étranger non mentionné précédemment et qui peut, dans les mêmes conditions, faire l'objet d'une interdiction administrative du territoire lorsque sa présence en France constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité intérieure ou les relations internationales de la France (art. L. 214-2 du même code).

66. A la différence de la procédure d'interdiction de sortie du territoire, l'interdiction administrative du territoire fait l'objet d'une décision écrite du ministre de l'intérieur après une procédure non contradictoire. Elle est motivée, à moins que des considérations relevant de la sûreté de l'Etat ne s'y opposent. A la date de sa notification, l'étranger doit quitter le territoire dans un délai qui ne peut être inférieur à un mois, sauf urgence.

67. L'étranger -objet d'une mesure administrative- peut introduire une demande de levée de la mesure après un délai d'un an à compter de son prononcé. Le silence gardé pendant plus de quatre mois par l'administration vaut décision de rejet (art. L. 214-5 du même code).

68. La loi précise aussi les conditions dans lesquelles un étranger qui fait l'objet d'une interdiction administrative du territoire et s'apprête à entrer en France, peut faire l'objet d'un refus d'entrée. Il en est de même pour la reconduite à la frontière d'un étranger présent sur le territoire (art. L. 214-4 du même code).

69. Un étranger assigné à résidence peut être interdit d'entrer en relation avec des personnes nommément désignées liées aux mouvances terroristes, ceci « *si la préservation de la sécurité publique l'exige* ». (art. L. 563-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ; art. 3 de la loi). La violation de cette interdiction est punie d'une peine de trois ans d'emprisonnement.

70. Le ministre de l'Intérieur est compétent pour assigner à résidence un étranger (art. R. 513-1-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers) et fixer le pays de renvoi d'un étranger présent sur le territoire (art. R. 561-1-1 du même code), en application des dispositions du décret n° 2015-26 du 14 janvier 2015.

71. La mesure d'assignation à résidence administrative peut concerner un étranger dans l'impossibilité de quitter le territoire français (art. L 523-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers) compte tenu des traitements inhumains ou dégradants qu'il risque de subir dans le

pays de renvoi⁵⁹. Dans cette hypothèse, la mesure d'expulsion ou d'interdiction du territoire ne peut être immédiatement exécutée. L'autorité administrative peut alors « *jusqu'à ce qu'existe une perspective raisonnable d'exécution de son obligation, l'autoriser à se maintenir provisoirement sur le territoire français en l'assignant à résidence* » pour une durée maximale d'un an (art. L. 561-1 du même code). Le décret n° 2015-131 du 7 février 2015 donne compétence, pour prononcer la décision d'assignation à résidence, au préfet du département dans lequel se situe le lieu d'assignation.

72. En revanche, le ministre de l'Intérieur a compétence exclusive pour décider de l'assignation à résidence dans deux hypothèses :

- l'étranger se trouve en France métropolitaine à la date de la décision mais est assigné à résidence outre-mer ;

- se trouvant dans une collectivité ultramarine, il est assigné dans une autre de ces collectivités ou en France métropolitaine (Ord. n° 2015-124 du 5 fév. 2015 pour les conditions d'application outre-mer de l'interdiction administrative du territoire et de l'assignation à résidence des étrangers).

73. Peut également faire l'objet d'un arrêté d'assignation à résidence l'étranger qui a fait l'objet d'un arrêté d'expulsion pour terrorisme non exécuté lorsque son état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve de l'absence d'un traitement approprié dans le pays de renvoi, sauf circonstance humanitaire exceptionnelle appréciée par l'autorité administrative après avis du directeur général de l'agence régionale de santé. Cette mesure est assortie d'une autorisation de travail (art. L. 523-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers).

B) Le droit de la presse et la lutte anti-terroriste : le « *djihad médiatique* »

74. Rappelons tout d'abord que la résolution du 1^{er} avril 2015 appelait les acteurs privés de l'internet à être « *mieux impliqués dans la lutte contre le terrorisme* » et jugeait urgente l'adoption de la proposition de directive relative aux mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et de l'information dans l'UE (E8076) et sur la stratégie européenne de cybersécurité (JOIN(2013)1final). Dans le même temps, la Commission des affaires européennes du Sénat appelait de ses vœux une lutte européenne coordonnée contre les sites internet djihadistes qui participent via les réseaux sociaux à l'accélération des recrutements et à la radicalisation des individus : ce que les experts appellent le « *Djihad médiatique* ». ⁶⁰

75. Le rôle d'Internet dans la menace terroriste avait déjà été identifié en 2013 par la Commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur le suivi et la surveillance des mouvements radicaux armés ⁶¹ qui ont aussi appris à maîtriser la « *viralité sur internet* » ⁶².

76. La provocation au terrorisme et l'apologie du terrorisme sur internet ne constituent plus « *un usage abusif de la liberté d'expression* » mais « *un acte grave inscrit dans une*

⁵⁹ Art. 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; v. S. Pietrasanta, rapport n° 2173 préc., pp.18 et s.

⁶⁰ Rapp. n°2173, op.cit., pp.13 et s.

⁶¹ Rapport n° 1056, 24 mai 2013

⁶² David Thomson, « Djihad 3.0 : comme si l'Etat islamique avait recruté Steve Jobs... », *La Nouvelle Revue Géopolitique*, op. cit., pp. 33 et s.

stratégie de combat participant d'une activité terroriste à part entière »⁶³. Pour ces mêmes motifs, la loi du 13 novembre 2014 inscrit au code pénal les délits d'apologie publique du terrorisme et de provocation directe au terrorisme en les soumettant dorénavant au régime pénal des infractions terroristes (art. 421-2-5 c. pén. ; art. 5 de la loi). Elle renforce le régime répressif de ces infractions qui sont punies de 5 ans d'emprisonnement et d'une amende de 75.000 €. Les peines sont portées à 7 ans d'emprisonnement et à 100.000 € d'amende lorsque les faits ont été commis « *en utilisant un service de communication au public en ligne* ».

77. Tous les délits de provocation au terrorisme ou d'apologie du terrorisme sont transférés de la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse vers le code pénal quel que soit le média utilisé, et avec la création d'une circonstance aggravante lorsque les faits sont commis sur Internet.

78. L'exigence d'une expression publique a été maintenue en commission mixte paritaire pour l'apologie du terrorisme contrairement à la provocation directe.⁶⁴ L'apologie présente en effet une dangerosité moindre en comparaison de la provocation directe à commettre un acte terroriste. Cette dernière est donc pénalement poursuivie, qu'elle s'exerce au sein de cercles privés, de réseaux sociaux ou de façon publique. Lorsque les faits sont commis par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle ou de la communication au public en ligne, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables (art. 421-2-5 al. 3 c. pén.).

79. L'arrêt d'un service de communication au public en ligne pourra être prononcé par le juge des référés lorsque les faits constituent un trouble manifestement illicite, à la demande du ministère public ou de toute personne physique ou morale ayant intérêt à agir (art. 706-23 c. pro. pén.). Le décret n° 2015-125 du 5 février 2015 relatif au blocage des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie précise les modalités de blocage des sites contrevenant aux dispositions de l'article 421-2-5 c. pén. Le ministère de l'Intérieur transmet la liste des adresses électroniques des services internet méconnaissant les dispositions du code pénal aux fournisseurs d'accès à internet afin qu'ils procèdent, dans les vingt-quatre heures, à leur blocage. L'article 6 du décret précise les modalités de la compensation financière allouée par l'Etat aux fournisseurs d'accès à internet.

80. Le décret n° 2015-253 du 5 mars 2015 relatif au déréférencement des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique vient compléter le dispositif en prévoyant la suppression des pages de résultats des moteurs de recherche des sites ayant des contenus illicites. Dans un délai de quarante-huit heures suivant la notification, les exploitants de moteurs de recherche ou d'annuaires prennent toute mesure utile destinée à faire cesser le référencement de ces adresses. L'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication vérifie au moins chaque trimestre que les adresses électroniques notifiées ont toujours un contenu présentant un caractère illicite. Il notifie sans délai les adresses électroniques dont le contenu ne présente plus de caractère illicite à la personnalité qualifiée et aux exploitants des moteurs de recherche ou d'annuaires. Dans un délai de quarante-huit heures suivant cette notification, ceux-ci rétablissent par tout moyen approprié le référencement de ces adresses électroniques (art. 4 du décret).

⁶³ M. Valls, alors ministre de l'intérieur, à l'occasion de l'adoption de la loi n° 2012-1432 du 21 déc. 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme, 3^e séance du 27 nov. 2012, JO Débats Ass. nat., pp. 5860-5861.

⁶⁴ Jean-Jacques Hye et Alain Richard, Rapport n° 37 fait au nom de la CMP, 21 oct. 2014, p. 5.

81. Si le numérique démultiplie les possibilités offertes aux individus de jouir de certains droits tels que la liberté d'expression, il en fragilise d'autres tels que le droit à la vie privée ou le droit à la sécurité.⁶⁵ La loi sur le renseignement s'est inscrite au cœur de cette problématique en autorisant notamment l'accès aux réseaux des opérateurs de télécommunications par les services compétents en matière de renseignement. Pour les « *seuls besoins de la prévention du terrorisme* », le recueil sur les réseaux en temps réel d'informations ou de documents relatifs à une personne préalablement identifiée comme présentant une menace peut être autorisé (art. L. 851-2-I CSI).

82. La mise en œuvre sur les réseaux de traitements automatisés destinés, en fonction de paramètres précisés dans l'autorisation, à détecter « *des connexions susceptibles de révéler une menace terroriste* » (art. L. 851-3-I CSI) peut être imposée aux opérateurs et aux personnes mentionnés à l'article L. 851-1 CSI. Ces questions ont été l'objet de vives controverses même si la future Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR ; nouvelle autorité administrative indépendante) dispose -à la loi sur le renseignement- d'un accès permanent, complet, direct et immédiat aux informations ou documents collectés (art. L.851-1 CSI)⁶⁶.

83. Les opérateurs ont réagi vivement craignant la perte de confiance des clients notamment dans le domaine du secret des correspondances et de la protection des données personnelles. Le Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe ainsi que le Défenseur des droits français ont fait part de leur désapprobation sur ces dispositions.

84. Le 14 avril 2015, trois questions écrites ont été posées à la Commission européenne par Nathalie Griesbeck (députée européenne française UDI-MoDem) relatives à la conformité du projet de loi au regard de plusieurs textes et de la jurisprudence de la CJUE⁶⁷. En réponse, le 25 juin 2015, la Commission a exprimé ses plus vives inquiétudes d'ordre juridique sur la future législation française.

85. Le 5 juin 2015, le Conseil constitutionnel était de son côté saisi par le Conseil d'Etat d'une QPC posée par l'*Association French Data Network*, relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit, des articles L. 246-1 à L. 246-5 CSI fixant les règles d'accès aux données de connexion par l'autorité administrative (dispositions modifiées par la loi sur le renseignement mais applicables jusqu'à l'adoption des mesures réglementaires prévues à l'art. 26 de la loi). Les requérants considéraient que les termes d' « *informations ou documents* » et d' « *opérateur de communications électroniques* » inscrits à l'article L. 246-1 CSI étaient trop imprécis et que l'emploi à l'article L. 246-3 CSI des termes « *sollicitation du réseau* » n'excluait pas un accès direct de l'autorité administrative aux données de connexion détenues par les opérateurs. En second lieu, les associations soutenaient que le législateur, en ne prévoyant pas des garanties de nature à protéger l'accès aux données de connexion des avocats et des journalistes, avait méconnu l'étendue de sa compétence dans des conditions portant atteinte au droit au respect de la vie privée, à la liberté d'expression et de communication, ainsi qu'aux droits de la défense et au droit à un procès équitable, au droit au secret des échanges et correspondances des avocats et au droit au secret des sources des journalistes.

⁶⁵ CE, *Le numérique et les droits fondamentaux*, coll. Etudes et documents, La Doc. fr., 2014, 446 p.

⁶⁶ Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la CNIL et de la CNCTR.

⁶⁷ www.euractiv.com/files/wq_to_commission.pdf

86. Dans sa décision du 24 juillet 2015 (QPC n° 2015-478), le Conseil constitutionnel a rejeté ces différents arguments, considérant tout d'abord que les autorités administratives ne pouvaient pas accéder directement au réseau des opérateurs⁶⁸. Les dispositions contestées du CSI instituent en effet une procédure de réquisition administrative de données de connexion excluant l'accès au contenu des correspondances. Dans ces conditions, elles ne violent pas le droit au secret des correspondances et la liberté d'expression. Par ailleurs, ladite procédure de réquisition administrative est autorisée uniquement pour recueillir des renseignements intéressant la sécurité nationale, la sauvegarde des éléments essentiels du potentiel scientifique et économique de la France ou la prévention du terrorisme, de la criminalité et de la délinquance organisées et de la reconstitution ou du maintien de groupements dissous. S'agissant des garanties contre toute atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée, aux droits de la défense et au droit à un procès équitable, y compris pour les avocats et journalistes, le Conseil constitutionnel rappelle que cette procédure est mise en œuvre par des agents spécialement habilités, qu'elle est subordonnée à l'accord préalable d'une personnalité qualifiée, placée auprès du Premier ministre, désignée par la commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS), qu'elle est soumise au contrôle de cette commission, laquelle dispose d'un accès permanent au dispositif de recueil des informations ou documents. Le Conseil constitutionnel en a déduit que les garanties ainsi offertes étaient suffisantes et a, en conséquence, écarté le grief tiré de ce que le législateur aurait insuffisamment exercé sa compétence en ne prévoyant pas des garanties spécifiques pour protéger le secret professionnel des avocats et journalistes.

B) Le cadre juridique national du renseignement : « une indigence juridique »

87. Lors de sa déclaration de politique générale à l'Assemblée nationale, le 19 juin 1997, le Premier ministre Lionel Jospin déclarait : « *assurer la sécurité est un devoir primordial de l'État. La sécurité, garante de la liberté, est un droit fondamental de la personne humaine* ». Quelques années plus tard, le législateur érigea la sécurité en « *un droit fondamental* », voyant en elle « *l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives* » (art. L. 111-1 CSI)⁶⁹.

88. Le renseignement est au cœur de la lutte anti-terroriste. Lors de la présentation du projet de loi sur le renseignement, Christiane Taubira déclarait : « *il permet de connaître et de prévenir les risques et les menaces (...) ainsi que de mieux appréhender les grands enjeux (...). Par là-même, il participe de la garantie des droits des citoyens, qui dépend notamment de l'ordre public pour être pleinement assurée. Dans le contexte actuel, international aussi bien qu'intérieur, le renforcement de la politique du renseignement, dans le strict respect des libertés individuelles, est nécessaire* »⁷⁰.

89. Au-lendemain du Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale de 2008⁷¹, l'organisation et la gouvernance du renseignement en France ont connu d'importantes

⁶⁸ Dans sa décision n° 2015-713 DC du 23 juil. 2015 relative à la loi sur le renseignement, le Conseil constitutionnel a validé les dispositions relatives à la réquisition sur « *sollicitation du réseau* » (art. L. 851-4 CSI ; § 61) et aux réquisitions administratives des données de connexion et autres « *informations et documents* » chez les opérateurs, FAI et services de communication (sites, hébergeurs... ; art. 851-1 CSI - § 52).

⁶⁹ Créé par l'ord. n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure.

⁷⁰ Ch. Taubira, Projet de loi relatif au renseignement, n°2669, présenté à l'Assemblée nationale le 19 mars 2015 (procédure accélérée) – voir aussi : William Roumier, « Renforcer le renseignement pour mieux lutter contre le terrorisme », *Droit pénal*, 2015, n° 5, Focus, alerte 2.

⁷¹ *Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale*, La Doc. fr., 2008, 350 p.

réformes. Tout d'abord, le Conseil national du renseignement⁷², organisme de coordination des services de renseignement français, a été créé par voie d'arrêté le 23 juillet 2008.⁷³ C'est une formation spécialisée du Conseil de défense et de sécurité nationale⁷⁴ dont le rôle est de définir -sous la présidence du Président de la République- les orientations stratégiques et les priorités en matière de renseignement. A cet effet, un coordonnateur national du renseignement est nommé auprès du Président de la République qui coordonne l'action des services spécialisés de renseignement et s'assure de leur bonne coopération. Il conseille aussi le chef de l'Etat en matière de terrorisme.

90. Une « *communauté du renseignement* » va être constituée. Elle comprend des services spécialisés des ministères de l'intérieur, de la défense et de l'économie, le coordonnateur national et l'académie du renseignement créée le 13 juillet 2010⁷⁵.

91. Le Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale de 2013⁷⁶ a rappelé que la « *fonction de connaissance et d'anticipation* » était un élément fondamental de la stratégie de sécurité nationale et la « *condition de décisions libres et souveraines (...). Le concept de sécurité nationale exprime la volonté d'adopter une approche globale dans l'identification des risques et des menaces comme dans la réponse qu'il convient de leur apporter en combinant un ensemble de moyens qui incluent la connaissance et l'anticipation, la protection, la prévention, la dissuasion et l'intervention* » (pp. 11 et s.).

92. Pourtant, la réforme du renseignement est inachevée. « *Il reste à définir, dans la loi, les principes et les finalités de la politique publique du renseignement, prérogative de l'État, pour reconnaître sa contribution à la sécurité nationale et à la défense des intérêts fondamentaux de la Nation. Il reste surtout à encadrer l'utilisation des techniques de recueil du renseignement pour renforcer la protection des libertés individuelles tout en sécurisant l'action des services spécialisés* »⁷⁷.

93. Le rapport 2014 relatif à l'activité de la délégation parlementaire au renseignement souligne que la France demeure « *la seule démocratie occidentale à ne pas bénéficier d'un cadre juridique, laissant de ce fait nos services dans la plus parfaite indigence juridique, exposant les fonctionnaires qui œuvrent en ce domaine et créant les conditions de possibles atteintes aux libertés fondamentales pour les citoyens* »⁷⁸. L'efficacité du dispositif pénal répressif est démontrée. En revanche, les outils de renseignement, hors procédure judiciaire, ne disposent pas d'un cadre juridique adapté tant à la détection des actes de terrorisme qu'à la garantie des libertés individuelles et à la protection de ses agents. La démocratie est-elle alors en danger lorsqu'elle légalise des pratiques de toute façon existantes en dehors du cadre légal ?

94. Un cadre juridique unifié présente trois avantages majeurs : consacrer les libertés individuelles, légitimer l'activité des services et protéger les agents de l'Etat⁷⁹. Ces trois objectifs sont les piliers de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 sur le renseignement (27 articles). Son article 1^{er} introduit dans le code de la sécurité intérieure un livre VIII intitulé «

⁷² Art. R. 1122-6 à D. 1122-8-1 du code de la défense.

⁷³ NOR: PREX0819483A, JO du 6 août 2008.

⁷⁴ Art. R. 1122-1 à 5 du code de la défense.

⁷⁵ Décret n° 2010-800 portant création de l'académie du renseignement.

⁷⁶ *Livre Blanc - Défense et sécurité nationale*, La Doc. fr., Paris, 2013, 160 p.

⁷⁷ Exposé des motifs du projet de loi, p. 4.

⁷⁸ Jean-Jacques Urvoas, rapport n° 2482, Ass. nat., 18 déc. 2014, p. 65.

⁷⁹ Rapport n° 2482 préc., pp. 65 et s.

Du renseignement »⁸⁰ comprenant un nouvel article L. 801-1 qui garantit « *le respect de la vie privée, dans toutes ses composantes, notamment le secret des correspondances, la protection des données personnelles et l'inviolabilité du domicile* ». L'autorité publique ne peut y porter atteinte que dans les seuls cas de nécessité d'intérêt public prévus par la loi (art. L. 811-3 CSI), dans les limites fixées par celle-ci et *dans le respect du principe de proportionnalité* (art. L. 801-1 CSI). La loi soumet *au principe de nécessité* l'autorisation et la mise en œuvre sur le territoire national des techniques de recueil de renseignement (art. L.801-1 4° CSI : elles sont justifiées par les menaces, les risques et les enjeux liés aux intérêts fondamentaux de la Nation mentionnés à l'article L. 811-3)⁸¹.

95. Les motifs de recours à différentes techniques « *pour le recueil des renseignements relatifs à la défense et à la promotion des intérêts fondamentaux de la Nation* » sont précisés au nouvel article L. 811-3 CSI.

96. Ils comprennent de façon limitative :

- l'indépendance nationale, l'intégrité du territoire et la défense nationale ;
- les intérêts majeurs de la politique étrangère, l'exécution des engagements européens et internationaux de la France et la prévention de toute forme d'ingérence étrangère ;
- les intérêts économiques, industriels et scientifiques majeurs de la France ;
- la prévention du terrorisme ;
- la prévention :
 - des atteintes à la forme républicaine des institutions ;
 - des actions tendant au maintien ou à la reconstitution de groupements dissous en application de l'art. L. 212-1 ;
 - des violences collectives de nature à porter gravement atteinte à la paix publique ;
 - la prévention de la criminalité et de la délinquance organisées ;
 - la prévention de la prolifération des armes de destruction massive.

97. Cette disposition a fait l'objet de nombreux amendements et critiques. Ainsi, le motif relatif à « *la prévention des violences collectives de nature à porter gravement atteinte à la paix publique* » fut considéré *ab initio* comme un moyen détourné pour le gouvernement de restreindre la liberté de manifestation. Supprimé dans un premier temps, il est finalement inscrit à la loi. « *Avec des finalités aussi larges et imprécises, le champ d'application de la loi risque de s'élargir à l'infini et de couvrir toute la vie de la collectivité* »⁸².

98. Concrètement, la mise en œuvre sur le territoire national des techniques de recueil de renseignement par différents services⁸³ est soumise à autorisation préalable du Premier ministre, délivrée (pour une durée maximale de 4 mois) après avis consultatif obligatoire de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNTCR ; art. L. 821-1 à 8 CSI). Le Premier ministre organise la traçabilité de l'exécution des techniques autorisées et définit -après consultation de la CNTCR- les modalités de la centralisation des

⁸⁰ Ce livre se substitue aux dispositions de l'ancien titre IV du livre II du même code portant sur les interceptions de sécurité.

⁸¹ La procédure applicable aux techniques de recueil de renseignements soumis à autorisation est précisée aux art. L. 821-1 à 821-8 CSI.

⁸² Défenseur des droits – avis n° 15-09 du 29 avr. 2015.

⁸³ La loi énumère les services de renseignement dotés de nouveaux moyens et précise leurs missions en France et à l'étranger (art. L. 811-2 CSI). Un décret en Conseil d'État pris après avis de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement désigne les services, autres que les services spécialisés de renseignement, relevant des ministres de la défense et de l'intérieur ainsi que des ministres chargés de l'économie, du budget ou des douanes, qui peuvent être autorisés à recourir aux différentes techniques.

renseignements collectés (art. L. 822-1 à 822-4 CSI). La CNTCR exerce sur cette question un contrôle *a posteriori* ; l'art. L. 822-3 CSI indiquant que les opérations de collecte, transcription et extraction des renseignements pour les finalités mentionnées à l'art. L. 811-3 CSI sont soumises à son contrôle.

99. On peut d'ores et déjà légitimement s'interroger sur la portée réelle du contrôle de la CNTCR devenue pourtant une nouvelle AAI (art. L. 831-1 CSI). On ne peut en effet que regretter que l'avis préalable de cette nouvelle Autorité ne soit que consultatif même si le législateur a prévu que lorsque l'autorisation est délivrée par le Premier ministre après un avis défavorable de la CNTCR, « *elle indique les motifs pour lesquels cet avis n'a pas été suivi* ». L'autorisation du Premier ministre est alors « *communiquée sans délai au ministre responsable de son exécution ainsi qu'à la commission* » afin de lui permettre de saisir le Conseil d'Etat par voie de référé (art. L. 821-4 CSI). Son avis préalable peut aussi ne pas être sollicité dans les *cas d'urgence absolue* et pour les seules finalités mentionnées aux 1° et 4° (*prévention du terrorisme*) et au *a* du 5° de l'article L. 811-3 (art. L. 821-5 CSI). Il en était initialement de même en cas « *d'urgence liée à une menace imminente ou à un risque très élevé de ne pouvoir effectuer l'opération ultérieurement* » (*urgence opérationnelle* : art. L. 821-6 CSI) et dans l'hypothèse de *mesures de surveillance internationale* aux seules fins de protection des intérêts fondamentaux de la Nation mentionnés (art. L. 854-1-I CSI). Or, le Conseil constitutionnel a censuré ces deux dernières dispositions (Décision n° 2015-713 DC, 23 juil. 2015⁸⁴).

100. Dans son avis n° 15-04 du 2 avril 2015 sur le projet de loi, le Défenseur des droits avait souligné la nécessité d'insérer des dispositions particulières à l'égard de certaines professions telles que les avocats, magistrats, parlementaires et journalistes. La loi précise désormais qu'un parlementaire, un magistrat, un avocat ou un journaliste ne peut être l'objet d'une demande de mise en œuvre, sur le territoire national, d'une technique de recueil de renseignement « *à raison de l'exercice de son mandat ou de sa profession* ». Lorsqu'une telle demande concerne l'une de ces personnes ou ses véhicules, ses bureaux ou ses domiciles, l'avis de la CNCTR est examiné en formation plénière. La commission est informée des modalités d'exécution des autorisations délivrées. Les transcriptions des renseignements collectés lui sont transmises. La commission veille alors au caractère nécessaire et proportionné des atteintes, le cas échéant, portées aux garanties attachées à l'exercice de ces activités professionnelles ou mandats. (art. L. 821-7 CSI). Il ne s'agit pas là véritablement des garanties qu'attendait le Défenseur des droits car en réalité ces catégories de personnes pourront bien être écoutées, certes, non pas *à raison* de leur mandat ou profession mais bien dans *leur cadre*.

101. Le Conseil constitutionnel a validé dans sa décision du 23 juillet 2014 cette disposition. Il a en effet considéré que le fait que la CNCTR puisse exercer un « *examen systématique* » d'une demande de mise en œuvre d'une technique de renseignement visant ces catégories de personnes constituait une garantie suffisante ; la mise en œuvre de la technique ne pouvant au-demeurant pas concerner l'exercice du mandat ou la profession *stricto sensu*. Par ailleurs le recours à la procédure dérogatoire prévue par l'article L. 821-5 CSI est ici interdite. Pour le juge constitutionnel, il n'existe donc pas d'« *atteinte manifestement disproportionnée au droit au respect à la vie privée, à l'inviolabilité du domicile et au secret des correspondances* » (§ 34). Il adoptera la même position dans sa décision n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015, *Ass. French Data Network et autres*. La frontière est toutefois étroite

⁸⁴ Ce sont les deux seules dispositions importantes censurées par le Conseil constitutionnel avec l'art. L. 832-4 CSI visant les moyens accordés à la CNCTR.

entre ce qui relève ou non des mandats et du secret professionnel. En revanche, le Conseil constitutionnel a considéré que « *le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs n'implique pas que les professeurs d'université et les maîtres de conférences bénéficient d'une protection particulière en cas de mise en œuvre à leur égard de techniques de recueil de renseignement dans le cadre de la police administrative* » (§ 36).

102. De façon générale, les renseignements collectés devront être détruits à l'issue d'une durée de⁸⁵:

- 30 jours à compter de leur recueil pour les correspondances interceptées en application de l'article L. 852-1 et pour les paroles captées en application de l'art. L. 853-1 ;

- 120 jours à compter de leur recueil pour les renseignements collectés par la mise en œuvre des techniques mentionnées au chapitre III du titre V du livre VIII (De la sonorisation de certains lieux et véhicules et de la captation d'images et de données informatiques), à l'exception des informations ou documents mentionnés à l'art. L. 851-1 ;

- 4 ans à compter de leur recueil pour les informations ou documents mentionnés à l'art. L. 851-1.

103. Dans une mesure strictement nécessaire aux besoins de l'analyse technique et à l'exclusion de toute utilisation pour la surveillance des personnes concernées, les renseignements collectés qui contiennent des éléments de « *cyber attaque* » (ou qui sont chiffrés), ainsi que les renseignements déchiffrés associés à ces derniers, peuvent être conservés au-delà des durées ci-dessus mentionnées.

104. Enfin, par dérogation, les renseignements qui concernent une requête dont le Conseil d'État a été saisi ne peuvent être détruits. À l'expiration des délais prévus, ils sont conservés pour les seuls besoins de la procédure devant le Conseil d'État⁸⁶. Lorsque la formation de jugement constate qu'une technique de recueil de renseignement est (ou a été) mise en œuvre illégalement ou qu'un renseignement a été conservé illégalement, elle **peut** annuler l'autorisation et ordonner la destruction des renseignements irrégulièrement collectés (art. L. 773-7 CSI). Ceci signifie que des renseignements irrégulièrement collectés pourront ne pas être détruits. Ce point avait été dénoncé par le Défenseur des droits dans son avis du 20 avril 2015 sur le projet de loi.

105. Si le Conseil d'Etat est compétent pour connaître des requêtes concernant la mise en œuvre des techniques de renseignement, les contentieux de la mise en œuvre des techniques de renseignement soumises à autorisation et des fichiers intéressant la sûreté de l'État sont portées devant une formation spécialisée dont la composition sera fixée par décret en Conseil d'État. L'ombre d'une future juridiction d'exception resurgit (art. L. 773-2 CSI). Les exigences de la contradiction sont par ailleurs adaptées à celles du secret de la défense nationale (art. L. 773-3 CSI) puisque le président de la formation de jugement ordonne le huis-clos lorsque le secret de la défense nationale est en cause (art. L. 773-4 CSI). Sur ce point, le Défenseur des droits avait émis des réserves sur la portée réelle du contrôle juridictionnel face à ces règles procédurales dérogatoires rappelant la jurisprudence de la CEDH en la matière⁸⁷.

⁸⁵ Pour les renseignements chiffrés, le délai court à compter de leur déchiffrement. Ils ne peuvent être conservés plus de six ans à compter de leur recueil (art. L. 822-2.-I CSI).

⁸⁶ Art. L. 822-2-II CSI.

⁸⁷ CEDH, 18 mai 2010, *Kennedy c. Royaume Uni*, n° 26839/05 ; encadrement des procédures d'interception des communications et violation de l'art. 8 de la Conv. EDH relatif au respect de la vie privée.

106. Plusieurs autres dispositions et amendements de la loi ont fait l'objet de vives critiques du Défenseur des droits et du président de la commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, Jean-Marie Delarue. Le gouvernement s'est *in fine* opposé à un amendement introduit par Jean-Jacques Urvoas, président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, en commission mixte paritaire. Cette disposition permettait aux services de renseignement de surveiller les étrangers de passage en France, après avis du Premier ministre, mais sans contrôle de la CNTCR. Le président de la commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité avait alors dénoncé cette proposition comme violant le principe constitutionnel d'égalité sur le territoire français.

107. Le Défenseur des droits a de son côté appelé l'attention du législateur dans son avis du 29 avril 2015 sur la création du fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions terroristes (FIJAIT) rappelant l'avis de la CNIL du 7 avril 2015⁸⁸. Cette dernière a en effet relevé que le FIJAIT fonctionnait sur le modèle du fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (FIJAISV) pour lequel le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme se sont prononcés à plusieurs reprises. La CNIL a notamment formulé plusieurs observations liées à la durée de conservation des données, l'inscription automatique des personnes inscrites au FIJAIT dans le fichier des personnes recherchées et l'insuffisance de précision s'agissant des destinataires des données (art. L. 706-25-3 à 706-25-14 CSI).

108. Le rôle de l'administration pénitentiaire a aussi été précisé. A l'occasion du débat parlementaire, la contrôleuse générale des lieux de privation de liberté, Adeline Hazan, avait dénoncé un amendement qui faisait de l'administration pénitentiaire un service de renseignement dit « *pénitentiaire* ». L'article 12 du projet de loi visait en effet la surveillance des détenus et introduisait à ce titre deux nouvelles dispositions au code de procédure pénale. L'article 727-2 c. pro. pén. permettait à l'administration pénitentiaire de disposer des prérogatives nécessaires à la détection, au brouillage et à l'interruption des correspondances illicites émises ou reçues par la voie des communications électroniques ou radioélectriques par une personne détenue, notamment des communications téléphoniques, échanges de messages écrits ainsi que des communications par « *talkie-walkie* ». Cet article autorisait également l'administration pénitentiaire à utiliser un dispositif permettant de recueillir les données de connexion ou celles relatives à la géolocalisation des équipements utilisés. L'article 727-3 c. pro. pén. prévoyait quant à lui le cadre dans lequel les ordinateurs des personnes détenues pouvaient être contrôlés, y compris en temps réel, pour détecter une éventuelle connexion illicite. La mise en œuvre de ces dispositions était placée sous le contrôle du procureur de la République. Le Sénat a finalement exclu l'administration pénitentiaire de l'application des techniques de renseignement. En revanche, l'administration doit signaler des comportements ou activités suspects.

109. Dans son avis du 29 avril 2015, le Défenseur des droits a salué « *certaines avancées qui viennent renforcer la protection des droits et des libertés, notamment la prise en compte (...) des données personnelles comme composantes du droit au respect de la vie privée* ». Cependant, il a regretté que les débats à l'Assemblée nationale n'aient pas abouti à « *un meilleur équilibre entre les impératifs de sécurité et la protection des droits et des libertés* ». La loi manque ainsi de clarté quant à son champ d'application et sa portée, en particulier sur les catégories de personnes susceptibles d'être visées par les activités de renseignement, et en

⁸⁸ CNIL, 7 avr. 2015, Délibération n° 2015-119, www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/police-justice/D2015_119_FIJAIT.pdf

ce qui concerne l'articulation entre la phase préventive de recherche de renseignements et la phase d'enquête et de procédure judiciaire.

110. Au lendemain de l'adoption de la loi sur le renseignement, l'unité nationale se disloque peu à peu entre les partisans de l'adoption de mesures anti-terroristes d'exception, à l'instar du Patriot Act américain du 26 octobre 2001 (Pour aller plus loin : « De l'exception à la règle : le Patriot Act ») et les défenseurs des droits de l'Homme. Pour une partie de la doctrine, la législation nationale anti-terroriste comme celles de nos voisins « *s'inscrit dans un temps de l'urgence et de l'exception permanentes* »⁸⁹.

111. Le débat parlementaire fut agité, et pour la première fois dans l'histoire de la 5^{ème} République, le chef de l'Etat a saisi le Conseil constitutionnel de la loi pour laquelle « *un débat s'est engagé pour savoir si l'ensemble des dispositions prévues assuraient un équilibre suffisant entre la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation et la protection des droits constitutionnellement garantis, en particulier le respect de la vie privée* ». Le 25 juin 2015, le chef de l'Etat a sollicité du juge constitutionnel l'examen du « *cadre général de mise en œuvre et de contrôle des techniques de renseignement prévu par la loi ainsi que les conditions dans lesquelles elle autorise le recours à des techniques nouvelles* »⁹⁰. Une centaine de députés et le président du Sénat ont aussi saisi le juge constitutionnel alors même que la loi de novembre 2014 n'avait fait l'objet d'aucune saisine constitutionnelle.

112. Dans sa décision du 23 juillet 2015, le juge constitutionnel n'a censuré que trois dispositions de la loi validant les vingt-quatre autres dont il avait été saisi⁹¹. Il a en particulier validé les très controversées finalités justifiant le recours aux techniques de renseignement alors même que les députés l'ayant saisi faisaient valoir que les finalités énumérées à la loi étaient insuffisamment définies constituant par nature une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée ainsi qu'à la liberté d'expression. Le Conseil constitutionnel a validé les motifs inscrits au nouvel article L. 811-3 CSI en les rattachant à des dispositions répressives préexistantes (§. 10). Ainsi, s'agissant des objectifs énumérés aux 1^o à 4^o dudit article, les définitions font référence aux intérêts mentionnés à l'article 410-1 c. pén. (livre V titre 1^{er} *Des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation*). Le législateur a donc précisément circonscrit les finalités poursuivies. Il en va de même pour les finalités définies aux a) et b) du 5^o, faisant référence aux incriminations pénales du chapitre II du titre I^{er} du livre IV du code pénal (*Des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique*). S'agissant des finalités inscrites au c) du 5, elles font référence aux incriminations pénales définies aux articles 431-1 à 431-10 c. pén. (*Des atteintes à la paix publique*). Celles définies au 6^o font référence aux incriminations pénales énumérées à l'article 706-73 c. pro. pén. (*Procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisées*) et aux délits punis par l'article 414 du code des douanes commis en bande organisée. Enfin, les objectifs poursuivis à l'alinéa 7^o font référence aux incriminations pénales définies aux articles L. 2339-14 à L. 2339-18 du code de la défense (*De la prolifération des vecteurs d'armes de destruction massive*).

113. Le Conseil a de la même façon validé la disposition sans nul doute la plus critiquée de la loi, celle visant les fameuses « *boîtes noires* » (art. L. 851-3 CSI ; § 58 à 60).

⁸⁹ Romain Ollard & Olivier Desaulnay, « La réforme de la législation anti-terroriste ou le régime de l'exception pérenne », *Droit pénal*, 2015, n° 1, Etude 1.

⁹⁰ Extraits de la déclaration de François Hollande.

⁹¹ Surveillance internationale (art. L. 854-1 CSI, § 78), procédure d'urgence opérationnelle (art. L. 821-6 CSI, § 27 à 29) et loi de finances (art. L. 832-4 CSI ; § 47).

114. L'application de ces dispositions est maintenant attendue. La grande majorité des dispositions validées ne pourra en effet entrer en vigueur qu'à la condition de la publication du décret en Conseil d'Etat nommant le président de la CNCTR prévu à l'article L. 851-1 CSI (art. 26 de la loi). Jusqu'à l'entrée en vigueur dudit décret, et au plus tard jusqu'au 31 mars 2016, les dispositions du chapitre VI du titre IV du livre II CSI (à l'exception de l'art. L. 246-3) demeurent applicables aux services mentionnés à l'article L. 811-2 CSI dans leur rédaction antérieure à la loi.

115. Par exception, seules quelques dispositions sont entrées en vigueur au lendemain de la publication de la loi⁹². A compter de la publication du décret nommant le président de la CNCTR, la Commission exercera ses compétences (titre IV de la loi).

116. Saisi le 25 juin 2015, par le Premier ministre, de la loi organique n° 2015-911 du 24 juillet 2015 relative à la nomination du président de la Commission, le Conseil constitutionnel a validé « *eu égard à son importance pour la garantie des droits et des libertés* », la fonction de président de la CNCTR qui entre dans le champ d'application de l'article 13 de la Constitution (Décision n° 2015-714 DC du 23 juil. 2015). Ainsi validée, elle modifie le tableau annexé à la loi organique du 23 juillet 2010 relative à la liste des emplois et fonctions pour lesquels le Président de la République exerce son pouvoir de nomination dans les conditions prévues à la Constitution (art. 13 al. 5).

117. La validation par le Conseil constitutionnel de la quasi-totalité des dispositions de la loi sur le renseignement rend impossible de futurs recours contre celle-ci par la voie de la QPC (art. 61-1 de la Constitution). Les futurs requérants devront donc saisir la Cour européenne des droits de l'homme celle-ci « *n'échappant pas aux effets de mode (...). Parmi les concepts qui font florès une bonne place est réservée à celui de sécurité* »⁹³.

118. Pour Maître Christian Huglo, le vrai débat se situe en réalité dans « *la place qu'il faut accorder à la notion de sécurité dans la hiérarchie des droits des principes fondamentaux* »⁹⁴. Quel est à ce titre le véritable enjeu de la notion de « *sécurité intérieure* » ? Il n'est pas certain que le législateur ait répondu à la question.

⁹² Art. 3 (inscription de la fonction de président de la CNCTR à l'annexe de la loi organique du 23 juil. 2010 relative à l'application de l'art. 13. al. 5 de la Constitution), art. 4 (aggravation des peines inscrites aux articles 323-1 à 323-4-1 c. pén. relatifs aux atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données), art. 9 (demande d'entraide émanant d'une autorité judiciaire étrangère concernant des faits commis hors du territoire national susceptibles d'être en lien avec les missions réalisées, aux fins de la défense et de la promotion des intérêts fondamentaux de la Nation prévus à l'art. L. 811-3 CSI), art. 16 et 17 (entreprises de transport routier, ferroviaire, maritime ou aérien ou à tout opérateur de voyage ou de séjour et éléments d'identification des personnes), art. 18 (nouvel art. 323-8 c. pén. légalisant certaines atteintes aux systèmes de traitement automatisés des données au niveau international par des agents habilités des services de l'Etat désignés par arrêté du Premier ministre parmi les services spécialisés de renseignement mentionnés à l'art. L. 811-2 CSI, pour assurer hors du territoire national la protection des intérêts fondamentaux de la Nation inscrits à l'art. L. 811-3 CSI) et 19 à 22 (FJAIT).

⁹³ Mustapha Afrouk, « L'émergence d'un droit à la sécurité des personnes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2015, p. 139.

⁹⁴ « Environnement, enjeu de la défense ou l'impératif de sécurité écologique », *Mélanges en l'honneur du Pr. J. Untermaier*, à par.