



HAL
open science

Anticipation criminelle et terrorisme

François Rousseau

► **To cite this version:**

François Rousseau. Anticipation criminelle et terrorisme. Des actes de terreur aux politiques de Terreur. Usages et sanctions du terrorisme, Jan 2020, La Roche-sur-Yon, France. hal-03605062

HAL Id: hal-03605062

<https://hal.science/hal-03605062>

Submitted on 10 Mar 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Anticipation criminelle et terrorisme »¹

*François Rousseau, professeur à l'Université de Nantes
Faculté de droit et des sciences politiques
Laboratoire « Droit et changement social » (UMR 6297)*

Le terrorisme pourrait assurément être qualifié aujourd'hui de « laboratoire de l'anticipation criminelle » et c'est pourquoi ce sujet mérite qu'on s'y attarde un instant.

Notion d'anticipation criminelle. Ce que les juristes-pénalistes entendent par « anticipation criminelle » correspond à l'ensemble des dispositions de droit pénal permettant de réprimer une personne avant tout « passage à l'acte » pour employer une formule criminologique. Autrement dit, l'anticipation criminelle revient à ériger en infraction certains actes ou comportement en amont du processus criminel sans attendre la survenance d'une atteinte effective aux personnes ou aux biens. Il s'agit ainsi de développer un droit pénal préventif².

Anticipation criminelle et principes généraux du droit pénal. Cette répression fondée sur une logique d'anticipation/prévention est loin d'être nouvelle. Le Code pénal de 1810 incriminait déjà en son temps la participation à une association de malfaiteurs³. Par ailleurs, on rappellera que de nombreuses infractions au Code la route, tout comme le délit général de mise en danger d'autrui⁴, peuvent aussi apparaître comme des infractions d'anticipation visant à prévenir de potentiels

¹ Cet article est issu d'une contribution au colloque intitulé « *Des actes de terreur aux politiques de Terreur. Usages et sanctions du terrorisme* » organisé par l'Institut Catholique d'Etudes Supérieures de La Roche-sur-Yon, en janvier 2020, dont les actes sont publiés aux Presses académiques du Catholic Institute of Advanced Studies (sous le titre « *Les manifestations de la Terreur à travers les siècles* »).

² V. R. Parizot, *L'anticipation de la répression*, in O. Cahn & K. Parrot (ss-dir.) *Le principe de nécessité en droit pénal*, Lextenso, 2013, p. 123.

³ Art. 265 et 266, anc. CP.

⁴ Art. 223-1 CP.

accidents et donc des atteintes aux personnes. Pour autant, cette logique de répression par anticipation doit en principe demeurer l'exception ; car dans un Etat de droit garantissant au maximum les libertés individuelles, le droit pénal ou droit de punir doit être réservé aux atteintes les plus graves aux valeurs sociales d'une société. Or, cette gravité résulte de l'atteinte effective à la valeur en cause. C'est pourquoi la répression pénale est en principe conditionnée par une atteinte effective aux personnes, aux biens ou aux intérêts de l'Etat (comme par exemple, le meurtre, les violences, le vol, etc...). Les infractions d'anticipation ou de prévention demeurent l'exception et il est bien acquis que la seule « pensée criminelle » ne peut faire l'objet d'une quelconque répression⁵. Le droit pénal réprime des atteintes ou des actes engendrant un risque sérieux d'atteinte, mais il n'incrimine pas la seule expression d'une pensée criminelle. C'est tout autant le principe de nécessité du droit pénal que la liberté d'expression dans un état de droit qui commande cette solution ; le droit pénal d'un Etat de droit entend gouverner les comportements et non les consciences. C'est à la lumière de ces principes généraux qu'il convient à présent d'envisager la répression par anticipation en matière de terrorisme qui a particulièrement mobilisé le législateur au cours de ces dernières années.

Frénésie législative en matière terroriste. – Il convient ici de rappeler que la lutte antiterroriste fait l'objet d'une « frénésie législative » inouïe depuis une vingtaine d'années. La première grande loi en matière terroriste est celle du 9 septembre 1986 qui instaurera les premiers jalons d'un régime procédural dérogatoire au droit commun de la procédure pénale. La législation demeure relativement stable pendant une dizaine d'année, puis le rythme des réformes va brutalement s'accélérer de manière exponentielle à raison d'une loi tous les deux ans dans les 1990 pour atteindre trois lois par an depuis 2016.

1990 – 1999 (4 lois)

- Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative ;
- Loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire ;
- Loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme ;
- Loi n° 97-1273 du 29 décembre 1997 tendant à faciliter le jugement des actes de terrorisme ;

2000 – 2009 (6 lois)

- Loi n° 2001-1062 du 15 nov. 2001 relative à la sécurité quotidienne ;
- Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, « LOPPSI 1 » ;

⁵ V. R. Merle & A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, t.1, Cujas, 7^e éd. 1997, n° 479.

- Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure ;
- Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ;
- Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant diverses dispositions relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers ;
- Loi n° 2008-1245 du 1^{er} décembre 2008 visant à prolonger l'application des articles 3, 6 et 9 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 ;
- 2010 - 2020 (12 lois)**
- Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, « LOPPSI 2 » ;
- Loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme ;
- Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme ;
- Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 sur le renseignement ;
- Loi n° 2016-339 du 22 mars 2016, relative à la prévention et à la lutte contre les incivilités, contre les atteintes à la sécurité publique et contre les actes terroristes dans les transports collectifs de voyageurs ;
- Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale ;
- Loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste ;
- Loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique ;
- Loi n° 2017-1248 du 9 août 2017 autorisant la ratification du protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme ;
- Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme ;
- Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation (2018-2022) pour la justice ;
- Loi n° 2020-1023 du 10 août 2020 instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroriste à l'issue de leur peine.

Contexte politique. Cette « frénésie législative » doit bien évidemment être replacée dans son contexte politique de réaction sociale à différents attentats ayant frappé la France ou bien d'autres pays occidentaux⁶ et ayant conduit la France à instaurer l'état d'urgence au lendemain des attentats du « Bataclan » du 13 novembre 2015⁷, pendant

⁶ Attentats du métro parisien en 1995 ; attentats du 11 septembre 2001 ; attentats de Madrid en 2004 et Londres 2005 ; attentat contre la rédaction de « Charlie Hebdo » du 7 janvier 2015 ; attentats du « Bataclan » du 13 novembre 2015 ; attentat de Nice du 14 juillet 2016 ; attentat sur l'avenue des « Champs Elysées » du 20 avril 2017.

⁷ Décr. n° 2015-1475, 14 nov. 2015, portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence (JORF 14 nov. 2015, p. 21297). Cet état d'urgence a été prorogé successivement par la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 pour 3 mois (JORF 21 nov. 2015), la loi n° 2016-162 du 19 février 2016 pour 3 mois (JORF 20 févr. 2016), la loi n° 2016-629 du 20 mai 2016 jusqu'au 26 juillet 2016 (JORF

près de deux ans jusqu'à l'adoption de la loi du 30 octobre 2017 qui y a mis fin tout en pérennisant certaines mesures exceptionnelles du régime de l'Etat d'urgence, notamment le pouvoir donné à l'autorité administrative de mener des « visites » (perquisitions) domiciliaires⁸ ou de prononcer des mesures restrictives de liberté en cas de soupçon d'un passage à l'acte terroriste⁹.

Quel bilan peut-on faire de cet empilement législatif sécuritaire ? La lutte antiterroriste a-t-elle fait franchir la ligne rouge au législateur au point de « défigurer » l'Etat de droit¹⁰ ? La réponse ne peut être apportée sans un rapide détour par l'expérience américaine qui constitue en la manière un éclairage essentiel aux européens pour ne pas « franchir le Rubicon ».

L'expérience américaine. Au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, les Etats-Unis ont changé de paradigme en matière de lutte anti-terroriste en adoptant une véritable logique de guerre (« *the war on/of terror* »)¹¹. Le terroriste n'est alors plus véritablement considéré comme un criminel, mais comme un « combattant ennemi », qui, à ce titre, ne mérite pas les garanties offertes par le droit pénal interne. Pour autant, les terroristes ne peuvent pas non plus être véritablement assimilés à des combattants appartenant à une armée régulière, si bien qu'ils sont qualifiés de « combattant ennemi illégal »¹² et ne peuvent, à ce titre, bénéficier du droit international humanitaire issu des Conventions de Genève du 12 août 1949¹³. Cela a conduit progressivement les Etats-Unis à soumettre les terroristes non pas seulement à un « droit d'exception » mais plus radicalement à un « état ou statut d'exception »¹⁴, avec les conséquences et dérives que l'on sait :

- détention illimitée d'une personne présumée terroriste sans contrôle par un juge ;
- instauration de commissions militaires de jugement ;
- ou encore, le transfert de détenus à l'étranger pour y être interrogés de façon plus « énergique »...

21 mai 2016), la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 (JORF 22 juillet 2016) pour 6 mois et par la loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 (JORF n°0295 du 20 décembre 2016) jusqu'au 15 juillet 2017.

⁸ V. art. L. 229-1 et s. CSI.

⁹ V. art. L. 228-1 et s. CSI.

¹⁰ J.-M. Sauvé, *Quel juge pour les libertés ?*, D. 2016, p. 1320 ; v. également, O. Cahn & J. Leblois-Happe, *Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme : perseverare diabolicum*, AJ pén. 2017, p. 468.

¹¹ Nous reprenons ici les très riches développements de D. Caron, *La bellicisation de la lutte contre le terrorisme : un défi au droit*, in Mélanges R. Koering-Joulin, Anthémis, 2014, p. 113 ; v. également, D. M. Amann, *Le dispositif américain de lutte contre le terrorisme*, RSC 2002, p. 745.

¹² V. J. Cantegreil, *La doctrine du « combattant ennemi illégal »*, RSC 2010, p. 81.

¹³ En particulier la troisième Convention du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre.

¹⁴ D. Caron, art. préc.

L'expérience américaine montre ainsi les dangers de ce changement de paradigme dans la lutte contre le terrorisme qui, faisant du criminel « un ennemi », dérive inévitablement vers la négation même de ce qui fait une grande démocratie et les fondements d'un Etat de droit.

L'équilibre européen et français. Au regard de cette expérience américaine, nous pouvons donc considérer que l'Europe et la France n'en sont pas encore arrivées à concrétiser un état d'exception terroriste ou « droit pénal de l'ennemi »¹⁵. En effet, les terroristes sont encore appréhendés comme des criminels ou délinquants et relèvent à titre principal de la compétence de l'autorité judiciaire (parquet et juge pénal) qui, il est vrai, est désormais concurrencée par l'autorité administrative (préfet). Ensuite et surtout, les dispositions des lois antiterroristes et de la loi de 1955 sur l'état d'urgence ont fait régulièrement l'objet de contrôle de la part du Conseil constitutionnel qui n'a pas hésité à exercer son pouvoir de censure¹⁶. Enfin, on rappellera que, si l'article 15 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a été invoqué par la France pour suspendre la protection européenne de certains droits et libertés durant la période d'état d'urgence, cette suspension exceptionnelle n'autorise aucune dérogation au droit à la vie, à l'interdiction de la torture, à l'interdiction de l'esclavage ou du travail forcé, et le principe de la légalité criminelle (« droits indérogeables »)¹⁷.

Plan. C'est donc dans ce contexte sensible tant politique que juridique qu'il convient d'analyser les évolutions de droit pénal antiterroriste dont on doit bien avouer qu'il a poussé très loin les limites de nos principes directeurs du droit pénal en matière d'anticipation criminelle. Loin de s'en tenir à l'incrimination de l'association de malfaiteur ou bien à celle de la provocation à la commission d'actes terroristes, notre droit pénal incrimine, depuis 2014, l'entreprise individuelle terroriste et le législateur a tenté d'incriminer en 2017 la consultation de sites internet terroriste. Notre droit pénal antiterroriste semble ainsi faire de l'incrimination du seul projet criminel un « standard » répressif (I), l'amenant parfois jusqu'aux limites de l'Etat de droit en permettant l'incrimination de la seule idée ou pensée terroriste (II).

¹⁵ G. Jakobs, *Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi*, RSC 2009, p. 7 ; v. également, G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi*, RSC 2010, p. 69.

¹⁶ Par sept fois au cours de la période de l'état d'urgence, v. Cons. const. 11 janv. 2018, n° 2017-684 QPC et 9 juin 2017, n° 2017-635 QPC (art. 5, loi 1955) ; 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC (art. 6, loi 1955) ; 1^{er} déc. 2017, n° 2017-677 QPC (art. 8-1, loi 1955) ; 23 sept. 2016, n° 2016-567/568 QPC, 19 févr. 2016, n° 2016-536 QPC et 2 déc. 2016, n° 2016-600 QPC (art. 11, loi 1955).

¹⁷ Art. 15, §2, Conv.SDLF.

I – La standardisation de la pénalisation du projet criminel terroriste

Lorsque l'on analyse les incriminations terroristes contenues dans le deuxième titre du Livre IV du Code pénal, on peut parler de « standardisation » de la pénalisation du projet criminel dans le sens où sont incriminés de manière assez systématique tant les actes de préparation d'un projet terroriste (A) que ceux de proposition d'un projet terroriste (B).

A- L'incrimination de la préparation d'un projet terroriste

Rappel de la non-incrimination de l'acte préparatoire. Comme a déjà pu le dire à titre introductif, la préparation d'un crime ou d'un délit, en tant que telle, n'est pas incriminée par le droit pénal. Le seuil de déclenchement de la répression est tout au plus celui de la tentative d'une infraction lorsqu'elle est prévue par la loi¹⁸. Or, la tentative se situe en aval de l'acte préparatoire ; plus précisément, elle est matérialisée par un « commencement d'exécution » qui suppose l'accomplissement d'un acte de nature à provoquer le résultat de l'infraction et proche dans le temps de sa survenance¹⁹. S'agissant d'un meurtre par exemple, l'achat d'une arme et les repérages du lieu, où se déroulera le crime, constituent de simples actes préparatoires ; la tentative ne sera réalisée que le jour où l'auteur ira à la rencontre de la victime muni de son arme avec l'intention de la tuer.

Association de malfaiteur terroriste. Il est vrai toutefois que, par exception à ce principe de non-répression des actes préparatoires, le législateur incrimine de longue date l'association de malfaiteurs²⁰. Ce délit réprime le simple fait de préparer à plusieurs un crime ou un délit puni d'au moins 5 ans d'emprisonnement. Cette préparation doit être « matérialisée » par un ou plusieurs faits ; il ne s'agit donc pas de réprimer qu'une intention criminelle. Alors que ce type d'infraction ressort de l'exception, le législateur va décider par une loi du 22 juillet 1996 (n° 96-647) de créer une infraction spécifique d'association de malfaiteur terroriste (art. 421-2-1 CP) en réponse à la vague d'attentats de l'été 1995. Il s'agissait à l'époque de clarifier et consolider l'application du régime procédural dérogatoire en matière terroriste à l'association de malfaiteur. Mais, cette association de malfaiteurs terroriste a, par la suite, « gagnée en autonomie » puisque sa répression est aggravée à l'encontre de

¹⁸ V. Art. 121-4 CP, qui prévoit la tentative tous les crimes et seulement lorsqu'une loi le prévoit spécialement pour les délits.

¹⁹ V. Crim. 25 oct. 1962, *Lacour ; Schieb et Benamar*, n° 99-86512 ; *Les grands arrêts du droit pénal général*, par J. Pradel & A. Varinard, Dalloz, 11^e éd., 2018, n° 33.

²⁰ V. C. pén., art. 450-1.

ceux qui dirigent l'association de malfaiteur²¹ ou bien lorsque le projet criminel consiste à porter atteinte à la vie ou à l'intégrité physique des personnes ou bien à porter atteinte aux biens par une substance explosive²². Cette autonomisation de l'association de malfaiteur terroriste est loin d'être neutre puisqu'elle constitue désormais le centre de gravité de la répression avec des peines aggravées pouvant atteindre 30 ans de réclusion criminelle. Par comparaison, l'association de malfaiteur de droit commun demeure un délit punissable au maximum de 10 ans d'emprisonnement²³.

Entreprise individuelle. Le législateur est allé encore plus loin en incriminant à l'occasion de la loi du 13 novembre 2014 (n° 2014-1353) ce que l'on appelle « l'entreprise individuelle terroriste » (art. 421-2-6 CP). Il s'agit cette fois de réprimer la préparation d'un acte terroriste réalisé par un individu agissant seul. Ce délit très original repose sur la combinaison de deux faits matériels : un fait consistant à détenir, se procurer ou fabriquer un objet ou une substance dangereuse pour les personnes, d'une part ; et un autre fait consistant soit à prendre des renseignements sur des lieux ou des personnes, soit à s'entraîner aux maniement des armes ou à la fabrication d'explosifs, soit à consulter habituellement des sites internet incitant au terrorisme ou en faisant l'apologie, soit d'avoir séjourné dans un pays étranger où des groupes terroristes agissent. La création de ce délit entend répondre aux nouvelles formes d'actions terroristes résultant d'actions solitaires qui font suite, parfois, à un processus d'« auto-endoctrinement » (le fameux « loup solitaire »)²⁴. Ce délit, puni de 10 ans d'emprisonnement²⁵, est remarquable car il n'a pas son équivalent en droit commun et n'existe qu'en matière de terrorisme. Il traduit incontestablement une volonté du législateur d'incriminer par principe la préparation d'un projet criminel terroriste²⁶.

B- L'incrimination de la proposition d'un projet terroriste

Rappel de l'incrimination de la provocation par la complicité. La proposition faite à un tiers de commettre une infraction, ou autrement dit la provocation à l'infraction,

²¹ V. C. pén. art. 421-5, al.2 (depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004).

²² V. C. pén. art. 421-6 (depuis la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006).

²³ V. C. pén., art. 450-1, al.2.

²⁴ V. Rapport Sénat n° 9 (2014-2015), J.-J. HYEST et A. RICHARD, fait au nom de la commission des lois, déposé le 9 octobre 2014. Par exp. les attentats de Toulouse et Montauban par M. Mérah en mars 2012 ; l'attentat au couteau contre un militaire français dans le quartier de la Défense en mai 2013.

²⁵ V. C. pén., art. 421-5, al.4.

²⁶ A cet égard, v. les réserves exprimées par, J. Alix, *Réprimer la participation au terrorisme*, RSC 2014, p. 849.

est en principe réprimée par le biais de la complicité²⁷. Mais, la répression du complice implique la commission de l'infraction par l'auteur principal ; autrement dit, la répression du provocateur au titre de la complicité dépendra du passage à l'acte de l'auteur²⁸. Il n'y a pas en droit pénal français d'incrimination de la « tentative de complicité ». Il est vrai toutefois que le législateur contourne cette règle en créant des délits autonomes de provocations dans de nombreux domaines²⁹. Les infractions de provocations en matière terroriste ne sont donc pas isolées. Mais, la particularité en la matière tient au nombre et à la diversité des qualifications de provocation.

Provocation et apologie publique du terrorisme. Les premières incriminations de la provocation au terrorisme sont des délits de presse qui ont été introduits par la première grande loi sur le terrorisme du 9 septembre 1986 au sein de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881. Ce texte incriminait à l'époque le fait de provoquer par un moyen de communication publique à commettre un crime ou un délit terroriste. Le même texte incriminait également l'apologie du terrorisme, qui peut apparaître comme une forme indirecte et insidieuse de provocation ; l'apologie consiste, en effet, à simplement montrer sous un jour favorable le terrorisme³⁰. Ces deux délits de presse ont été transférés dans le Code pénal à l'occasion de la loi du 13 novembre 2014 à l'article 421-2-5, ce qui n'a pas été sans incidence sur leur régime répressif. A la suite ce transfert, ces deux délits ont perdu leur nature de délit de presse et ne bénéficient donc plus du régime assez favorable des délits de presse³¹. Les peines ont au passage été légèrement alourdies ; si l'emprisonnement a été maintenu à 5 ans, l'amende est passée de 45 000€ à 75 000€. Ce délit d'apologie est particulièrement sensible car il restreint la liberté d'expression. Mais, cette limite apportée à la liberté d'expression peut être justifiée par la défense de l'ordre public et la nécessité de prévenir les actes terroristes³². C'est pourquoi le Conseil constitutionnel a jugé ce

²⁷ V. C. pén., art. 121-6 et 121-7.

²⁸ V. Crim. 25 oct. 1962, *Lacour ; Schieb et Bénamar*, préc.

²⁹ On peut citer par exemple l'incrimination du « mandat criminel » (art. 221-5-1 CP) ou bien l'incrimination de la provocation à commettre des infractions sexuelles sur un mineur (art. 227-28-3 CP) ou bien encore l'incrimination de la provocation à la trahison ou l'espionnage (art. 411-11 CP).

³⁰ V. Crim. 4 juin 2019, n° 18-85042, écartant l'apologie à l'égard de propos tenus dans un hôpital par un individu prétendant appartenir à *Daesh* et menaçant de revenir avec une ceinture d'explosifs.

³¹ Par exp., la courte prescription de l'action publique (3 mois par principe) ; la mise à l'écart des procédures simplifiées ou accélérées, telle que la comparution immédiate.

³² V. Crim. 27 nov. 2018, n° 17-83602 : Dr. pén. 2019, n° 20, obs. P. Conte.

délit conforme à la Constitution³³ et la Cour européenne a également eu l'occasion de le valider³⁴.

Provocation/instigation. En parallèle de cette évolution des anciens délits de presse, le législateur a introduit un nouveau délit de provocation dans le Code pénal à l'occasion de la loi du 21 décembre 2012 (art. 421-2-4). Ce délit de provocation consiste, soit à inciter autrui par des offres, promesses, dons, présents ou avantages quelconques, soit à menacer ou exercer des pressions sur autrui, afin qu'il participe à un groupe terroriste ou commette des actes terroristes. Ce nouveau délit, puni de 10 ans d'emprisonnement et 150 000€ d'amende, se donne pour objectif d'atteindre les « recruteurs »³⁵. Il est puni plus sévèrement que l'ancien délit de presse de provocation évoquée précédemment, car la provocation est ici matérialisée par des faits bien précis dont on peut craindre l'efficacité. Mais, l'aspect sans doute le plus remarquable de ce délit de provocation est qu'il incrimine non seulement la provocation à commettre un acte terroriste mais également la provocation « à participer à une association de malfaiteur terroriste ». Le législateur a ainsi cumulé deux dispositifs dérogatoires en incrimination la provocation à titre autonome, d'une part, et dont la finalité est la commission d'un acte préparatoire, d'autre part. C'est dire le degré d'anticipation criminelle qu'a envisagé le législateur ici puisque l'on se situe en amont de la préparation du projet terroriste.

Provocation envers mineurs. Le législateur a d'ailleurs réitéré cette volonté d'anticipation en incriminant spécifiquement un crime de provocation envers les mineurs, à l'occasion de la loi du 30 octobre 2017, puni de 15 ans de réclusion criminelle et 225 000€ d'amende (art. 421-2-4-1 CP)³⁶. La provocation incriminée vise là encore la seule participation à une association de malfaiteur terroriste. En outre et contrairement au délit précédent, la provocation n'a pas à être matérialisée par la proposition d'un avantage ou l'exercice d'une pression. C'est dire que la provocation peut n'être que verbale et l'on peut se demander si le simple fait de tenir

³³ Cons. const. 18 mai 2018, 2018-706 QPC : D. 2018, p. 1233, note Y. Mayaud, en précisant toutefois que la peine complémentaire de confiscation de l'article 422-6 ne pouvait s'appliquer au délit d'apologie du terrorisme (§§15-18).

³⁴ CEDH 2 oct. 2008, *Leroy c/ France* : JCP 2008, I 209, obs. B. de Lamy ; RSC 2009, p. 124, obs. J. Francillon (à propos de faits d'apologie des attentats du 11 septembre 2001).

³⁵ V. Y. Mayaud, *La politique d'incrimination du terrorisme à la lumière de la législation récente*, AJ Pén. 2013, p. 442.

³⁶ Cette nouvelle infraction résulte d'un amendement parlementaire dont l'objectif est de « permettre une meilleure répression des parents incitant leurs enfants à commettre des actes de terrorisme ou à partir sur un théâtre de groupements d'opérations terroristes ». Si tel est l'objectif de ce nouveau crime, on peut être surpris par l'étendue de son domaine puisque la qualité de parents, d'ascendant ou de représentant légal du mineur n'est pas requise par le texte, qui s'applique à toute personne « ayant autorité sur un mineur » (par exp., un mentor ayant une influence sur les jeunes de son quartier).

régulièrement des propos d'adhésion aux terrorismes en présence de mineurs, sur lesquels on est influant, ne pourrait pas constituer l'infraction. L'infraction pourrait ainsi atteindre l'endoctrinement et se situer à la limite de l'incrimination de la pensée criminelle.

II – L'émergence d'une pénalisation de la pensée criminelle terroriste

Toujours plus soucieux de prévenir très en amont la commission d'actes de terrorisme, le législateur a déplacé encore d'un cran le seuil de la répression en tentant d'atteindre différentes formes « radicalisation » ou manifestation d'adhésion au terrorisme³⁷. Plus précisément, il a voulu réprimer « l'auto-radicalisation » ou l'adhésion directe au terrorisme mais sans succès (A). Il a en revanche réussi à incriminer des formes plus indirectes d'adhésion au terrorisme en s'appuyant sur des délits très préventifs du Code de la sécurité intérieure (B).

A- L'échec de l'incrimination directe de l'adhésion au terrorisme

Incrimination de la consultation de site terroriste. L'incrimination directe de l'adhésion au terrorisme a été envisagée par la loi du 3 juin 2016 qui a introduit dans notre Code pénal un délit de consultation habituelle de site internet dont le contenu comporte des images d'homicides incitant au terrorisme ou en faisant l'apologie (art. 421-2-5-2). L'objectif de ce délit était clairement d'envisager la répression d'individus, dont on peut craindre qu'ils ne basculent dans le terrorisme actif, à la suite du visionnage répété d'assassinats sur fond de propagande terroriste. Ce délit puni de 2 ans d'emprisonnement et 30 000€ d'amende se situe donc très clairement en amont des actes préparatoires et revient d'une certaine manière à incriminer l'adhésion au terrorisme. Le législateur a ainsi franchi le cap de l'incrimination de la pensée criminelle en matière terroriste³⁸.

Débats parlementaires. Il est à noter que ce délit n'a pas fait d'emblée l'unanimité auprès des parlementaires. La suggestion d'un tel délit remonte au projet de loi du 11 avril 2012 renforçant la lutte antiterroriste³⁹, mais elle fut abandonnée par le nouveau gouvernement à la suite des élections de 2012⁴⁰. Il réapparaîtra ensuite au sein d'une

³⁷ Sur la progressivité de cette évolution législative, v. J.-B. Perrier, *L'adaptation des incriminations*, RSC 2017, p. 373 (spéc. II.-B) ; *Le droit pénal préventif et l'anticipation de la répression (libres-propos)*, Revue d'Assas 2017, p. 173.

³⁸ En ce sens, v. O. Décima, *Terreur et métamorphose. A propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016*, D. 2016, p. 1826 ; J.-B. Perrier, art. préc.

³⁹ Qui deviendra la loi du 21 décembre 2012.

⁴⁰ Rapport Sénat n° 335 (2015-2016), M. Mercier, déposé le 27 janvier 2016.

nouvelle proposition de loi déposée au Sénat le 17 décembre 2015 mais sans aboutir. Les sénateurs reviendront à la charge en déposant un amendement⁴¹ en ce sens à l'occasion des débats relatifs au projet de loi du 3 juin 2016. Au cours de ces débats, il est à noter que le Garde des sceaux de l'époque (J.-J. Urvoas) exprimera ses doutes sur l'intérêt de ce délit au regard des délits de prévention déjà existant en matière terroriste⁴². Mais, il ne sera pas suivi et les parlementaires adopteront à la majorité l'amendement instituant ce nouveau délit.

Censure du Conseil constitutionnel/Acte 1. Il fallait donc s'attendre à ce que le délit de consultation habituelle de site terroriste soit contesté devant le Conseil constitutionnel à la première occasion. Saisi à l'occasion d'une QPC, le Conseil constitutionnel se prononcera sur la conformité de ce délit à la Constitution le 10 février 2017⁴³. Il le censure au double motif que, d'une part, l'infraction n'est pas nécessaire au regard des autres incriminations de provocation ou de préparation à des actes terroristes et de la possibilité donnée aux services de renseignements de surveiller un tel individu et, d'autre part, qu'elle porte une atteinte excessive à la liberté d'expression en ne s'assurant pas d'une volonté d'adhésion de l'auteur aux contenus du site.

Censure du Conseil constitutionnel/Acte 2. Mais, la réaction législative ne se fera pas attendre, puisqu'une nouvelle version du délit de consultation habituelle de site terroriste sera intégrée à la loi du 28 février 2017 relative à la sécurité publique en commission mixte paritaire par le président de la commission des lois du Sénat⁴⁴. La nouvelle version se contentera de préciser que la consultation doit s'accompagner « d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée » sur le site faisant l'apologie du terrorisme. Cet ajout est assez révélateur de l'objet de ce délit à savoir l'incrimination d'une adhésion au terrorisme. Sans grande surprise, le Conseil constitutionnel ne sera pas convaincu par cette nouvelle formulation du délit et le censurera une nouvelle fois au motif qu'il constitue une atteinte à la liberté de communication qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée⁴⁵.

⁴¹ Amendement n° 65 rectifié *bis*.

⁴² Notamment, les délits d'apologie du terrorisme, de provocation au terrorisme et d'entreprise individuelle terroriste.

⁴³ Cons. const. 10 févr. 2017, n° 2016-611 QPC : Dr. pén. 2017, n° 85, obs. P. Conte ; JCP G 2017, 343, note A. Gorgoza et B. de Lamy ; Légipresse, 2017, n° 347, p. 137-142, note E. Derieux ; Com. com. électr. 2017, n° 35, obs. A. Lepage.

⁴⁴ Rapport Sénat n° 399 (2016-2017) MM. F. Grosdidier et Y. Goasdoué, 13 févr. 2017.

⁴⁵ Cons. const. 15 déc. 2017, n° 2017-682 QPC : Dr. pén. 2018, n° 22, obs. P. Conte ; D. 2018, p. 97, note Y. Mayaud.

Justification de la double censure. On peut ici approuver la décision du Conseil constitutionnel qui n'a pas plié face à un législateur pourtant insistant. Il faut en effet pour bien apprécier la pertinence du délit de consultation habituelle de site terroriste le replacer dans son contexte juridique. Si l'expression d'une adhésion au terrorisme s'exprime publiquement, alors son auteur s'expose au délit d'apologie. Quant au risque que cette adhésion se transforme en projet d'action terroriste, le délit d'entreprise individuelle terroriste permet déjà d'incriminer celui qui accomplit des actes préparatoires (acquisition/fabrication d'objets dangereux) tout en consultant habituellement des sites terroristes. Dès lors, la vocation résiduelle du délit de consultation habituelle de site terroriste pouvait être l'incrimination de l'expression d'une adhésion au terrorisme dans la sphère privée. Le législateur français a ainsi tenté de franchir une limite à la pénalisation de la pensée criminelle, qu'aucun autres Etats d'ailleurs n'a pour l'instant franchie⁴⁶. Et c'est sans doute la raison pour laquelle la tentative de contournement par l'incrimination du recel de délit d'apologie du terrorisme, suggérée par la Chambre criminelle⁴⁷, était vouée à la censure du Conseil constitutionnel⁴⁸.

Echouant dans l'incrimination directe de l'adhésion au terrorisme, le législateur va plus habilement réussir à incriminer des formes d'adhésion plus indirecte au terrorisme en mobilisant le Code de la sécurité intérieure.

B- L'incrimination indirecte de l'adhésion au terrorisme

Création de délits préventifs de non-respect de mesures administratives. L'incrimination indirecte de l'adhésion au terrorisme s'est faite en deux temps, à la faveur du déploiement d'une nouvelle mécanique juridique très préventive consistant à réprimer le non-respect de mesures de contrôle et de surveillance imposées par l'autorité administrative pour des raisons de sécurité intérieure. Ainsi, la loi du 13 novembre 2014 a introduit, au sein du Code de la sécurité intérieure, un délit de non-respect d'une mesure d'interdiction de sortie du territoire national « lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'il projette : 1° soit des déplacements à l'étranger pour participer à des activités terroristes ; 2° soit des déplacements sur un théâtre d'opérations terroristes dans des conditions susceptibles de le conduire à porter atteinte à la sécurité publique à son retour en France »⁴⁹. La répression se donne pour objectif ici d'empêcher le départ à l'étranger de potentiel « candidat au djihad » dont on peut

⁴⁶ M. Quémeneur, *Le terrorisme face au cyberspace. De l'anticipation des risques à la répression*, AJ Pén. 2013, p. 446.

⁴⁷ V. Crim. 7 janv. 2020, n° 19-80136 : D. 2020, p. 312, note D. Roets ; Dr. pén. 2020, n° 48, obs. P. Conte ; AJ pén., p. 293, note M. Bendavid & C. Quendolo.

⁴⁸ V. Cons. const. 19 juin 2020, n° 2020-845 QPC.

⁴⁹ CSI, art. L.224-1, al.10.

craindre à leur retour qu'il projette de commettre des attentats. Complétant ce dispositif préventif, la loi du 3 juin 2016 a introduit un délit comparable de non-respect des mesures de contrôle et de surveillance imposée à des individus revenant en France après avoir séjourné sur des théâtres d'opérations terroristes⁵⁰. Ces deux délits sont fondés sur une « suspicion de risque d'un passage à l'acte terroriste », soit d'un individu souhaitant rejoindre un groupe terroriste opérant à l'étranger, soit d'un individu revenant en France après avoir participé à un groupement terroriste à l'étranger. Il faut bien insister sur la « suspicion » fondant ces délits. En effet, si la participation à un groupement terroriste agissant à l'étranger était *avérée*, leur répression pourrait être envisagée sur le terrain de l'association de malfaiteur⁵¹. C'est dire la fragilité ou sensibilité de ces délits qui sont sans doute à la limite des frontières du droit pénal préventif⁵².

Création d'un délit préventif fondé sur l'expression d'une adhésion au terrorisme.

Mais, le législateur n'a pas eu peur d'aller plus loin encore, à l'occasion de l'adoption de la loi du 30 octobre 2017 mettant fin à l'Etat d'urgence, en incriminant le non-respect de mesures de contrôle administratif ou de surveillance motivées par des soupçons d'actes de terrorisme, mais fondé sur la seule manifestation d'une adhésion au terrorisme. En effet, l'article L. 228-1 du Code de la sécurité intérieure prévoit le prononcé de mesures de contrôle et de surveillance à l'encontre de « *toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics et qui soit entre en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme, soit soutient, diffuse, lorsque cette diffusion s'accompagne d'une manifestation d'adhésion à l'idéologie exprimée, ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes* ». Cette fois-ci, la suspicion ne résulte pas d'un séjour à l'étranger ou d'une tentative en ce sens, mais du seul fait d'entrer en relation habituellement avec des personnes ou organisation incitant ou participant au terrorisme, ou bien alors du seul fait de soutenir ou diffuser la propagande terroriste ou bien enfin du seul fait « d'adhérer » à la propagande terroriste. C'est donc bien *in fine* la seule adhésion aux thèses terroristes qui alimentera la suspicion d'un hypothétique passage à l'acte afin de prononcer des mesures de contrôle ou de surveillance dont le non-respect sera pénalement sanctionné⁵³. Aussi choquante et abjecte que puisse être toute forme d'adhésion morale au terrorisme, on peut s'interroger sur la légitimité d'une telle

⁵⁰ V. CSI, art. L.225-7.

⁵¹ Par exp., v. Crim. 20 févr. 2019, n° 18-80777 : Dr. pén. 2019, n° 18, obs. P. Conte, pour la condamnation d'un individu tentant de quitter la France pour rejoindre « Daesh » en Syrie.

⁵² En ce sens, v. Y. Mayaud, Rép. pén. Dalloz, *Terrorisme*, n° 345 et 346.

⁵³ Par l'article L.228-7 du Code de la sécurité intérieure (3 ans d'emprisonnement et 45 000€ d'amende).

répression, dès lors une fois encore qu'elle n'est pas exprimée publiquement et qu'elle n'est matérialisée par aucun acte préparatoire ou d'incitation d'autrui au terrorisme. On ajoutera par ailleurs que ce droit pénal hyper préventif constitue aussi un « petit » droit pénal (3 ans d'emprisonnement et 45 000€ d'amende) qui limitera d'autant les capacités réelles de prise en charge pénitentiaire.

En conclusion. C'est dire que la répression par anticipation est devenue le principe et non plus l'exception en matière terroriste. Cette logique préventive a même amené le législateur à envisager l'instauration de mesures de sûretés post-sentenciel à l'encontre de condamnés pour terrorisme ayant purgé leur peine dès lors qu'ils présentent une dangerosité caractérisée par un risque de récidive et une « adhésion persistante à une idéologie » terroriste⁵⁴. Mais, ce dispositif a été jugé excessif et donc censuré par le Conseil constitutionnel avant même son entrée en vigueur⁵⁵. La menace réelle de nouveaux attentats peut permettre de le comprendre, mais il faut bien avoir à l'esprit que de telles dérogations apportées à notre droit pénal cantonnées aujourd'hui au terrorisme se répandront très probablement dans d'autres domaines. A cet égard, l'influence des évolutions de la procédure pénale en matière terroriste sur celles de la procédure pénale en matière de criminalité organisée est éclairante⁵⁶. Il faut en outre toujours avoir en tête l'expérience américaine qui montre que, lorsque les lignes rouges de l'Etat de droit ont été franchies, il est toujours très difficile de revenir en arrière en dépit d'une volonté en ce sens (en particulier sous l'ère Obama)⁵⁷. C'est là, sans doute, l'un des dangers du « populisme sécuritaire » dans nos démocraties contemporaines⁵⁸.

Décembre 2020

⁵⁴ Loi 10 août 2020, n° 2020-1023, instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine.

⁵⁵ V. Cons. const. 7 août 2020, n° 2020-805 DC.

⁵⁶ V. V. Malabat, *Les mutations du droit pénal à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme*, in J. Alix & O. Cahn (ss-dir.), *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme*, Dalloz, 2017, p. 173 ; v. également, F. Rousseau, *La procédure pénale française applicable au terrorisme (Au prisme de l'exception)*, in S. Jacopin & A. Tardieu (ss-dir.) *La lutte contre le terrorisme*, Pedone, 2017, p. 79.

⁵⁷ V. R.-M. Pereira, *Quinze ans de lutte contre le terrorisme aux Etats-Unis, une guerre qui dit son nom*, in *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme*, Dalloz, 2017, p. 29.

⁵⁸ V. D. Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette 2005.