



HAL
open science

Terrorisme et infraction politique: quel intérêt de prolonger la disputatio ?

Olivier Cahn, Julie Alix

► **To cite this version:**

Olivier Cahn, Julie Alix. Terrorisme et infraction politique: quel intérêt de prolonger la disputatio ?. Olivier Cahn; Julie Alix. Terrorisme et infraction politique, Mare & Martin, pp.217-314, 2021, DROIT & SCIENCE POLITIQUE, 978-2-84934-555-9. hal-03835061

HAL Id: hal-03835061

<https://hal.science/hal-03835061>

Submitted on 31 Oct 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.

Terrorisme et infraction politique : quel intérêt de prolonger la *disputatio* ?

Olivier Cahn

Professeur à l'Université de Tours
IRJI (EA 7496) / CESDIP (UMR 8183)

En collaboration avec

Julie Alix

Professeur à l'Université de Lille
ERADP-CRDP

« Georges Dreyfus resta silencieux un moment, comme pour laisser toute cette émotion se dissiper. Puis, en quelques phrases brèves, il nous dit qu'il ne nous voyait pas, à nous quatre rue de la Verrerie par un beau matin de printemps, condamner le nouveau gouvernement démocratique espagnol. A cette ironie, qui ne lui était pas habituelle, j'eus l'impression fugitive qu'il ne s'était pas résolu si facilement à cette décision. Je fus tout près de lui demander s'il était sûr du choix que nous allions faire. [...]. Mais il me demanda de lire l'arrêt que j'avais préparé, et je m'exécutai. Le président modifia une phrase, et nous signâmes tous »¹

« Alors des groupes çà et là se répandent, fluides, incontrôlés, dans les rues des cités, ils cherchent l'affrontement mais ils sont peu nombreux et rien ne les étaye, ni l'homme de la rue, ni les penseurs du temps, ni les lectures suivies, et le piège se referme : on est soit délinquant, soit terroriste, entre les deux il n'y a rien. Surtout pas de politique »²

Termes du débat

1. Était-il opportun de consommer tout à la fois l'énergie, précieuse, des chercheurs rassemblés dans cet ouvrage et les fonds, si parcimonieusement alloués à la recherche, pour traiter d'une question - celle du rapport entre terrorisme et infraction politique - réglée *a priori* depuis au moins quarante ans ? La réponse ne s'impose pas avec évidence³.

2. Mais, « les faits sont têtus ». Tout acte de terrorisme, quelle que soit son inspiration ou sa finalité, est un acte de violence commis pour des motifs idéologiques afin de tenter d'infléchir les règles, l'organisation ou le modèle de la Cité. Cela le distingue essentiellement de la violence de droit commun, mais cela est occulté : en droit positif, le terrorisme n'est pas une infraction politique. Certes, une telle fiction n'est pas la seule manifestation de la liberté prise par le législateur ou le juge avec la réalité. Cependant, pour que soit tolérée la consécration d'une « vérité alternative », la rationalité du juriste exige que celle-ci présente un intérêt. Or, depuis l'abrogation de la peine de mort, cet intérêt est discutable⁴.

De surcroît, comme le relevait M. Massé dans sa conclusion orale du colloque *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme – Implications juridiques* : « Je fais l'hypothèse que l'impossibilité des définitions [du terrorisme] tient peut-être moins aux caractéristiques du phénomène, incompréhensible ou trop compliqué en lui-même, qu'à sa dimension politique. C'est le juriste qui parle. Je pense que c'est parce qu'il est fondamentalement un concept politique que l'on n'arrive pas à le définir ». Dans les actes du même colloque⁵, il précise sa pensée : « Mais quelle rationalité du droit pénal, spécifiquement dans la lutte contre le terrorisme ? Les "pénalistes" présents à ce colloque, qui en ont fourni la ligne conductrice, sont de

¹ F. Sureau, *Le chemin des morts*, Gallimard, NRF, 2013, p. 47-48.

² M. Riboulet, *Entre les deux il n'y a rien*, Verdier, 2015, p. 57.

³ Ce qui, en soi, justifie la démarche entreprise dans la présente recherche. Nous renvoyons en bloc à l'intégralité des riches contributions réunies dans le présent ouvrage. Ces contributions s'ajoutent systématiquement aux références supplémentaires qui seront citées.

⁴ V. *infra*, II.

⁵ M. Massé, « Table ronde conclusive », in J. Alix et O. Cahn (dir.), *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires Actes, 2017, p. 275-276.

ceux qui pensent que, guerre ou pas, il faut continuer [...] à combattre le terrorisme par les moyens du droit pénal. C'est le penchant naturel de la tribu à laquelle j'appartiens pour la "topique du crime". Je vois deux raisons à ce choix, l'une explicite, explicitée, l'autre implicite. Explicitement la raison avancée est que le droit pénal permet la réaction étatique la plus forte avec un maximum de garanties pour la personne "incriminée". Implicitement, considérer le terroriste comme un criminel l'enferme dans son statut de tueur et coupe court à toute tentative de se présenter ou de le présenter comme un guerrier (deuxième topique) au service d'un engagement politique (troisième topique). Une telle politique criminelle est certes défendable. Mais à vrai dire, elle ne paraît pas avoir été précédée d'une réflexion criminologique. Est-ce bien rationnel ? J'avance quelques données à vérifier [...]. Le terrorisme contemporain, en tout cas celui visé par l'hypothèse de la guerre, relève me semble-t-il d'une criminalité transnationale collective et politique. Trois caractéristiques qui sont autant de raisons de douter que le droit pénal que nous avons au cours des travaux, et sans doute un peu rapidement, qualifié de classique, moderne, libéral, humaniste... puisse s'en saisir. Ce droit est en effet ancré dans la souveraineté et la territorialité, un principe de responsabilité individuelle et une approche romantique de l'infraction politique. Je m'arrête un instant sur cette conception de l'infraction politique inspirée par Hugo, Lamartine et Guizot, qui était ouvertement protectrice d'un délinquant qu'il fallait sinon respecter pour son engagement altruiste du moins protéger de la peine de mort et de l'extradition. Les caractéristiques antagonistes de la criminalité terroriste et du droit pénal classique n'invalident pas nécessairement l'option pour la topique du crime. Mais il faut bien voir que, pour le moins, une telle option appelle et en quelque sorte accepte une évolution de la matière. Cette évolution est d'ailleurs, chacun le sait bien, déjà amorcée : [...] disparition progressive de l'infraction politique. Je développe un peu cette dernière évolution qui concerne tout particulièrement le terrorisme. Acte 1 : interdiction d'extrader les auteurs d'infraction politique. Acte 2 : dans les années 1970, l'application de cette règle aux auteurs d'actes terroristes apparaît comme un obstacle majeur à la coopération internationale. Acte 3 : une petite phrase est alors insérée dans plusieurs conventions internationales [...]. En substance : pour l'application de l'article x, autrement dit pour les besoins de l'extradition, l'infraction ne sera pas considérée comme politique. A mon sens, c'est un tour de passe-passe, une fiction comme le droit en contient beaucoup, qui a quasi définitivement dispensé les juristes de s'interroger sur le caractère politique de la criminalité ici envisagée ».

Ainsi, selon M. Massé, pour passer outre un régime juridique susceptible d'entraver la répression du terrorisme - celui de l'infraction politique -, les juristes ont élaboré une fiction juridique et abandonné la réflexion aux spécialistes d'autres disciplines, étouffant ainsi ledit régime. Le raisonnement est convaincant mais il a une limite : d'où vient alors le regain d'intérêt que connaît l'infraction politique en doctrine juridique⁶ et, certes plus modestement, en jurisprudence⁷ et même dans la loi⁸ ; et n'est-ce qu'une coïncidence si celui-ci intervient alors que la France est confrontée à la violence politique, terroriste et dans les conflits sociaux ? Comment justifier la contradiction entre ce constat et la prédiction doctrinale de la disparition de l'infraction politique, maintes fois réitérée depuis l'entrée en vigueur de la Convention du Conseil de l'Europe sur le terrorisme de 1977, quand l'utilité-même de la notion n'est pas fustigée⁹ ? A nouveau, les considérations juridiques ne sauraient, seules, l'expliquer.

3. A ce stade, il faut constater que la matière résiste indéniablement - que la question du rapport entre terrorisme et infraction politique n'a pu être réglée par l'argument d'autorité - et qu'il est, en conséquence, *a priori* justifié de poursuivre la réflexion. Contraints par les limites de nos compétences, nous forçons notre hypothèse avec les outils du juriste.

⁶ Cf. les références citées dans la présente contribution.

⁷ Cass. crim., 26 février 2020, n°19-81.827; Cass. crim., 28 mars 2017, n° 15-84.940 et CE, 9 décembre 2016, *Abliazon*, n°394399 et 400239.

⁸ Cf. *infra*, nos développements relatifs à la loi n°2017--1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme et à la loi n° 2019-920 du 10 avr. 2019 visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations.

⁹ Par exemple, E. Dreyer, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, § 236 s. ; dans le même sens : G. Grécourt, « Réflexions autour de la notion d'infraction politique », *Dr. pénal*, 9/2017, Étude n°17, p. 7.

4. Nous ne reviendrons pas ici sur la notion même d'infraction politique¹⁰. Retenons seulement que le législateur s'est abstenu de la définir et qu'elle est inconnue du code pénal. Que, pour autant, l'infraction politique est dotée d'un régime répressif propre *de faveur* – quoique désormais limité¹¹. La justification, qui continue de faire largement consensus et que la doctrine attribue généralement à une conception « romantique »¹² de cette délinquance, est énoncée par Ortolan : « Si l'on regarde à la personnalité de l'agent, aux sentiments ou aux passions qui le poussent, à l'état moral que dénote en lui le délit politique, plus d'une fois on y trouvera des mobiles puisés à des sources impures, un état moral frappé de perversité : la soif du pouvoir, l'ambition vaniteuse, les amours-propres froissés, les haines ou les rancunes personnelles, la bassesse flatteuse allant même au-delà de ce que veulent les puissants, l'envie de tout ce qui paraît au-dessus de nous, l'impatience d'une humble destinée, l'aversion du travail, l'impasse de situations perdues, le désir de profiter d'un bouleversement général pour s'y tailler une meilleure fortune. Mais quelquefois aussi la fidélité dévouée aux personnes ou aux principes, surtout quand le malheur les a frappés ; des illusions ou des entraînements généreux, des indignations vertueuses, un esprit de sacrifice à ses convictions. Même quand il y a perversité de l'agent, cette perversité est d'une nature particulière, distincte de celle qui se montre dans les délits non politiques, surtout dans les délits contre les particuliers »¹³.

Rappelons aussi que, en sanctionnant certains crimes de la « détention criminelle », le législateur les consacre comme des infractions politiques¹⁴ ; en revanche, il laisse à la jurisprudence la charge d'identifier les délits - charge dont elle s'acquitte avec parcimonie et sans cohérence évidente¹⁵, faute d'avoir suivi l'auteure qui, après la réforme du code pénal, a estimé que les infractions prévues au livre IV du code pénal étaient, comme son intitulé « Des crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique » l'induisait, politiques « par nature »¹⁶. Ajoutons - nous y reviendrons - que le juge, judiciaire comme administratif, considère - sans jamais s'en expliquer - que la gravité de l'acte accompli exclut le caractère politique de l'infraction¹⁷ ; l'argument conforte l'exclusion du caractère « politique » de la criminalité terroriste.

¹⁰ Sur la définition juridique de l'infraction politique, cf. P. Fabreguettes, *Traité des délits politiques et des infractions par la parole, l'écriture et la presse*, Ed. A. Chevalier-Marescq, 1901, p.61 *et seq.*; F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, 16^e éd., Economica, coll. Corpus, 2009, n° 147 *et seq.*; Y. Mayaud, *Droit pénal général*, 6^e éd. PUF, coll. Droit fondamental, 2018, §.277 ; M. Puech, *Droit pénal général*, Litec, 1988, p. 258 *et seq.* ; X. Pin, *Droit pénal général*, 10^e éd., Dalloz, coll. Cours, 2018, §.45-46 ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. I, 7^eème éd., éd. Cujas, 1997, § 410 *et seq.* ; C. Le Roux, *L'infraction politique*, L'Harmattan, BibliothèqueS de droit, 2018, 166 p. ; D. Mayer, « L'infraction politique », *RDPC*, 1984, p. 480 ; J.-J. Lemouland, « Les critères jurisprudentiels de l'infraction politique », *RSC* 1988, p. 16 et M. Brenaut, « La notion d'infraction politique », [*Actes de colloques*] *2^eème Congrès des jeunes pénalistes (28 septembre 2018) : la politique et le droit pénal*, n° Lexbase : N6400BXC.

¹¹ Cf. *infra*, II.

¹² Nous reviendrons ultérieurement sur ce point.

¹³ E. Ortolan, *Éléments de droit pénal*, 3^e éd., Plon, 1863, t. I, § 706. Cf. aussi, A. Garapon, « Camus, l'homme obstiné », in J. Lévi-Valensi, A. Garapon et D. Salas, *Albert Camus. Réflexions sur le terrorisme*, Nicolas Philippe, 2002, p. 188-189 et H.-M. Enzensberger, *Politique et crime*, Gallimard, coll. Tel, 1967, p. 299-300. Notons que le législateur du XIX^e siècle n'a pas distingué les délinquants politiques selon la noblesse du mobile qui les a animés au moment de commettre l'infraction et qu'en conséquence, le régime plus favorable instauré avait vocation à bénéficier aux idéalistes altruistes comme aux pervers arrivistes. Cela oblige à reconsidérer l'argument selon lequel le mobile terroriste serait étranger à l'infraction politique (cf. *infra*).

¹⁴ Art. 411-2, 411-9, 411-4, 412-1, 412-3 du code pénal et art. L67 du code des postes et communications électroniques.

¹⁵ M. Brenaut, *loc. cit.*, §.12. Notons que, culturellement rétif au critère subjectif de l'infraction politique, fondé sur le mobile du délinquant, le juge opte généralement pour le critère objectif, déduit du comportement décrit dans la norme d'incrimination (par exemple, Cass. crim. 23 février 1954, *Bull. crim.* n°85, confirmé par Cass. crim. 28 mars 2017, précité).

¹⁶ G. Giudicelli-Delage, « Les crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique dans le nouveau Code pénal », *RSC* 1993, p. 493. Il est vrai que le législateur n'incitait pas le juge à trancher en ce sens puisque, d'une part, la suppression de l'infraction politique a été envisagée durant les travaux préparatoires et que, d'autre part, il a placé les infractions terroristes - qu'il refusait déjà de considérer comme politiques - dans le livre IV (art. 421-1 *et seq.* CP).

¹⁷ V. R. Koering-Joulin, « Infraction politique et violence », *JCP*, G, 1982, I, 3066 et les décisions citées.

5. Au regard du sujet qui nous intéresse, un paradoxe peut immédiatement être relevé : dès le milieu du XIX^e siècle, c'est-à-dire au temps où fut définie la notion d'infraction politique, l'attentat terroriste en fut exclu (clause belge). La réticence initialement manifestée par les autorités françaises envers la clause belge¹⁸ disparut avec la vague d'attentats anarchistes de la fin du XIX^e siècle¹⁹; ainsi, le participant à une insurrection ou à un complot pouvait bénéficier du régime de faveur, mais pas le régicide ni le poseur de bombes.

A partir des années 1970, le terrorisme a vu sa définition progressivement élargie pour embrasser un nombre de plus en plus important de comportements infractionnels et, concomitamment, il fut définitivement détaché de la catégorie des infractions politiques, en droit international comme en droit interne. En droit international, il s'agissait de soustraire le terroriste au régime favorable réservé aux délinquants politiques, qui sont notamment exclus du mécanisme de l'extradition²⁰. C'est ainsi que, depuis la Convention européenne pour la répression du terrorisme de 1977²¹, il est convenu entre les États membres du Conseil de l'Europe que « pour les besoins de l'extradition, aucune des infractions mentionnées ci-après ne sera considérée comme une infraction politique, comme une infraction connexe à une infraction politique ou comme une infraction inspirée par des mobiles politiques »²². En droit interne, à partir de la loi n°86-1020 du 9 septembre 1986 *relative à la lutte contre le terrorisme* qui inaugure le dispositif contemporain de lutte contre le terrorisme, le législateur français, sous la pression notamment du Conseil constitutionnel qui a refusé l'extension du dispositif antiterroriste aux infractions contre la sûreté de l'État²³, distingue le terrorisme des infractions politiques. La loi du 22 juillet 1992 fait du terrorisme une catégorie d'infractions *sui generis*, non politiques, même si elles sont insérées parmi les crimes et délits contre l'État, la nation et la paix publique²⁴, sans considération pour le doute ainsi suscité sur leur rationalité propre et sur le bien juridique que protège l'incrimination du terrorisme en droit

¹⁸ Aux termes de cette clause, « Ne sera pas réputé délit politique ni fait connexe à un semblable délit, l'attentat contre la personne du chef d'un gouvernement étranger ou contre celle des membres de sa famille, lorsque cet attentat constitue le fait soit de meurtre, soit d'assassinat, soit d'empoisonnement » (cf. *supra*, la contribution de D. Linhardt). Comme le rappelle D. Rebut (*Droit pénal international*, 3^e éd. Dalloz, coll. Précis, 2019, p.195), cette clause est « dite belge, parce que sa première prévision remonte à une loi belge du 22 mars 1856 qui l'inséra dans sa législation sur l'extradition à la suite du refus de la chambre des mises en accusation de Bruxelles d'extrader l'auteur d'un attentat contre Napoléon III au motif de son caractère politique [...]. La France a néanmoins formulé une réserve par laquelle elle déclare conserver « le droit d'apprécier en fonction des circonstances particulières de chaque affaire, si l'attentat... revêt ou non un caractère politique ».

¹⁹ P. Fabreguettes présente ainsi, en 1901, la « Classification actuelle des délits politiques. Sont politiques les crimes et délits suivants : 1° Les crimes (attentats, complot) contre la sûreté intérieure de l'État (bandes armées, sédition, etc.) et contre la sûreté extérieure de l'État; Art. 75 à 108 du code pénal (les délits d'espionnage prévus par la loi de 1886 ne sont pas politiques); 2° Les crimes prévus par la loi du 24 mai 1834 sur les mouvements insurrectionnels (*les crimes des associations de malfaiteurs, d'usage d'explosifs, prévus par les lois spéciales ne sont pas politiques*); 3° Les infractions en matière: 1° d'Association internationale (loi du 14 mars 1872); 2° d'Associations illicites, de Société secrètes (art. 291 à 294 du code pénal, secret de 1848); 3° d'Attroupements (loi du 7 juin 1848); 4° de Réunions publiques (loi de 1881); 5° de violences ou fraudes, ou délits, dans les élections (art. 35, 36, 41 à 43 du décret du 2 février 1852, lois des 2 août 1875 et 30 novembre 1875; *tout ce qui a trait aux armes ordinaires, au port d'armes habituel, à la poudre, à la dynamite, n'a pas un caractère politique*); 4° Les crimes et délits des ministres des cultes (art. 201 à 208 du code pénal); 5° Les infractions Anarchistes commises publiquement, par les moyens de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 » (*op.cit.*, p.64-65, nous soulignons).

²⁰ Il est vrai que, faute de définition juridique du terrorisme, certains comportements qualifiés de terroristes dans certains États étaient considérés comme des infractions politiques interdisant l'extradition de leurs auteurs dans d'autres, ce qui affectait l'entraide judiciaire pénale internationale, au risque de provoquer des tensions diplomatiques (cf. par exemple, entre la France et l'Allemagne, l'affaire. Argoud : Cass. crim. 6 juin 1964, *Bull. crim.* n°192). Notons qu'Argoud fut enlevé en 1963, condamné par la Cour de sûreté de l'État puis gracié. Son enlèvement provoqua de vives tensions entre Paris et Bonn. La République fédérale d'Allemagne mit un terme aux difficultés qu'entraînait la présence sur son sol d'un autre membre du CNR, Georges Bidault en obtenant son départ pour le Portugal, d'où il sera expulsé vers le Brésil avant de rentrer en France après l'amnistie des membres du CNR.

²¹ Conseil de l'Europe, Convention européenne pour la répression du terrorisme, 27 janvier 1977, STE n°90.

²² Art. 1^{er} de la Convention. Notons qu'une interprétation *a contrario* permet de penser que, hors la situation particulière de l'extradition, les États demeureraient libres de considérer le terrorisme comme une infraction politique.

²³ **Cons. Const.**, déc. n°86-213 DC du 3 septembre 1986, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État*.

²⁴ Art. 421-1 *et seq.* CP.

français²⁵. Les infractions terroristes sont ainsi devenues « des délits politiques sans nom », une « [réinvention] des délits politiques, mais sans le dire »²⁶. Cette aporie originelle - puisque consacrée par les « lois scélérates » - affecte toute réflexion en sciences criminelles sur la notion de terrorisme.

6. La position adoptée par la jurisprudence n'est pas non plus dénuée d'ambiguïté. Bien qu'elle se soit abstenue de définir les contours et le contenu respectifs de l'infraction politique et du terrorisme, la chambre criminelle de la Cour de cassation continue de recourir sporadiquement à la notion d'infraction politique. Cependant, dès qu'est abordée la question de la violence politique et de son rapport éventuel au terrorisme, elle campe sur une position dogmatique de refus, qui manque singulièrement de nuance, au point de susciter potentiellement des incohérences avec certaines dispositions du code pénal. Ainsi, par un arrêt du 10 janvier 2017²⁷, la Haute juridiction pénale a refusé d'approuver la chambre de l'instruction qui avait, d'une part, en s'inspirant du droit de l'Union européenne, limité les actions terroristes à des actes dangereux pour les personnes et, d'autre part, dissocié explicitement le terrorisme de la violence politique à l'occasion de manifestations sur la voie publique. Toutefois, deux mois plus tard, dans un arrêt du 28 mars 2017, elle a réaffirmé la nature intrinsèquement politique de l'infraction de participation, sans arme, à un attroupement malgré sommation de se disperser²⁸. Enfin, dans un arrêt récent²⁹, pour approuver la relaxe d'une militante *Femen*, la Haute juridiction pénale, après avoir réaffirmé sa jurisprudence selon laquelle le dévoilement par une femme de sa poitrine entre dans les prévisions du délit d'exhibition sexuelle prévu à l'article 222-32 du code pénal, même si l'intention exprimée par son auteur est dénuée de toute connotation sexuelle, affirme, conformément aux prescriptions de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, que, « si le comportement d'une militante féministe qui dénude sa poitrine, sur laquelle est inscrite un message politique, dans un musée en plantant un pieu dans une statue de cire représentant le dirigeant d'un pays, constitue l'infraction d'exhibition sexuelle, la relaxe de la prévenue n'encourt pas la censure dès lors que ce comportement s'inscrit dans une démarche de protestation politique et que son incrimination, compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause, constituerait une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression ». Ainsi, non seulement la violence intrinsèque de l'acte d'exhibition n'écarte pas son caractère politique mais c'est parce qu'elle est motivée par un but politique que cette manifestation de violence sociale échappe à la répression. La subtilité de la chambre criminelle engendre parfois des catégories qui outrepassent ce que l'exigence simple de cohérence peut assimiler... La Cour sous-entend peut-être que le recours à la violence physique pourrait constituer une ligne de démarcation entre infraction politique et infraction non politique. Mais, cette interprétation est démentie par la lettre du code pénal. Par exemple, l'attentat³⁰, qui est dans le code pénal une infraction politique, est une action éminemment violente ; de même, l'infraction de participation à un mouvement insurrectionnel³¹, qui implique nécessairement des violences, est traditionnellement rangée dans la catégorie des infractions politiques³².

²⁵ P. Poncela et P. Lascoumes, *Réformer le Code pénal. Où est passé l'architecte ?* PUF, coll. Les voies du droit, 1998 ; J. Alix, *Terrorisme et droit pénal. Etude critique des incriminations terroristes*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 91, 2010, §.539 et seq.

²⁶ O. Beaud, entretien avec R. Théry, *Revue de droit d'Assas*, Projet, n°19, 2019, p.13.

²⁷ J. Alix, « La qualification terroriste après l'arrêt du 10 janvier 2017 (affaire dite « de Tarnac ») », *AJ Pénal* 2017 p. 79.

²⁸ Cass. crim., 28 mars 2017, n° 15-84.940, publié au Bulletin. Cf. J. Pradel, « Du critère de l'infraction politique, À partir du délit de participation à un attroupement interdit », *D.* 2017. 1233 ; S. Fucini, *Dalloz actualité*, 20 avr. 2017 ; W. Azoulay, « Infraction politique d'attroupement : différences de nature et de régime - Arrêt rendu par Cour de cassation, crim.28-03-2017 n° 15-84.940, *AJ Pénal* 2017 p.284 ; M.-H. Gozzi, « Attroupement : la participation délictueuse à un attroupe-ment est une infraction politique », in G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et E. Tricoire, « Panorama Droit pénal », *D.* 2017, 2511 ; A. Giudicelli, « Domaine d'application des procédures accélérées de saisine du tribunal correctionnel : l'exclusion des délits politiques », *RSC* 2017 p.577 ; P. Conte, « , *Dr. pénal* 2017, n° 104.

²⁹ Cass. crim., 26 février 2020, n°19-81.827.

³⁰ Art. 412-1 du code pénal (CP).

³¹ Art. 412-3 et seq. CP.

³² Cf. P. Fabreguettes, *supra*, note 19.

Par ailleurs, la proximité de certains actes de terrorisme avec le crime contre l'humanité avait conduit le parquet de Paris à envisager l'application de cette qualification en matière terroriste³³. A nouveau, l'ambiguïté est patente : le crime contre l'humanité n'est pas classé parmi les infractions politiques mais il exige, pour se consommer en droit français, un plan concerté qui ne peut être que « politique ». En d'autres termes, l'application de la qualification de crime contre l'humanité aux actes terroristes impliquerait une double fiction négative : la négation du caractère politique à la fois de l'acte terroriste et du plan concerté dans lequel il s'inscrit !

Pour sa part, dans les affaires basques du début des années 1980, le Conseil d'État a, en matière d'extradition, montré sa sensibilité aux appréciations politiques opérées par l'exécutif lorsqu'il a décidé du caractère politique ou non d'une demande d'extradition motivée par une infraction terroriste³⁴. Cependant, il a conféré à la *clause française*³⁵ valeur de principe fondamental reconnu par les lois de la République³⁶ et par un arrêt récent³⁷, il a confirmé sa jurisprudence tendant à annuler le décret d'extradition lorsqu'il estime que la demande était formulée « pour un motif politique », confirmant la vitalité de la clause et de sa valeur normative. Or, on sait qu'aujourd'hui nombre d'États appliquent la qualification de « terrorisme » à toute forme d'opposition politique - même non violente. Qu'advient-il alors, lorsqu'une demande d'extradition sera fondée sur une qualification « terroriste » de ce type, si - pour des raisons diplomatiques - le Premier ministre signe le décret d'extradition ? La question est d'autant plus prégnante s'agissant des États membres du Conseil de l'Europe, qui appliquent des qualifications terroristes à leurs opposants politiques non violents et sont à la fois signataires de la Convention de 1977 et de la Convention d'entraide judiciaire de 1957³⁸. De même, que se passerait-il si des États membres de l'Union européenne appliquaient la qualification de « terroriste » à un manifestant violent³⁹, sachant que les exceptions prévues par les clauses dites belge et française ne sont pas prévues par les dispositions qui régissent le mandat d'arrêt européen, mais qu'en revanche le refus de procéder à la remise est autorisé lorsque la procédure est motivée par les « opinions politiques » du mis en cause⁴⁰ ? En d'autres termes, jusqu'où la raison libérale peut-elle s'accommoder du fait que, sous couvert de lutte

³³ C. Kreß, C. Choquet et F. Molins, « Actes de terrorisme : nouvelles formes de crimes contre l'humanité ? », in B. Cotte, P. Ghaleh-Marzban, J.-P. Jean et M. Massé, *70 ans après Nuremberg. Juger le crime contre l'humanité*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, p. 111 *et seq.* En ce sens, v. les compétences du procureur de la République antiterroriste en matière de poursuite des crimes de guerre et contre l'humanité. La question est également posée sous l'angle de la compétence de la Cour pénale internationale à l'égard de certains actes de terrorisme relevant de la qualification de crimes contre l'humanité : J. Alix, « Le terrorisme devant la Cour pénale internationale », T. Herran (dir.), *Le Statut de Rome, 20 ans après : bilan et perspectives*, Pedone, 2020.

³⁴ Comp. CE. Ass., du 24 juin 1977, *Astudillo Calleja*, n°01591, *Rec. p.* 290 et CE, 26 septembre 1984, *JCP* 1985, II, 20343, concl. B. Genevois, note W. Jeandidier.

³⁵ Art. 696-4 du code de procédure pénale : « L'extradition n'est pas accordée : 2° [...] lorsqu'il résulte des circonstances que l'extradition est demandée dans un but politique ».

³⁶ CE, Assemblée, 3 juillet 1996, *Koné*, n° 169219, *Rec. p.* 255, *RFDA*, 1996, 869, concl. Delarue ; A. Huet et R. Koering-Joulin, *Droit pénal international*, 3^e éd., PUF, Thémis, 2005, p.407.

³⁷ CE, 9 décembre 2016, *Abliazov*, précité. Notons, et cela n'est pas anecdotique, que le seul cas dans lequel il avait précédemment annulé pour le même motif un décret d'extradition était précisément une affaire de terrorisme (CE, Assemblée, 24 juin 1977, *Astudillo Calleja*, précité).

³⁸ Par exemple, la Turquie.

³⁹ Council of the European Union, *Presentation of a Presidency initiative for the introduction of a standard form for exchanging information on terrorist incidents*, 5712/02 ENFOPOL 18; cf. par exemple, la décision de la Cour de cassation italienne invalidant les qualifications terroristes appliquées par le parquet de Turin à quatre opposants à la ligne à grande vitesse Lyon-Turin (mouvement dit NoTAV): Corte di Cassazione, MP c. C. Alberto, N. Blasi, M. Zanotti et C. Zenobi, *Penale Sent. Sez. 6 Num. 28009 Anno 2014 (15/05)*. Cf. aussi, *mutatis mutandis*, les peines extrêmement sévères prononcées contre V. Vecchi pour des faits de violences perpétrés à l'occasion du sommet de Gênes en 2001 (Crim. 18 décembre 2019, n°19-87333) et S. Gambino, « Urgence terroriste, sécurité, liberté. Le cas italien », Irénée, Université de Lorraine, « Civitas Europa », 2016/2, n°37, p.287.

⁴⁰ Art. 695-22 CP.

contre le terrorisme, on en revient à la situation antérieure à 1848, lorsque l'extradition permettait d'abord aux Princes de se remettre mutuellement leurs opposants politiques⁴¹ ?

7. Il est ainsi établi que, faute de définitions claires et précises données par le législateur à l'infraction politique et au terrorisme, une jurisprudence quelque peu erratique s'est développée, qui tente de se structurer autour de l'argument d'autorité selon lequel « le terrorisme n'est pas une infraction politique ». Le juriste ne peut se satisfaire d'un état du droit qui défie toute rigueur et toute cohérence et R. Koering-Joulin a, dès le milieu des années 1980, dénoncé le « raisonnement par l'absurde » qui a permis de dépolitiser le terrorisme⁴².

Or, depuis lors, la situation ne s'est guère rationalisée et l'extension du domaine des infractions terroristes pour y intégrer des comportements non lésionnaires, parfois dénués de toute violence, mais s'inscrivant dans une démarche indéniablement politique⁴³, ou encore la judiciarisation du maintien de l'ordre, qui conduit à la multiplication des poursuites pour des faits de violences à l'occasion de manifestations sur la voie publique auxquels la chambre criminelle n'exclut pas d'appliquer des qualifications terroristes⁴⁴, n'ont fait que rendre l'aporie plus criante. Le déclenchement de l'état d'urgence pour répondre à une crise terroriste, la construction, au prétexte de la lutte contre le terrorisme, d'un droit autonome, caractérisé par la mobilisation de ressources répressives inédites, notamment administratives et militaires, et la marginalisation de la réponse pénale, ramènent inévitablement à la question politique - et que dire de la référence à la « guerre contre le terrorisme », qui inscrit nécessairement la réaction de l'État dans l'essence même de la décision politique⁴⁵ ? Le sentiment s'installe que « ne pouvant fortifier la justice, on a justifié la force, afin que la justice et la force fussent ensemble et que la paix fût, qui est le souverain bien »⁴⁶; toutefois, la paix n'en est pas résultée...

8. Les analyses doctrinales, partagées entre le constat d'une notion inutile – l'infraction politique serait « devenue sans objet »⁴⁷ - et le point de vue plus positiviste, acceptant finalement l'argument de la violence et de la gravité du terrorisme comme ligne de démarcation entre le terrorisme et l'infraction politique et justification de l'exclusion du premier de la seconde, ne parviennent pas à lever toute réserve.

En effet, cet état de la doctrine laisse irrésolu un vaste champ de questions : l'argument d'autorité des législateurs et l'affirmation positiviste selon laquelle « le terrorisme n'est pas une infraction politique » sont-ils intellectuellement soutenable ? Hormis la préservation de l'efficacité de la coopération judiciaire en matière pénale - qui peut être assurée par une clause particulière -, qu'est-ce qui justifie de contester le caractère d'infraction politique du terrorisme ? Le législateur peut-il indéfiniment maintenir dans le code pénal une catégorie d'infractions qu'il s'abstient de définir, en ne signalant les crimes que par la peine qui les sanctionne et en laissant aux juges la responsabilité d'assigner par un critère objectif ou subjectif leur nature éventuellement politique aux délits ? Plus concrètement, si l'on arrêtait d'appréhender cette

⁴¹ G. Levasseur, « Les avatars du droit et de la pratique de l'extradition », *RFDA*, 1985, n°2, p. 145. Il faut aussi relever que l'évolution du droit, législatif et prétorien, connue en France s'agissant de l'exclusion du terrorisme du champ des infractions politiques participe d'un mouvement général, sous l'influence du Conseil de l'Europe qui affecte aussi les autres États (cf., par exemple, au niveau européen, la situation en Belgique : M. Moucheron, « Délit politique et terrorisme en Belgique : du noble au vil », *Culture & Conflits*, n°61, *Antiterrorisme et société*, 2006, p. 77-100).

⁴² R. Koering-Joulin, « De quelques aspects judiciaires de l'«Affaire» des autonomistes basques espagnoles », *RFDA*, 1985, p. 174.

⁴³ Cf. par exemple, en matière d'apologie du terrorisme : Cass. crim. 25 avril 2017, *AJ Pénal* 2017, p. 349 ; Ph. Conte, *Dr. pénal* 2019, comm. 21 ; J. Alix, « Flux et reflux de l'intention en matière terroriste », *RSC* 2019, p. 505 *et seq.*

⁴⁴ Crim., 10 janvier 2017, *Affaire de Tarnac*, précité. L'application à terme, par les juridictions françaises, de qualifications terroristes à des faits émeutiers perpétrés à l'occasion de manifestations sur la voie publique est d'autant plus vraisemblable qu'elle est admise par le droit de l'Union européenne (cf. *supra*). Cette éventualité nous a été confirmée par C. Hennetier, procureure de la République antiterroriste adjoint, lors d'un entretien au PNAT (Tribunal de Paris, 15 janvier 2020).

⁴⁵ Notre article, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *RSC*, 2017, p. 845-868.

⁴⁶ B. Pascal, *Pensées*, Le Livre de poche, 2000, p.297.

⁴⁷ Par exemple, E. Dreyer et G. Grécourt, *supra*, note 9.

question au travers du prisme de la fiction juridique pour assumer la dimension politique de la criminalité terroriste, quelles en seraient (ou quelles devraient en être) les conséquences ? La violence terroriste et la violence politique sont-elles dissociables ou le terrorisme n'est-il qu'un aspect de la violence politique ? La qualification terroriste a-t-elle vocation à s'appliquer à des actes de violence perpétrés à l'occasion de manifestations sur la voie publique, dans un contexte d'émeutes urbaines ou de contestation politique ? A l'inverse, les atteintes violentes dirigées contre les institutions de la République (attentat, complot, mouvement insurrectionnel) sont-elles toujours des infractions politiques ou relèvent-elles aujourd'hui du terrorisme ?

La question sous-jacente est celle du critère de distinction entre ces infractions dites politiques ou les infractions terroristes. En l'absence de définition (ou de critère de distinction) du rapport entre violence politique, infractions politiques et terrorisme, la conception expansionniste de la criminalité terroriste ne va-t-elle pas bousculer les frontières entre des catégories jamais bien délimitées au risque d'aboutir à terme à l'assimilation de toute violence politique à du terrorisme et, soit à la disparition de l'infraction politique, soit à la restriction de son domaine aux incriminations qui ne visent que des comportements non violents ? Ne conviendrait-il pas de supprimer de notre droit la catégorie « infraction politique » pour mettre le droit en accord avec le discours politique selon lequel, dans la démocratie, la violence ne peut être considérée comme un mode d'action politique acceptable, quitte éventuellement, à ajouter certaines des infractions du livre IV à la liste des infractions auxquelles, à raison de leur complexité, les procédures rapides ne sont pas applicables ?

9. A l'heure où la lutte contre le terrorisme est à la croisée des chemins et subit – autant qu'elle inflige au droit - de profondes mutations, il nous semble important de raviver la discussion relative à la relation entre terrorisme et infraction politique dans le droit et hors du droit. Notre hypothèse est qu'il est nécessaire de rompre avec la fiction juridique « absurde » de la dépolitisation du terrorisme, dès lors qu'elle nous semble intellectuellement indéfendable et juridiquement mal fondée (I), pour tenter d'envisager les conditions dans lesquelles le droit pourrait être mis en accord avec la réalité - le terrorisme est une infraction politique - d'une manière qui soit satisfaisante dans une démocratie libérale (II).

I. *Questio* - la dépolitisation du terrorisme, fiction juridique « absurde »

10. Le législateur s'étant abstenu de définir l'infraction politique, tout en consacrant *de facto* son existence par la peine qu'il attache à certains comportements, cette charge devait *a priori* incomber au juge. Pourtant, ce dernier se contente souvent d'un argument d'autorité⁴⁸. Cet arbitraire n'est, évidemment, pas satisfaisant.

Quelques juridictions inférieures se sont cependant essayées à un effort de définition. La doctrine retient généralement deux arrêts anciens. Dans le premier, la cour d'appel de Nancy propose une définition inspirée de celle de l'infraction d'intérêt général en estimant que l'infraction politique est celle qui « porte atteinte essentiellement à la forme constitutionnelle d'une nation ou aux institutions politiques qu'elle s'est donnée, et dont les manifestations sont exclusivement dirigées contre le gouvernement d'un pays »⁴⁹. Dans le second, la cour d'appel de Grenoble définit comme politiques les infractions « qui portent atteinte à l'ordre politique, qui sont dirigées contre la constitution du gouvernement et contre la souveraineté, qui troublent l'ordre établi par les lois fondamentales de l'État et la distribution des pouvoirs »⁵⁰. Il n'est guère contestable que le terrorisme satisfait à ces définitions. S'agissant de la première, et sans cynisme aucun, il convient de distinguer la finalité de l'acte terroriste des moyens par lesquels il s'exprime. S'il n'est pas question de contester que le terrorisme fait des victimes individuelles, elles ne sont dans l'immense majorité des cas qu'un moyen de porter atteinte au gouvernement contre

⁴⁸ Par exemple, Cass. crim. 28 mars 2017, précité.

⁴⁹ CA Nancy, 21 décembre 1927, *JCP*. G, 1928, p. 84.

⁵⁰ CA Grenoble, 13 février 1947, *JCP* 1947, II, 3664.

lequel est dirigé l'attentat, ce qu'exprime la classification des infractions terroristes parmi les atteintes contre l'État, la nation et la paix publique⁵¹. S'agissant de la seconde, il est établi que le terrorisme, outre qu'il « porte atteinte à l'ordre politique » et qu'il est dirigé contre la « constitution du gouvernement », « trouble l'ordre établi par les lois fondamentales de l'État ».

Dès lors, pour aller contre l'évidence et soutenir la fiction juridique selon laquelle le terrorisme n'est pas une infraction politique, les juges et, dans une moindre mesure le législateur, ont recours à une justification aporétique (A) fondée sur une *doxa* contestable (B).

A. Une justification aporétique...

11. La justification de l'exclusion du terrorisme du domaine de l'infraction politique a évolué au fil du temps. D'abord fondée sur une analyse « romantique » (1), cette exclusion a, ensuite, été justifiée par la « gravité » des comportements (2) avant d'être aujourd'hui soutenu par l'assimilation du terroriste à un « ennemi » (3). Or, toutes ces motivations sont aporétiques.

1. Terrorisme et romantisme

12. La première, l'*aporie originelle*, consiste dans la conception « romantique » du délinquant politique, qui serait animé par un mobile plus noble et/ou plus désintéressé que le délinquant de droit commun, crapuleux, vengeur ou gratuitement violent⁵².

Dans son *Traité des délits politiques*, P. Fabreguettes expose la manière dont s'est construite à l'origine la théorie des infractions politiques⁵³. Il commence par rappeler que « c'est grâce à l'émancipation progressive des citoyens, qu'on est arrivé, comme conséquence de la nature des infractions politiques, à distinguer les délits politiques, des délits de droit commun » et que « c'est au lendemain de la Révolution de 1830, que l'expression "d'infraction politique", assortie comme telle d'immunités, fait son apparition en France et trouve place dans la loi du 8 octobre 1830, article 7 (qui avait une haute portée en ce sens qu'elle attribuait au jury, la connaissance de toutes les infractions politiques donc elle fournissait la nomenclature) ». Selon cet auteur, « on s'accorde à reconnaître, que le délit politique doit comprendre, tous les actes, qui ont pour but, contrairement à des prescriptions pénales, de modifier, de transformer, d'affaiblir, de ruiner, de détruire, de renverser l'Ordre politique organisé, de susciter des troubles ou des haines dans l'État. Le délit politique est donc l'infraction qui lèse l'État considéré dans son organisation politique, dans ses droits propres ». Invoquant Guizot, il estime que, « avec les variations successives des formes des gouvernements, les infractions politiques, ne peuvent être comparées à celles du droit commun » car, « en politique, on s'adresse à de pures passions, à de pures idées. Les crimes, les délits politiques supposent plus d'audace que de perversité, plus d'inquiétude dans l'esprit que de corruption dans le cœur, plus de fanatisme, en un mot, que de vices. Le criminel politique s'abuse généralement - ajoute-t-on - dans des questions où, de la meilleure foi, l'esprit humain vacille en lui-même et se divise de toute part. Même en se trompant, il invoque une justice dans laquelle il croit, et dans sa croyance, il a l'assentiment, les sympathies d'un grand nombre au dedans comme au dehors. On ne saurait le confondre avec le malfaiteur ordinaire. Puis encore, le pouvoir établi peut ne pas user de ses fonctions dans l'intérêt public. Ne devient-il pas utile de s'opposer à lui ? La direction générale et supérieure donnée aux affaires de l'État n'est-elle pas néfaste ? Toutes ces questions s'agitent, soit l'une, soit l'autre, quelque fois plusieurs réunies, au fond des délits politiques [...]. C'est le problème toujours renaissant. Les partis aux prises

⁵¹ O. Cahn, « L'identification du terrorisme au regard de l'État - Approche en droit pénal français », in F. Blanc et P. Bourdon (dir.), *L'État et le terrorisme*, Ed. de la Sorbonne, 2018, p. 63-78. Notons, toutefois, une exception envisageable - celle de l'acte terroriste dirigé contre une entreprise ou une organisation pour tenter de la contraindre à changer ses pratiques ou sa politique - mais, à notre connaissance, de tels faits demeurent extrêmement rares et, selon la nature de l'organisation contre laquelle ils sont dirigés, pourraient aussi être considérés comme des infractions « d'intérêt général » (par exemple, les attentats dirigés contre les représentations de l'ONU en Irak ou en Afghanistan).

⁵² H. Lévy-Bruhl, « Les délits politiques : recherche d'une définition », *Revue française de sociologie*, vol. 5, n°2, 1964, p. 132.

⁵³ *Op. cit.*, p.57-65.

invoquent constamment le bien public. C'est un manteau dont chacun se couvre, dans l'arène politique et sociale. Les circonstances qui changent, les occasions qui fuient, les passions qui s'affaiblissent, les partis qui se dissolvent, tout concourt à diminuer l'importance d'un condamné politique ». Et encore : « Quand on cherche la raison d'être, des diverses commotions politiques, on constate, au point de vue de l'évolution des sociétés, qu'il y a des tournants d'histoire, des phases humaines dans lesquelles une partie de l'humanité a recouru à la force et obtenu ainsi des transformations salutaires ».

L'argument ne résiste pas à l'analyse.

13. Au temps où fut consacrée l'infraction politique, Ortolan relevait déjà, ainsi qu'il a été précédemment rappelé, que cette conception ne correspond qu'à une fraction des délinquants politiques. Or, ni le législateur, ni le juge ne leur ont réservé le bénéfice du régime répressif plus favorable qui se trouve attaché à l'infraction politique.

De surcroît, si cette dernière trouve son origine dans la valeur du mobile, il est difficile de comprendre pourquoi le législateur, d'une part, n'a pas appliqué le même raisonnement à d'autres formes de délinquance altruiste - voire, le droit constituant un système, à l'ensemble d'entre elles - et, d'autre part, n'a pas pris en compte ce qu'il aurait considéré comme un mobile légitime en créant une cause d'atténuation de la responsabilité pénale de l'auteur, comme il le fait habituellement en droit pénal.

Or, c'est l'inverse qui s'est produit puisque, immédiatement après la consécration du régime et de la pseudo-définition de l'infraction politique, les juges se sont employés à en limiter le champ d'application en distinguant certaines infractions politiques de celles qu'Ortolan décrits en ces termes: « ces actes [qui] n'appartiennent pas à la lutte politique [mais qui] y ont trouvé l'occasion de se produire [et] en sont distincts [dès lors que] les vices ou les passions qui jouent leur rôle, fussent-ils allumés au foyer politique, ne sauraient en changer le caractère »⁵⁴. Ainsi, le procureur général Dupin, dans ses réquisitions prises lors du procès des meurtriers du général Bréa, déclarait : « Gardons-nous d'admettre cette doctrine, que le mélange du caractère politique soustrait à la peine de mort les crimes d'une toute autre nature. Proclamons, au contraire, que l'accession de ces faits odieux qui constituent les crimes de droit commun, fait perdre au délit politique son caractère exceptionnel. Sans cela, voyez les conséquences : à la faveur d'une insurrection politique, tous les crimes deviendraient permis ! Le drapeau de l'insurrection, semblable au pavillon qui couvre la marchandise, protégerait le mélange de tous les crimes accessoires, de toutes les atrocités, telles que les vengeances privées, les massacres de prisonniers, le meurtre, les tortures, les mutilations, etc... Si un parti avait déclaré la guerre à la Société, si par les tendances et la nature de son programme, il ne pouvait se remuer, ni descendre dans l'arène, sans avoir pour auxiliaires improvisés tous les malfaiteurs, tous les repris de justice, ceux-ci, mélangés aux hommes politiques, pourraient donc joindre aux fusils de l'insurrection, le poignard de l'assassin, sans avoir à redouter le frein de la peine de mort. Tout s'excuserait ainsi au nom de la politique »⁵⁵.

Cependant, concomitamment, comme le relève Fabreguettes, « il y a incontestablement des faits connexes à des faits politiques, s'absorbant en ceux-ci, en telle sorte qu'il y a indivisibilité, ou qui, sans se confondre avec les infractions d'ordre purement politique, s'y rattachent par les liens étroits (Une insurrection éclate: les boutiques d'armuriers sont pillées; des voitures sont employées pour former des barricades; des maisons sont envahies pour y préparer et soutenir l'attaque; les caisses publiques sont vidées pour soutenir les frais de la sédition; les fonctions politiques sont usurpées; les rues sont dépavées; des routes, des ponts, des lignes télégraphiques sont détruits, des arbres abattus; des soldats, des agents de police, le chef de l'État lui-même, trouvent la mort durant le conflit auquel ils prenaient part contre les insurgés. Dans cette lutte armée, des espions sont fusillés). Tout cela est purement politique, et même est prévu par des textes. On reste ainsi dans les limites des usages des séditions ou des guerres civiles. Le

⁵⁴ Réf. précit.

⁵⁵ Cité par P. Fabreguettes, *op. cit.*, p. 62-63.

but politique poursuivi, au principal, enveloppe et retient alors par un rapport de “connexité” ces violations accessoires de droit commun »⁵⁶.

14. Que faut-il en conclure ? Très clairement, que dès l'origine de l'infraction politique, si l'acte infractionnel est perpétré par un membre de l'élite sociale appartenant à l'un des partis qui s'affrontent pour le pouvoir, il est qualifié d'infraction politique; en revanche, le même acte perpétré par un individu qui n'appartient pas au cercle de ceux qui se reconnaissent comme adversaires politiques et/ou qui agit hors du contrôle d'un de ces derniers, y compris dans des circonstances politiques engendrées par eux - est une infraction de droit commun. En d'autres termes, dès l'origine, la catégorie « infraction politique » apparaît comme un habillage juridique de la volonté d'une caste d'adversaires politiques qui se reconnaissent comme tels, de se soustraire aux rigueurs « extrêmes » de la répression, c'est-à-dire à la peine de mort et aux travaux forcés. Sous couvert de romantisme est donc organisée une justice de classe, ce qui n'est pas compatible avec l'idéal d'égalité devant la loi pénale consacré par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, l'un des fondements mêmes de la République.

15. Certes, on ne peut exclure que, par la convergence de deux évolutions, la créature « infraction politique » ait échappé à ses créateurs. La première évolution est signalée dans ces pages par D. Linhardt, qui relève que la consécration de l'infraction politique coïncide avec un bouleversement des modes d'expression de la violence politique : à partir du basculement des anarchistes dans l'action directe, au régicide, à l'insurrection révolutionnaire et à l'émeute populaire s'ajoute - et parfois se substitue - l'attentat aveugle⁵⁷, qui dès l'origine et pour paraphraser Lévy-Bruhl, « heurte [...] durement la conscience collective ». Le législateur aurait ainsi maintenu, pour les formes anciennes de contestation politique violente, le privilège de l'infraction politique en l'exprimant par l'assignation d'une peine particulière (la détention) et laisserait les manifestations du terrorisme relever du droit commun. Séduisante, cette analyse n'en est pas pour autant totalement convaincante. D'abord, parce que si elle était exacte, les délits politiques « anciens » auraient été, et seraient encore, punis de peines de « détention correctionnelle » puisqu'ils heurtent *a fortiori* moins la conscience collective que les crimes politiques. Ensuite, parce qu'elle repose sur un présupposé étonnamment favorable à l'infraction politique « ancienne » qui voudrait que « l'opinion publique » soutienne *a priori* les comploteurs ou séditeux - par une sorte d'assimilation au mythe de Robin des Bois -, quand elle se montrerait systématiquement hostile aux terroristes - ce qui, pour le moins, mériterait d'être démontré. Enfin, parce qu'elle néglige que le mobile du terroriste et le but qu'il poursuit sont souvent identiques à ceux du comploteur, de l'auteur d'un attentat (s'agissant au moins de l'assassinat ciblé) ou du participant à un mouvement insurrectionnel dès lors que les moyens utilisés se confondent. Pour le dire autrement, l'acte de violence d'un ouvrier contre un patron est-il ressenti différemment par la « conscience collective » s'il est le fait d'un gréviste non affilié politiquement ou d'un militant anarchiste ? Et d'un point de vue strictement rationnel, le caractère politique de cet acte n'est-il pas plus immédiatement évident dans le second cas ?

L'argument est d'autant plus discutable que, comme le souligne M. Brenaut, « un tel romantisme ne peut fonder la notion d'infraction politique, telle qu'elle est pensée depuis deux siècles, que de façon insatisfaisante, laissant en suspens une question essentielle : pourquoi accepter un régime de faveur à l'égard de personnes qui portent atteinte à l'organisation ou au fonctionnement d'un État alors même que celui-ci a instauré des moyens légaux pour exprimer une opinion politique ? »⁵⁸. Antigone rappelle, depuis l'Antiquité, que la noblesse du mobile n'a jamais été suffisante pour valoir exonération de responsabilité pénale à l'auteur d'un acte de défiance envers l'autorité du souverain.

16. La seconde évolution de la justification romantique est mise en évidence par M. Foucault⁵⁹ : « A partir de 1920, à partir surtout du second après-guerre, la dénivellation entre les régimes politiques de l'Europe

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 63.

⁵⁷ J. Merriman, *Dynamite club. L'invention du terrorisme à Paris*, Tallandier, 2009.

⁵⁸ M. Brenaut, *loc. cit.*, §.3.

⁵⁹ M. Foucault, « Va-t-on extraditer Klaus Croissant ? », *Le Nouvel Observateur*, n° 679, 14-20 novembre 1977, p. 62-63. *Dits Ecrits tome II* texte n°210.

a rendu plus obscure encore la définition du crime politique : ni les moyens d'exprimer son désaccord, ni les possibilités de lutte, ni le refus des institutions et du régime social ne pouvaient être les mêmes dans les pays "totalitaires" et dans les pays "démocratiques" ; l'infraction politique ne pouvait avoir, ici et là, les mêmes caractères ; elle devenait intraduisible d'une langue dans l'autre. [...] En somme, la conception traditionnelle situait le "politique" du côté de la lutte contre les gouvernants et leurs adversaires ; la conception actuelle, née de l'existence des régimes totalitaires, est centrée autour d'un personnage qui n'est pas tellement le "futur gouvernant", mais le "perpétuel dissident" - je veux dire celui qui est en désaccord global avec le système dans lequel il vit, qui exprime ce désaccord avec les moyens qui sont à sa disposition et qui est poursuivi de ce fait ; elle n'est donc plus centrée sur le droit à prendre le pouvoir mais sur le droit à vivre, à être libre, à partir, à n'être pas persécuté - bref, sur la légitime défense à l'égard des gouvernements ». L'assimilation du délinquant politique au réfugié, est redoutable et exclut d'emblée le terroriste de son périmètre. Comme le montre Foucault, elle modifie fondamentalement l'essence de la « délinquance » politique, en la faisant évoluer de l'acte d'opposition à un régime politique, quel qu'il soit, (l'acte du révolutionnaire) vers un acte de persécution subi par un individu qui s'oppose à un régime totalitaire (l'activité de l'opposant). Cette mutation n'est, cependant, pas rédhitoire dès lors qu'elle se concentre sur l'extradition ; en d'autres termes, elle ne concerne que la relation entre les États et non la définition nationale de l'infraction politique. Or, si la volonté de pouvoir extraditer les terroristes est pour une part importante à l'origine du refus de considérer l'acte terroriste comme une infraction politique - c'est la clause belge -, la dissociation ne se limite pas à cette situation. En effet, malgré cette évolution, le législateur n'a pas fait disparaître du code pénal les crimes politiques susceptibles d'être perpétrés par l'individu qui s'envisage comme « futur gouvernant ». Il est donc impossible de réduire le délinquant politique au réfugié potentiel - d'autant moins que la Convention de Genève contient une clause d'exclusion pour les auteurs d'infractions, sans distinction de nature⁶⁰.

17. L'argument tiré du mobile de l'infraction n'est donc pas susceptible de justifier l'exclusion du terrorisme du domaine des infractions politiques puisqu'il est fondé sur un présupposé erroné (le caractère romantique dudit mobile, que le législateur n'a jamais consacré) et qu'il apparaît à l'analyse qu'il n'est qu'un moyen d'habiller juridiquement la volonté des tenants des différentes formes de gouvernement qui se sont affrontés dans une période d'instabilité politique - le siècle des Révolutions - de s'accorder mutuellement un régime répressif de faveur et, après que la République s'est installée, la décision des gouvernants de réserver le privilège aux opposants pacifiques aux systèmes politiques qu'ils considèrent comme tyranniques.

Les juges l'ont bien compris et ont choisi, à partir de l'arrêt *Gorguloff*⁶¹ et, plus encore à partir de la fin des années 1970⁶², de lui substituer une autre justification tirée de la gravité des faits perpétrés. Le principal mérite de ce nouveau fondement est d'avoir permis l'unification des jurisprudences judiciaire et administrative qui, auparavant, déterminaient le caractère politique d'une infraction respectivement à partir d'un critère objectif, s'agissant du juge judiciaire, et subjectif, s'agissant du juge administratif⁶³. Le critère est désormais identique : la gravité du comportement.

Il n'en constitue pas moins la *deuxième aporie*.

2. Terrorisme et gravité

⁶⁰ Art. 1Fb, Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés; art. L.711-3, L.711-4, L.712-2 et L.712-3 CESEDA.

⁶¹ Cass. crim. 20 août 1932, *DP* 1932, p. 212, concl. Matter.

⁶² CE Ass, 7 juillet 1978, *Croissant*, n°10079 ; CE, 14 décembre 2005, n°275185.

⁶³ G. Grécourt, *loc. cit.*, p. 8-9.

18. Suggéré par le législateur⁶⁴ et consacré par la jurisprudence, l'argument tiré de la gravité des faits afin de justifier de l'exclusion du terrorisme du domaine de l'infraction politique ne résiste pas davantage à l'analyse.

Dès le début des années 1980, R. Koering-Joulin met en évidence les limites de ce raisonnement. Elle s'interroge ainsi : « Que recouvre exactement cette “extrême gravité” librement appréciée par les [juges] ? A partir de quel seuil une violence à personne cesse-t-elle d'être bénigne pour devenir grave, voire même extrêmement grave ? La réponse, est-il besoin de le préciser, n'est pas évidente ; une seule certitude s'impose : les magistrats se montrent de plus en plus rigoureux aux terroristes en abaissant le seuil de cette gravité. Que penser de ce critère de gravité ? Qu'il satisfait l'instinct mais heurte la raison : la violence d'un comportement et de façon plus générale la gravité d'un acte commis ne saurait être le critère convaincant de son appartenance ou de sa non-appartenance à la criminalité politique »⁶⁵. Elle précise sa pensée quelques années plus tard : « Cette motivation [le refus de faire bénéficier les terroristes de l'exception politique à l'extradition à raison de la gravité des faits perpétrés] appelle deux observations : tout d'abord, on rappellera que les atteintes à la sécurité de l'État recouvrent des infractions si graves qu'elles obéissent généralement à une qualification criminelle ; en conséquence, invoquer la gravité même de ces faits pour leur dénier la nature d'atteintes objectivement politiques tient du raisonnement par l'absurde. Ensuite, on remarquera que faisant d'une pierre... trois coups, les conseillers réussissent le tour de force d'utiliser à trois reprises un seul et même argument, celui de la gravité des actes : pour éliminer le but politique de la demande, pour rejeter les mobiles politiques des individus, pour écarter la nature politique de leur action. [...] Plutôt que ce “raisonnement en rond” autour du critère exclusif de l'extrême gravité, l'on aurait préféré [...] trouver dans l'arrêt la démonstration véritable qu'en l'espèce il n'y avait pas atteinte à la sûreté de l'État espagnol. En effet, le jour où il sera argué devant les magistrats d'une atteinte incontestable aux intérêts de l'État, que feront-ils ? »⁶⁶. Elle révèle aussi la faiblesse structurelle originelle de l'argument en rappelant que « mettre en avant le degré de gravité du terrorisme est depuis longtemps une technique éprouvée d'analyse de ce dernier. La Convention de Strasbourg la met à profit en affirmant que la gravité de l'infraction dénature sa finalité ; ce faisant, elle témoigne de son propre échec. Le texte avait en effet été suscité dès 1973 pour aboutir à une définition commune de l'infraction politique face au terrorisme ; dans l'incapacité d'y parvenir, l'on se contente d'un succédané à savoir l'affirmation d'un seuil minimal de gravité : au cas où un État se refuse à “dépolitiser”, il doit “prendre dûment en considération lors de l'évaluation du caractère de l'infraction, son caractère de particulière gravité” »⁶⁷.

19. Cela n'a toutefois pas empêché le législateur d'entériner ce critère dans la définition de l'acte de terrorisme qui doit « troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur »⁶⁸. Cette finalité de l'acte - susciter l'intimidation ou la terreur -, « critère qualifiant » du terrorisme⁶⁹, serait d'une gravité telle qu'elle permettrait de le distinguer à la fois du crime de droit commun⁷⁰ et de l'infraction politique⁷¹. Cependant, ce critère n'est pas plus performant dans la loi que dans la jurisprudence.

⁶⁴ Ainsi, aux termes de l'article 313 du code pénal ancien, le législateur avait exclu du champ des infractions politiques, les meurtres, empoisonnements, menaces ou violences volontaires en prévoyant que ces derniers, « s'ils sont commis en réunion séditieuse, avec rébellion ou pillage, sont imputables aux chefs, auteurs, instigateurs et provocateurs de ces réunions, rébellions ou pillages, qui seront punis comme coupables de ces crimes ou de ces délits, et condamnés aux mêmes peines que ceux qui les auront personnellement commis » (cf. E. Verny, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, t. 37, 2002, p.336).

⁶⁵ R. Koering-Joulin, *loc. cit.*, 1982

⁶⁶ R. Koering-Joulin, *loc. cit.*, 1985 p. 174.

⁶⁷ R. Koering-Joulin et H. Labayle, « Dix ans après... De la signature (1977) à la ratification de la Convention européenne pour la répression du terrorisme », *JCP*, G, I, 1988, 3349.

⁶⁸ Loi du 9 septembre 1986, précitée, et art. 421-1 CP.

⁶⁹ A. Gogorza et M. Lacaze, « Le terrorisme, une catégorie juridique », in *Les politiques criminelles antiterroristes en Europe*, Colloques de l'ISCSJ, 2017, n°1, p. 8 ; cf. aussi, J. Alix, thèse précitée, n°32.

⁷⁰ C. Le Roux, *op. cit.*, p. 62.

⁷¹ J. Alix, thèse précitée, n°50.

Ainsi, E. Verny rappelle que, s'agissant des infractions de complot et d'attentat, et dès lors que le législateur impose que ces actes mettent « en péril les institutions de la République ou [portent] atteinte à l'intégrité du territoire national », la jurisprudence a exclu que de telles qualifications s'appliquent aux simples écrits ou discours⁷². De même, comme le relève C. Roux, « dépolitiser des infractions terroristes sous prétexte de leur gravité revient à considérer que les infractions purement politiques ne présentent pas une telle caractéristique. Une telle considération serait toutefois erronée, ce dont témoigne notamment l'infraction d'attentat [...]. L'idée de violence est clairement exprimée, et le fait que ces actes puissent être de nature à mettre en péril la République implique nécessairement un certain degré de gravité »⁷³. Or, force est de remarquer que, s'agissant du terrorisme, ni le législateur ni les juges n'exigent au titre des éléments constitutifs de l'infraction que les actes perpétrés soient de nature à « mettre en péril les institutions de la République ou porter atteinte à l'intégrité du territoire national ». En d'autres termes, les menées révolutionnaires, les violences séditeuses ou la trahison, qui mettent en péril la République ou son intégrité territoriale sont des infractions politiques mais le terrorisme, dont nul ne peut contester que ses manifestations n'accèdent pas - dans leur matérialité⁷⁴ - à un degré susceptible de constituer une telle menace, serait d'une gravité telle qu'elle justifierait son exclusion du domaine des infractions politiques. A nouveau, la logique échappe.

20. En outre, ce critère de gravité ne semble s'appliquer qu'à la violence physique et non à la violence intellectuelle/morale⁷⁵. Or, outre qu'il suffit de relire Shakespeare pour comprendre que la trahison peut susciter une terreur supérieure à celle de l'acte de guerre⁷⁶, la cohérence du législateur échappe à nouveau puisque, depuis l'entrée en vigueur de l'article 222-14-3 du code pénal, il semble postuler, à l'égard des personnes qui en sont victimes, l'équivalence de gravité des violences physiques et psychiques. A l'inverse, l'abaissement du seuil de répression du terrorisme ouvre cette qualification à des comportements qui n'apparaissent pas, objectivement et subjectivement, caractérisés par leur gravité. Leur exclusion de la catégorie d'infraction politique relève alors, davantage encore, de l'argument d'autorité contredit par les faits⁷⁷.

Considérant la faiblesse des justifications apportées par le mobile de l'acte ou sa gravité, l'exclusion du terrorisme du champ des infractions politiques est aujourd'hui rapportée à la personnalité du délinquant, qui aurait choisi délibérément de se comporter en ennemi et plus en criminel, s'excluant en quelque sorte lui-même de la protection du droit pénal et, donc, du régime de faveur attaché à l'infraction politique.

⁷² E. Verny, *op. cit.*, p.339 et renvoi à Cass. crim. 26 avril 1817, *Bull. crim.* n°33

⁷³ C. Le Roux, *op. cit.*, p. 67. Reste que les juges pourraient contourner la difficulté en appliquant aux faits d'attentat la qualification prévue à l'article 421-1 du code pénal plutôt que celle prévue à l'article 412-1 du code pénal. Cette hypothèse n'est pas d'école puisque, alors même que le gouvernement, en réponse aux accusations formulées par la Haut-Commissaire aux droits de l'homme de l'ONU, qui invoquait un « usage violent et excessif de la force », a justifié le niveau de brutalité du maintien de l'ordre lors du mouvement dit des « gilets jaunes » par le fait qu'il s'agissait de faits d'« attroupement » (cf. N. Chapis, « Violences policières: la France se défend contre l'ONU », *Le Monde*, 25 avril 2019, p. 13) - donc une infraction politique -, les parquets ont systématiquement retenu des qualifications de droit commun pour poursuivre les auteurs d'actes de violence interpellés à cette occasion. Cette pratique est cependant peu satisfaisante au regard des exigences de la légalité criminelle.

⁷⁴ Évidemment, l'analyse peut être différente si l'on se concentre sur l'effet produit par le terrorisme sur les institutions et les réactions qu'il suscite de la part de l'autorité publique. A ce titre, d'aucuns pourraient considérer que le terrorisme menace effectivement les institutions de la République dans leur intégrité... C'est, au demeurant, le raisonnement condamné par Lord Hoffmann (in HL, *A and others v Secretary of State for the Home Department* [2004]; cf. *infra*).

⁷⁵ Ainsi, la trahison est un crime politique (art. 411-4 *et seq.* CP).

⁷⁶ Surtout lorsque ledit acte de « guerre » est perpétré par les membres d'un groupe qui ne dispose aucunement des moyens de mettre en péril l'État.

⁷⁷ Cf. pour l'illustrer, la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, quelle que soit la gravité intrinsèque des comportements considérés, estime que la « gravité » résulte nécessairement du lien qu'ils entretiennent avec une infraction terroriste pour considérer que la répression décidée par le législateur n'est pas « manifestement disproportionnée » au regard des principes consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. V., par exemple, Cons. Const., 23 septembre 2016, déc. n°2016-567/568 QPC ; 7 avril 2017, déc. n°2017-625 QPC et 18 mai 2018, déc. n°2018-706 QPC.

3. Terrorisme et ennemi

21. M. Brenaut explicite cette nouvelle conception. Afin de refonder la catégorie « infraction politique », l'auteur propose de recourir à la distinction opérée par J. Freund entre *adversaire* et *ennemi*. Il rappelle ainsi que celui-ci définit le politique « à partir de trois présupposés, sous la forme de trois relations : d'abord, la relation de commandement à obéissance ; ensuite, pour définir "spécifiquement la sphère du commandement et de l'obéissance politiques", la distinction du privé et du public » mais que « c'est un troisième critère qui, adjoint aux deux premiers, va signer la particularité irréductible du politique : la distinction entre l'ami et l'ennemi ». M. Brenaut estime alors que, « au cœur de la notion de politique, la notion d'ennemi devrait donc être au cœur de la notion d'infraction politique. A première vue, c'est le cas : le traître qui complot, qui entretient des relations d'intelligence avec un État étranger, qui livre des informations à une puissance étrangère, celui-là est un ennemi au sens classique, "extérieur" du terme... ou plus précisément l'ennemi de l'intérieur, si l'on veut, mais tourné vers l'extérieur, vers l'État étranger qui pourrait entrer en guerre. Mais à la vérité cela n'épuise pas la notion d'ennemi. L'ennemi de l'intérieur n'a pas toujours besoin d'une puissance étrangère pour orienter son idéologie contre la nation française ou contre l'État français. Il faut, pour bien comprendre cela, reprendre une distinction opérée par Freund, toujours lui, entre ennemi et adversaire. Freund définit l'État comme "l'unité politique qui n'a que des ennemis extérieurs et qui ne tolère à l'intérieur que des adversaires, c'est-à-dire des antagonismes de groupements qui peuvent être en désaccord sur la politique générale du gouvernement existant et constituer une opposition 'légal' sans mettre en question l'existence de l'unité politique en tant que souveraineté absolue dans des frontières nettement délimitées" ». Or, cette distinction est « une distinction de degré qui fait que la frontière n'est pas imperméable mais évolutive et progressive entre adversaire et ennemi. La détermination de cette frontière est indexée sur la peur absolue de la guerre civile [...] ; là où l'adversaire est respectable, en revanche l'ennemi mérite une véritable guerre car il concurrence directement l'État dans son emploi de la violence politique. Sur cette violence, l'État veut garder le monopole de la légitimité, que lui dispute l'ennemi en lui déniait ladite légitimité. Ainsi, en théorie, l'infraction politique devrait pouvoir exprimer l'acte répréhensible de l'ennemi qui entend concurrencer l'État dans l'usage d'une violence légitime »⁷⁸. Ainsi, au regard du droit positif, le délinquant qui se voit reconnaître le bénéfice du régime favorable attaché à l'infraction politique par le législateur (qui le punit d'une peine de détention criminelle) ou par le juge (qui qualifie d'infraction politique le délit qu'il a perpétré) serait un adversaire tandis que le délinquant, animé d'un mobile politique, mais dont le comportement se voit exclu du domaine de l'infraction politique, serait un ennemi⁷⁹. Le terrorisme étant puni, quelle que soit la nature de l'acte qualifié comme tel, de peines de réclusion et les juges n'ayant jamais considéré aucun des délits prévus aux articles 421-1 et suivants du code pénal comme une infraction politique, le terroriste serait alors l'incarnation de l'ennemi.

Mais l'épuisement de ce raisonnement, apparemment séduisant, fait apparaître ses limites.

22. Il faut, à titre liminaire, souligner la réticence que suscite la notion d'ennemi intérieur, qui se rattache elle-même à une doctrine politique qui n'est pas neutre⁸⁰. Retenons, cependant, comme le fait M. Brenaut, la dichotomie criminel-adversaire/criminel-ennemi. Admettons, ensuite, le critère discriminant qui, parmi les actions, *y compris violentes*, dirigées contre l'État, permet de distinguer celles imputables à un adversaire et celles qui caractérisent l'ennemi : par référence à Freund, il réside dans la menace de la guerre civile. Ainsi, ce qui distinguerait fondamentalement le criminel-adversaire du criminel-ennemi serait, non pas le recours à l'illégalisme, mais l'accomplissement d'actes qui tendent à provoquer, ou qui relèvent, de la guerre civile. Il est, alors, possible de considérer qu'en déclarant la « guerre au terrorisme » à la suite des attentats du 13 novembre 2015, l'État **n'aurait fait** qu'entériner la volonté des terroristes de provoquer la

⁷⁸ M. Brenaut, *loc. cit.*, §17-21.

⁷⁹ *Ibid.* §25-27.

⁸⁰ M. Rigouste, *L'ennemi intérieur. La généalogie coloniale et militaire de l'ordre sécuritaire dans la France contemporaine*, La Découverte, coll. « Cahiers libres », 2009.

guerre civile - ce qui ne ferait que conforter la pertinence de l'analyse inspirée par Freund⁸¹ - et, en convoquant ainsi « l'ennemi », aurait répondu à la demande sociale de protection contre l'incarnation honnie de la violence et de la discorde.

23. Cependant, cinq objections peuvent être avancées.

La première est étiologique. P. W. Kahn⁸² souligne que, « dans la distinction entre criminel et ennemi, c'est l'imaginaire politique moderne dans ses éléments les plus basiques qui est en jeu : la souveraineté et la loi. L'ennemi menace la souveraineté ; le criminel viole la loi »⁸³. Pour admettre qu'il ressortit à la catégorie « ennemi », il faudrait donc auparavant établir que le terroriste menace la souveraineté. Or, tel n'est pas le cas pour deux raisons. D'abord, parce que, comme l'a souligné Lord Hoffmann pour invalider certaines dispositions du *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*⁸⁴, « *the question is whether such a threat [le terrorisme] is a threat to the life of the nation. The Attorney General's submissions and the judgment of the Special Immigration Appeals Commission treated a threat of serious physical damage and loss of life as necessarily involving a threat to the life of the nation. But in my opinion this shows a misunderstanding of what is meant by "threatening the life of the nation". Of course the government has a duty to protect the lives and property of its citizens. But that is a duty which it owes all the time and which it must discharge without destroying our constitutional freedoms. There may be some nations too fragile or fissiparous to withstand a serious act of violence. But that is not the case in the United Kingdom. When Milton urged the government of his day not to censor the press even in time of civil war, he said: "Lords and Commons of England, consider what nation it is whereof ye are, and whereof ye are the governours". This is a nation which has been tested in adversity, which has survived physical destruction and catastrophic loss of life. I do not underestimate the ability of fanatical groups of terrorists to kill and destroy, but they do not threaten the life of the nation. Whether we would survive Hitler hung in the balance, but there is no doubt that we shall survive Al-Qaeda. [...]. Terrorist violence, serious as it is, does not threaten our institutions of government or our existence as a civil community. For these reasons I think that the Special Immigration Appeals Commission made an error of law and that the appeal ought to be allowed. [...]. In my opinion, such a power in any form is not compatible with our constitution. The real threat to the life of the nation, in the sense of a people living in accordance with its traditional laws and political values, comes not from terrorism but from laws such as these. That is the true measure of what terrorism may achieve. It is for Parliament to decide whether to give the terrorists such a victory* »⁸⁵. En d'autres termes, le terrorisme ne menace la souveraineté qu'autant qu'il affecte psychologiquement le législateur⁸⁶ au point de le conduire à se départir de la Raison et des exigences de l'État de droit ; de sorte qu'admettre que l'autorité publique qualifie le terroriste d'ennemi, c'est admettre

⁸¹ Chacun connaît l'échange intervenu durant la soutenance de thèse de J. Freund, entre l'impétrant et J. Hippolyte, tel que P.-A. Taguieff l'a rapporté dans son ouvrage (*Julien Freund : Au cœur du politique*, La table ronde, coll. Contretemps, 2008). A la mise en cause de la distinction ami/ennemi par J. Hippolyte, J. Freund aurait répondu: « Écoutez, Monsieur Hippolyte, vous avez dit [...] que vous aviez commis une erreur à propos de Kelsen. Je crois que vous êtes en train de commettre une autre erreur, car vous pensez que c'est vous qui désignez l'ennemi, comme tous les pacifistes. Du moment que nous ne voulons pas d'ennemis, nous n'en aurons pas, raisonnez-vous. Or c'est l'ennemi qui vous désigne. Et s'il veut que vous soyez son ennemi, vous pouvez lui faire les plus belles protestations d'amitiés. Du moment qu'il veut que vous soyez son ennemi, vous l'êtes ». Cf. aussi D. Linhardt. « L'État et ses épreuves : éléments d'une sociologie des agencements étatiques », 2008. halshs-00258138v2, p.13-14: « "Ennemis d'État" : l'expression a rapidement qualifié les membres des groupes armés clandestins et leurs "sympathisants". Elle a d'abord été utilisée par la presse conservatrice, inquiète des développements sur le front du militantisme radical. Elle a été reprise ensuite par les représentants de l'État, hommes politiques, policiers ou juges. Elle servait à stigmatiser l'infamie des agissements des "terroristes". De manière plus étonnante, elle a également été reprise par les membres des groupes armés eux-mêmes qui, pour leur part, la valorisaient puisqu'elle permettait de faire valoir qu'ils ont réussi à se constituer en une authentique menace. La satisfaction avec laquelle les membres des groupes armés se sont réappropriés l'appellation montre que le fait d'être désigné par l'État comme son ennemi est loin d'aller de soi. Il s'agit au contraire d'un succès, dû à une forme de virtuosité militante. Cette performance implique à son tour un préalable : elle suppose que l'État ait lui-même d'abord été constitué en ennemi ».

⁸² P. W. Kahn, « Criminels, ennemis et imaginaire de la violence », *Arch. phil. droit* 53(2010).

⁸³ P.64.

⁸⁴ C. 24.

⁸⁵ HL, *A and others v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56, §.95-97.

⁸⁶ R. Aron, *Paix et guerre entre les nations*, Gallimard, 1962, p.176.

qu'elle se prévale de sa propre turpitude. Et ce d'autant plus que, comme l'a montré R. English⁸⁷, la confrontation des démocraties aux terroristes n'offre au mieux à ces derniers qu'un « *tactical success* », consistant principalement dans la réaction sécuritaire, révélant la nature de l'État, qu'ils ont souhaité susciter, mais jamais historiquement une « *strategic victory* », c'est-à-dire la réalisation de leurs objectifs. En conséquence, faute de pouvoir établir que le terroriste menace effectivement la souveraineté, il ne peut être qualifié d'« ennemi » et reste un criminel « ordinaire », c'est-à-dire un individu qui viole la loi.

La deuxième est sémiologique. Permettre à l'autorité publique de qualifier le terroriste d'ennemi, c'est aussi - et, peut-être, surtout - l'autoriser à se placer dans une posture héroïque qui lui permettra à terme de poser en vainqueur. Ainsi, le terrorisme, comme tout phénomène criminel, est cyclique et la perspective historique établit qu'il frappe régulièrement⁸⁸, de sorte que, à l'instar des autres formes de criminalité, l'État, du fait de sa permanence, n'en vient jamais à bout; en revanche, lorsque le gouvernement décrète la « guerre au terrorisme » et institue le terroriste en ennemi, il ramène le phénomène dans les limites temporelles de l'épisode (la « vague d'attentats ») et s'offre ainsi - ou, au pire, offre à son successeur - la possibilité de se considérer comme triomphateur. Même en admettant l'effet bénéfique d'une telle posture en termes socio-politiques, elle ne suffit pas à justifier l'exclusion du terrorisme du champ de l'infraction politique. Car, si le discours de la guerre et de l'ennemi prévaut dans la communication politique, il n'en demeure pas moins qu'à l'intérieur des frontières nationales, le terroriste est réprimé au moyen du droit pénal et non par les moyens guerriers de l'État. Dès lors qu'*in fine*, l'ennemi redevient criminel, il n'y a pas de raison de l'exclure des catégories du droit pénal - donc de l'infraction politique - lorsque son comportement en relève évidemment.

La troisième objection est logique. En effet, si, selon la formule de Clausewitz, « la guerre n'est qu'une simple continuation de la politique par d'autres moyens »⁸⁹, décider la bellicisation de la lutte contre le terrorisme revient, pour l'État, à reconnaître que son rapport au terroriste est politique. Or, en choisissant de mener cette guerre par les moyens du droit pénal, l'État consacre, implicitement mais nécessairement, le terroriste comme délinquant politique. En d'autres termes, loin de résoudre l'aporie de l'exclusion du terrorisme du domaine de l'infraction politique, la « guerre contre le terrorisme » ne fait que la renforcer. Si l'on pousse le raisonnement, la distinction entre le criminel-adversaire et le criminel-ennemi renforce même l'absurdité de cette exclusion. En effet, tout raisonnement fondé sur la distinction criminel-adversaire, dont les actes sont susceptibles d'être qualifiés d'infraction politique, et criminel-ennemi, dont les actes relèvent du droit commun, voire d'un régime dérogatoire plus sévère, est stérile puisqu'il néglige qu'il appartient au titulaire du pouvoir législatif, éventuellement avec l'aide de l'autorité judiciaire, de définir ce qui relève d'une catégorie ou d'une autre. Ainsi, postuler cette dichotomie revient à admettre à terme la disparition de l'infraction politique, à mesure que le législateur, non sans raison, estimera que les actes de complot, de trahison, d'attentat s'inscrivent dans une logique de guerre civile; ce faisant, il en viendra à considérer, comme en matière de lutte contre le terrorisme, que les actes préparatoires qui se rapportent à ces infractions - les discours séditieux et, donc, à terme, les infractions de presse, ou les actes insurrectionnels ou émeutiers qui portent en germe une telle dérive - doivent aussi être considérés comme la manifestation d'une criminalité d'ennemi⁹⁰. Cela conduira à l'anéantissement de la catégorie « adversaire » pour ne plus retenir que celle d'« ennemi », siphonnant ainsi la notion même d'infraction politique et, ce faisant, l'autorité publique ne fera qu'étendre à l'ensemble des infractions politiques la contradiction fondamentale qui sous-tend l'exclusion du terrorisme du champ de l'infraction politique, à savoir l'exclusion contre l'évidence et par l'argument d'autorité de comportements essentiellement politiques du champ de l'infraction politique. Ne resterait alors, pour retrouver une cohérence, que la solution de faire disparaître la notion même d'infraction politique du droit pénal - bref, de « casser le thermomètre ».

⁸⁷ R. English, *Does Terrorism Work?*, Oxford University Press, 2016.

⁸⁸ G. Ferragu, *Histoire du terrorisme*, Perrin, 2014.

⁸⁹ K. von Clausewitz, *De la guerre*, Minuit, 1955, p.67; cf. aussi E. Weil, « Guerre et politique selon Clausewitz », *RFSP*, 2/1955, p.291-314.

⁹⁰ Par exemple, le transfert de l'apologie du terrorisme, de la loi de 1881 sur la presse vers le code pénal, opéré par la loi du 13 novembre 2014.

La quatrième est juridique et prolonge l'objection logique. Aux termes de l'article 412-1 du code pénal, l'attentat se définit comme « le fait de commettre un ou plusieurs actes de violence de nature à mettre en péril les institutions de la République ou à porter atteinte à l'intégrité du territoire national » tandis que l'article 412-2 dispose: « constitue un complot la résolution arrêtée entre plusieurs personnes de commettre un attentat » ; enfin, l'article 412-3 prévoit que « constitue un mouvement insurrectionnel toute violence collective de nature à mettre en péril les institutions de la République ou à porter atteinte à l'intégrité du territoire national ». Nul ne conteste que ces trois crimes relèvent de la catégorie des infractions politiques. Or, si l'on considère les comportements prohibés, il est tout aussi incontestable qu'ils constituent intrinsèquement ceux perpétrés durant une guerre civile. En revanche, les infractions définies aux articles 421-1 et suivants du code pénal suscitent la terreur au sein de la population ou du gouvernement mais, et l'histoire le confirme, ils ne sont pas susceptibles de lever l'une contre l'autre deux fractions du corps social⁹¹. L'étude des textes d'incrimination anéantit donc l'argument qui voudrait que le terrorisme soit exclu du bénéfice du domaine de l'infraction politique car il s'est constitué en ennemi, en acteur de la guerre civile, puisque, précisément, les textes prévoient que ceux qui fomentent ou prennent part à des actes de guerre civile sont des délinquants politiques, tandis que le terroriste, dont les actes sont insusceptibles de produire ce résultat, est exclu du bénéfice de ce régime.

La dernière objection relève de la politique criminelle. Pour combattre le terrorisme, l'État a effectivement déployé un droit pénal de l'ennemi⁹² - ce qui conforte *a priori* l'analyse proposée par M. Brenaut. Il faut alors envisager ce qu'implique la rhétorique du « criminel-ennemi » et, donc, exposer son fondement théorique. Selon G. Jakobs⁹³, le droit de l'ennemi est rendu juridiquement possible par la *dépersonnalisation* du délinquant et son caractère dérogoire au droit commun n'est que la conséquence de celle-ci, qui le justifie. En d'autres termes, le caractère dérogoire du droit pénal de l'ennemi est justifié par la déloyauté du criminel, qui ayant consommé par son acte une rupture irrémédiable avec la communauté politique à laquelle il appartient, n'est plus fondé à revendiquer les droits attachés à la qualité de citoyen⁹⁴. Ainsi, pour ce qui intéresse cette étude, le citoyen devenu ennemi ne peut plus prétendre revendiquer le bénéfice du régime juridique de faveur appliqué à l'infraction politique. Au contraire, cet état particulier du délinquant conditionne sa soumission à un régime juridique d'exception défavorable. Même si, pour des raisons évidentes, G. Jakobs ne l'évoque jamais, le fondement théorique de la *dépersonnalisation* n'est pas anodin puisqu'il trouve sa source dans la pensée de Carl Schmitt. De manière particulièrement intéressante au regard de cette étude, ce dernier distingue « la guerre », comme « une lutte armée entre unités politiques organisées », de la « guerre civile » qui est une « lutte armée au sein d'une unité politique »⁹⁵. Confronté à l'une ou l'autre, l'État est légitime à déployer les moyens nécessaires à la protection de la sécurité - c'est-à-dire la préservation de l'unité politique - dans l'espace physique sur lequel il exerce sa souveraineté, contre les « ennemis » qu'il a identifiés. Pour ce faire, l'État, qui dispose de la souveraineté - c'est-à-dire la compétence de « celui qui décide de la situation exceptionnelle » -, peut recourir à toute forme d'action qu'il juge nécessaire, y compris celles qui seraient considérées comme illégales dans un contexte pacifié⁹⁶. Au début des années 1960, Schmitt affine sa pensée en développant

⁹¹ La vague d'attentats perpétrés en France entre 2012 et aujourd'hui le confirme. Alors que certains terroristes ne dissimulent pas chercher à susciter des réactions contre les musulmans, si les autorités publiques ne sont pas irréprochables sur ce point, la population l'a été et les quelques militants d'extrême-droite qui ont projeté des actes de vengeance attendent aujourd'hui leur procès en prison.

⁹² O. Cahn, « “Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre” - Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi », *Arch. pol. crim.*, n°38 *Terrorismes*, 2016, p. 91-121 ; C. Lazerges et H. Henrion-Stoffel, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC*, 3/2016, p. 649 à 662 ; J. Alix et O. Cahn (dir.), *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires Actes, 2017.

⁹³ G. Jakobs, « Aux limites de l'orientation par le droit: le droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 1/2009, dossier « Droit pénal de l'ennemi - Droit pénal de l'inhumain », p.7-18.

⁹⁴ J.-J. Urvoas, garde des Sceaux : « La déchéance n'est pas un symbole. C'est un principe par lequel le juge va acter une déchirure définitive. » (Interview, *Le Parisien*, 4 février 2016).

⁹⁵ C. Schmitt, *La notion de politique*, Flammarion, coll. Champs, 1992, p. 70-73.

⁹⁶ C. Schmitt, *Théologie politique*, Gallimard, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », 1988.

la *théorie du partisan*, dans laquelle il distingue « l'ennemi réel » de « l'ennemi absolu »⁹⁷. Le partisan est le combattant qui pratique la « guerre irrégulière » et qui remet en cause l'œuvre de « l'humanité européenne » qui, jusqu'à son apparition, « en mettant des bornes à la guerre, [...] avait réussi une chose rare : elle avait renoncé à criminaliser son adversaire dans une guerre, elle avait relativisé l'hostilité et nié l'hostilité absolue »⁹⁸. Le partisan devient un « ennemi absolu » lorsqu'il se revendique d'une « hostilité absolue »⁹⁹, c'est-à-dire qu'il n'agit plus de manière défensive mais offensive, au nom d'une mécanique totalitaire¹⁰⁰. L'État attaqué va alors pouvoir façonner son « ennemi absolu » contre lequel il pourra légitimement déployer les « moyens de destruction dont il dispose » sans apparaître « absolument inhumain »¹⁰¹. Rapporté au droit pénal national, cet « ennemi absolu », qui légitime le déchaînement de la contrainte étatique, c'est le terroriste, qui à raison de son idéologie, commet des actes d'une « hostilité absolue » envers les fondements mêmes du Contrat social et rend ainsi l'État légitime à se départir des contraintes de l'état de paix - celles d'un état de droit libéral - pour lui opposer les moyens jugés nécessaires à la préservation de l'unité politique. Il apparaît alors clairement que cette justification n'est pas seulement, comme les précédentes, aporétique mais qu'elle traduit aussi une dérive des autorités publiques hors des contraintes de l'État de droit. Outre le fondement schmittien, difficilement admissible dans une démocratie libérale, cette définition du terroriste comme un criminel-ennemi autorise, comme l'affirme C. Schmitt, le législateur à déployer la répression en s'affranchissant des contraintes ordinaires; c'est précisément ce qu'il fait aujourd'hui en France, la lutte contre le terrorisme justifiant, avec l'aval du Conseil constitutionnel et le soutien des juges administratifs et judiciaires, le renoncement progressif aux principes du droit pénal libéral¹⁰². En d'autres termes, qualifier un criminel d'ennemi revient, pour une démocratie, à admettre qu'elle renonce à être libérale. **La signification de l'invocation par l'État du risque de guerre civile peut alors être appréhendée. Outre l'inscription du *Léviathan* de Hobbes dans l'inconscient politique moderne, Tocqueville a exposé la menace de dévoiement qu'elle fait peser sur la démocratie libérale. Après avoir relevé que: « Tous les génies guerriers aiment la centralisation, qui accroît leurs forces, et tous les génies centralisateurs aiment la guerre, qui oblige les nations à resserrer dans les mains de l'État tous les pouvoirs. Ainsi, la tendance démocratique qui porte les hommes à multiplier sans cesse les privilèges de l'État et à restreindre les droits des particuliers est bien plus rapide et plus continue chez les peuples démocratiques, sujet par leur position à de grandes et fréquentes guerres, et dont l'existence peut souvent être mise en péril », il soulignait: « J'ai dit comment la crainte du désordre et l'amour du bien-être portaient insensiblement les peuples démocratiques à augmenter les attributions du gouvernement central, seul pouvoir qui leur paraisse de lui-même assez fort, assez intelligent, assez stable pour les protéger contre l'anarchie. J'ai à peine besoin d'ajouter que toutes les circonstances particulières qui tendent à rendre l'état d'une société démocratique troublé et précaire augmentent cet instinct général et portent, de plus en plus, les particuliers à sacrifier à leur tranquillité leurs droits. [...] Le goût de la tranquillité publique devient alors une passion aveugle, et les citoyens sont sujets à s'éprendre d'un amour très désordonné pour l'ordre »¹⁰³. Comme l'a montré J.-C. Caron, dénuée de définition philosophique,**

⁹⁷ C. Schmitt, *La notion de politique. Théorie du partisan*, Flammarion, coll. Champs, 2009, p.205-305.

⁹⁸ *Ibid.*, p.300.

⁹⁹ *Ibid.*, p.303.

¹⁰⁰ P. Hassner, *La revanche des passions. Métamorphoses de la violence et crise du politique*, Fayard, 2015, p.262 *et seq.*, à propos de la formule utilisée par C. Schmitt en 1937 : « Ennemi total, guerre totale, État total ».

¹⁰¹ D. Taieb, *Droit pénal et terrorisme : le cas des djihadistes français arrêtés à l'étranger*, mémoire de M1 Droit privé et sciences criminelles (S. Lavric dir.), Université de Lorraine, 2018, particulièrement, p.36-38.

¹⁰² Déjà en 1978, Y. Michaud évoque le « terrorisme de l'État » qu'il caractérise de la manière suivante : « Le fait décisif aujourd'hui est que l'État tend à utiliser toutes les ressources positives de la légalité et à se libérer des limitations corrélatives. En ce sens, on assiste à une curieuse synthèse entre loi et déchaînement de la violence. Ce mouvement se dessine avec l'usage discriminatoire de la loi selon les délinquants en cause [...]. Les tribunaux d'exception [...] vont dans le même sens. Plus gravement, les législations d'exception, lois martiales, états de siège ou d'urgence inaugurent cette fois un processus de délégalisation de la vie sociale en suspendant les garanties d'application de la loi commune lorsque la légalité devient un obstacle à la violence de la répression » (Y. Michaud, *Violence et politique*, Gallimard, coll. NRF Essais, 1978, p.172). Illustrant son propos essentiellement par des exemples puisés dans des dictatures étrangères, l'auteur intégrant néanmoins celui de la Cour de sûreté de l'État (p.174).

¹⁰³ A. de Tocqueville, *Le despotisme démocratique*, 2^e éd., L'Herne, coll. Carnets, 2020, p.34-35

sociologique ou juridique, la guerre civile est un concept politique mobilisé, avec constance, par les gouvernements pour dénier la signification politique des actions violentes dirigées contre les institutions étatiques et les rapporter à leur seule illégalité et faire ainsi « l'économie d'une réflexion sur les causes de la discorde »¹⁰⁴. Ainsi, la qualification d'ennemi ne peut être retenue pour ce seul fait que son emploi légitime, en soi, une répression déshumanisée et neutralisante. Les évolutions contemporaines de l'antiterrorisme français confirment cette présupposition et doivent conduire à réfuter la qualification même du terroriste en *ennemi* pour revenir au postulat essentiel de E. Zaffaroni: « Dans un État de droit, il n'y a que des délinquants »¹⁰⁵.

24. Avec M. Massé, il faut alors conclure que, si aucun critère ne permet de justifier l'exclusion du terrorisme de l'infraction politique, c'est à raison du « caractère politique des infractions terroristes : politique est la "cible", le ou les gouvernements que l'on entend intimider ; politique est la motivation des auteurs d'attentats ; politique, par nature, sont les États qui les commanditent ou les soutiennent. Comparé aux autres formes de criminalité dite organisée ou en réseau (trafic de stupéfiants ou d'êtres humains, blanchiment...), le terrorisme se singularise par deux traits : l'affichage d'une violence maximale, que les autres cherchent au contraire à dissimuler, et sa dimension politique »¹⁰⁶.

25. L'examen des « critères » d'exclusion du terrorisme du domaine de l'infraction politique conduit alors, paradoxalement, à considérer que celle-ci est une notion fonctionnelle, voire instrumentale, au contenu « variable au gré des opportunités politiques »¹⁰⁷, c'est-à-dire structurée par l'arbitraire du Prince et du juge. La perspective historique appliquée aux justifications qui se sont succédé dans le temps conduit à constater que l'infraction politique est le produit de considérations *utilitaristes* - la crainte de se voir appliquer certaines sanctions radicales prévues par la loi pénale dans la période politiquement instable du siècle des Révolutions - et que cette catégorie n'a survécu que par un mélange, d'une part, de pusillanimité, consistant dans l'incapacité des gouvernants à affirmer l'anéantissement des justifications d'un régime de faveur pour les délinquants politiques après la consécration de la démocratie représentative républicaine comme forme de gouvernement et, d'autre part, de pragmatisme - pour ne pas dire de *realpolitik* -, consistant à se réserver la possibilité « légale » de refuser l'entraide répressive¹⁰⁸. Ainsi qu'il vient d'être démontré, l'exclusion du terrorisme du champ de l'infraction politique ne trouve d'autre justification que l'argument d'autorité puisque ni la prétendue noblesse du mobile des délinquants, ni la gravité des actes perpétrés, ni la qualification d'ennemi appliquée aux terroristes, ne résistent à l'analyse.

De surcroît, cette exclusion est aujourd'hui appuyée sur une *doxa* qui postule l'antinomie entre violence et politique dans une démocratie libérale, ce qui ne fait qu'ajouter à la faiblesse de ses justifications théoriques.

B. ... fondée sur une *doxa*

Bien que, dans la démocratie, le rapport entre politique et violence soit ambigu (1), les autorités françaises s'emploient, par un argument simpliste, à dénier tout caractère politique à la violence (2).

1. Ambiguïté du rapport entre violence et politique en démocratie

26. Déjà en 1921, W. Benjamin affirmait : « On peut de la sorte formuler une maxime générale de la législation européenne actuelle : sitôt qu'elles sont poursuivies avec un degré de violence plus ou moins grand, toutes les fins naturelles des individus doivent se heurter aux fins légales [...]. Il découle de cette

¹⁰⁴ J.-C. Caron, *Frères de sang. La guerre civile en France au XIX^e siècle*, Champ Vallon, 2009, p.5 et 34-35

¹⁰⁵ Titre d'un article paru à la *RSC*, 2009, p. 43.

¹⁰⁶ M. Massé, « La criminalité terroriste », *RSC*, 1/2012, p.92.

¹⁰⁷ M. Brenaut, *loc. cit.*, §.22.

¹⁰⁸ CE, 9 décembre 2016, *Abliazon*, précité, cons. 3.

maxime que le droit considère la violence entre les mains de l'individu comme un danger menaçant de saper l'ordre juridique [...]. On avancera qu'un système de fins légales ne saurait se maintenir si l'on autorise encore quelque part la poursuite par la violence de fins naturelles ». L'auteur précise cependant que « la fonction de la violence dans la fondation du droit est en effet double, en ce sens que *ce qu'elle institue comme droit, la fondation du droit cherche certes à l'atteindre comme sa fin par le moyen de la violence mais la violence n'abdique pas quand ce qu'elle visait est institué comme droit ; c'est bien plutôt à ce moment seulement qu'elle devient fondatrice de droit au sens strict, et ce d'une manière immédiate, en cela qu'elle institue comme droit une fin qui, sous le nom de pouvoir, n'est ni indépendante, ni délivrée de la violence mais lui demeure intimement et nécessairement liée. La fondation du droit est fondation du pouvoir et, dans cette mesure, un acte qui manifeste immédiatement la violence. La justice est le principe de toute instauration divine de fins ; le pouvoir, celui de toute fondation mythique du droit. [...]. Il apparaît ici très clairement que ce que toute violence fondatrice de droit doit garantir, c'est le pouvoir, bien davantage que la conquête de biens, si exubérants soient-ils ». Il conclut : « La critique de la violence est la philosophie de son histoire [...]. Une courte vue permet tout au plus d'apercevoir dans les configurations de la violence une oscillation dialectique entre violence fondatrice et violence conservatrice de droit. La loi de cette fluctuation repose sur le fait que, dans la durée, toute violence conservatrice affaiblit elle-même indirectement la violence fondatrice de droit qui est représentée en elle, par la répression des contre-violences hostiles. [...]. Cela dure jusqu'à ce que de nouvelles forces - ou celles qui avaient été réprimées auparavant - l'emportent sur la violence qui fondait jusqu'ici le droit et établissent ainsi un nouveau droit promis à un nouveau déclin. [...]. Mais si l'existence de la violence en tant que violence pure immédiate est aussi garantie au-delà du droit, cela démontre la possibilité de la violence révolutionnaire, dont le nom atteste la plus haute manifestation de la violence pure parmi les humains, et de quelle manière elle est possible »¹⁰⁹.*

Une perspective historique exprime également cette ambiguïté en permettant de constater que le progrès social n'intervient qu'au prix de luttes qui s'accompagnent de l'accomplissement d'actes de violence¹¹⁰. Il en va particulièrement ainsi de ce qui peut être considéré comme l'acmé de la confrontation politique : le changement de régime¹¹¹.

27. Toutefois, le caractère inéluctable de la coïncidence entre conquête politique et violence se trouve perturbé dans une démocratie libérale fondée sur l'État de droit - au sens de prééminence du droit - et la consécration des droits fondamentaux. Comme le relève C. Lefort, un tel régime induit « une mutation historique dans laquelle le pouvoir se trouve assigné à des limites et le droit pleinement reconnu dans son extériorité au pouvoir », ce qui permet de contester l'autorité publique et de la contraindre à modifier son action politique par des moyens légaux, d'autant que « les droits acquis sont nécessairement appelés à soutenir des droits nouveaux »¹¹². Dès lors, la perfection du fonctionnement du système démocratique dépouille la violence politique de sa justification.

C'est évidemment dans ce présupposé que réside la faille du raisonnement. Aucune démocratie libérale n'étant parfaite, les radicaux y ont trouvé les interstices permettant de fonder leur critique. Ainsi, Marx estime-t-il que, dans le système capitaliste, « la violence est accoucheuse de toute vieille société qui est enceinte d'une nouvelle »¹¹³. A l'inverse, Bentham conteste le progrès induit par la Déclaration des droits

¹⁰⁹ W. Benjamin, *Pour une critique de la violence*, Ed. Allia, 2019, p. 13, 43 et 52-53.

¹¹⁰ M. Zancarini-Fournel, *Les luttes et les rêves. Une histoire populaire de la France de 1685 à nos jours*, La Découverte, coll. Zones, 2016.

¹¹¹ Y compris lorsque ce changement n'est pas radical. Ainsi, la transition de la IV^e à la V^e République est-elle initiée par le coup d'État d'Alger du 13 mai 1958.

¹¹² C. Lefort, « Droits de l'homme et politique » (1980) in *L'invention démocratique. Les limites de la domination totalitaire*, Fayard, 1981, p. 62-63 et p. 74.

¹¹³ K. Marx, *Le capital*, 1867 (cité par M. Zancarini-Fournel,

https://www.francetvinfo.fr/economie/transports/gilets-jaunes/gilets-jaunes-quel-role-joue-la-violence-dans-l-histoire-des-mouvements-sociaux_3239239.html).

de l'homme et du citoyen de 1789, dont il considère qu'elle consacre des « fausses idées anarchistes » et estime que « telle est la différence, la grande et perpétuelle différence entre le bon sujet, le censeur rationnel des lois, et l'anarchiste ; entre le modéré et le violent. Le censeur rationnel, qui reconnaît l'existence de la loi qu'il désapprouve, propose de l'abroger. L'anarchiste, instaurant sa volonté et sa fantaisie en loi devant laquelle l'humanité entière est appelée à s'incliner au premier mot - l'anarchiste piétinant la vérité et la décence, conteste la validité de la loi en question, conteste son existence à titre de loi, en appelant à toute l'humanité pour qu'elle se dresse en masse et s'oppose à son exécution »¹¹⁴. Évidemment, cette dernière conception réserve les moyens de faire évoluer la loi à ceux qui ont effectivement accès au processus légal - constitutionnel - d'amendement de celle-ci et dénie toute légitimité aux moyens « alternatifs » de tenter d'obtenir un changement de la norme, *a fortiori* s'ils impliquent le recours à la violence.

28. Outre l'influence établie de l'utilitarisme benthamien sur la doctrine (néo)libérale¹¹⁵, et particulièrement sur le modèle de politique criminelle que propose celle-ci¹¹⁶, la confrontation des démocraties occidentales à de multiples formes de terrorisme au cours des années 1970 a incontestablement facilité la consécration de l'approche hostile à une quelconque légitimité du recours à la violence politique. Cette hostilité s'incarne dans la Recommandation 852 (1979) de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, aux termes de laquelle : « La violence à des fins politiques n'est pas justifiée dans une société démocratique disposant d'instruments juridiques qui permettent le changement, le progrès et le développement par la persuasion politique »¹¹⁷. La dépolitisation du terrorisme, initialement fondée sur un argument d'autorité consacré dans une fiction juridique - la clause belge¹¹⁸ - trouve ainsi une assise théorique.

Mais force est de constater que cette dernière n'est pas mieux fondée que les critères de l'infraction politique. Elle repose en effet sur une prémisse erronée : la perfection du modèle démocratique. Faute de pouvoir y accéder, la délégitimation du recours à la violence à des fins politiques devient, elle-même, un arbitrage - arbitraire ? - politique discutable¹¹⁹.

29. * Le rapport entre politique et violence doit alors être précisé.

¹¹⁴ Cité par P. Schofield « Jeremy Bentham's "Nonsense upon stilts" », *Utilitas*, vol. 15, n°1, 2003, p. 1 et 22.

¹¹⁵ E. de Champs, « Utilitarisme et liberté. La pensée politique de Jeremy Bentham », *Archi. philosophie*, 2015/2, t. 78, p. 221-228 ; et surtout, M. Foucault, *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France 1976*, EHESS Gallimard-Seuil, coll. Hautes études, 1997 ; M. Foucault, *Sécurité, territoire, population. Cours au collège de France 1977-1978*, EHESS Gallimard-Seuil, coll. Hautes études, 2004 et M. Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France 1978-1979*, EHESS Gallimard-Seuil, coll. Hautes études, 2004.

¹¹⁶ O. Cahn, « Le principe de nécessité en droit pénal - thèse radicale », O. Cahn et K. Parrot (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal*, Lextenso, coll. LEJEP, 2013, p. 27-39.

¹¹⁷ De même, si le droit international a longtemps été marqué par son ambiguïté à l'égard de la violence dirigée contre les États oppresseurs, celle-ci a disparu depuis la résolution 1566(2004) « tous les actes de terrorisme [...], quels qu'en soient les motifs, où qu'ils soient commis et quels qu'en soient les auteurs, constituent l'un des plus graves menaces contre la paix et la sécurité internationale », conduisant à penser qu'il n'existe plus de violence politique a-terroriste.

¹¹⁸ « Ne sera pas réputé délit politique... ».

¹¹⁹ F. Audren et D. Linhardt, « Un procès hors du commun ? Le procès de la Fraction Armée Rouge à Stuttgart-Stammheim (1975-1977) », *Annales, Histoire, Sciences sociales*, 2008/5, p. 1009-1012. Cf. aussi, M. Foucault, *op. cit.*, *Dits Ecrits tome II* texte n°210, qui, à propos des magistrats appelés à statuer sur la demande d'extradition de l'avocat de la *Rote Arme Fraktion*, parle de « ces hommes de l'appareil qui feignent de rendre entre les États une justice qui serait indifférente à leur politique, à leurs intérêts «supérieurs», à leurs injonctions ? ».

L'œuvre de Hannah Arendt y contribue¹²⁰. Contre la majorité de la philosophie politique, qui pense le rapport entre gouvernants et gouvernés comme un rapport de domination - et « ce faisant, [...] a entériné le fait de la domination de l'homme par l'homme, et développé une culture de l'oppression et de la violence »¹²¹ -, l'auteure propose de distinguer le pouvoir de la violence. Relevons immédiatement que c'est bien le pouvoir et non la politique que l'auteure distingue de la violence¹²². Elle définit le pouvoir comme « l'aptitude de l'homme à agir, et à agir de façon concertée. Le pouvoir n'est jamais une propriété individuelle ; il appartient à un groupe et continue de lui appartenir aussi longtemps que ce groupe n'est pas divisé. Lorsque nous déclarons que quelqu'un est "au pouvoir", nous entendons par là qu'il a reçu d'un certain nombre de personnes le pouvoir d'agir en leur nom »¹²³. Dès lors, comme l'exprime B. Quelquejeu, « le pouvoir n'est pas originairement un "pouvoir-sur", il est un "pouvoir-en-commun". Avec toute la netteté désirable, se trouve ainsi marqué l'écart qui sépare le pouvoir-en-commun de la domination. [...]. Cette relation engage à la fois une scission et une référence à la violence, comme on le vérifie avec la définition wébérienne de l'État. La prise de position de H. Arendt consomme la rupture avec une telle tradition »¹²⁴. Dans *La condition de l'homme moderne*, elle précise que, « à la différence de la force [...], le pouvoir ne peut voir le jour que si des hommes se réunissent en vue de l'action, et il disparaît quand, pour une raison ou pour une autre, ils se dispersent et s'abandonnent les uns les autres »¹²⁵. A ce titre, « la violence semble exclue du domaine politique, comme une expérience antipolitique, signant la fin de l'activité politique des hommes »¹²⁶.

Mais la réalité est plus complexe. H. Arendt constate, en effet, que « rien n'est plus fréquent que l'association du pouvoir et de la violence ; il est extrêmement rare de les trouver séparés l'un de l'autre et sous leur forme pure et donc extrême »¹²⁷. Cependant, ce qui distingue le pouvoir de la violence est le caractère instrumental de cette dernière¹²⁸ : « Le pouvoir, mais non la violence, est l'élément essentiel de toute forme de gouvernement. La violence, elle, est par nature *instrumentale* ; comme tous les instruments, elle doit toujours être dirigée et justifiée par les fins qu'elle entend servir »¹²⁹. Surtout, la distinction entre pouvoir et violence se fonde sur le fait que « la violence peut être justifiable, elle ne sera jamais légitime »¹³⁰. L'auteure peut alors préciser l'usage « politique » de la violence. Elle affirme que « le règne de la violence tend à s'instaurer dès que le pouvoir tend à se perdre »¹³¹ ; ainsi, « l'usage de la violence peut éventuellement recevoir une justification de la finalité qu'elle se propose »¹³². Notons, à ce stade, que la critique formulée par H. Arendt de l'usage de la violence est adressée d'abord aux gouvernants. Comme l'explique A. Guezengar, « contrairement au pouvoir qui se caractérise par sa faculté à se partager et à

¹²⁰ H. Arendt, « Sur la violence », in H. Arendt, *Du mensonge à la violence. Essais de politique contemporaine*, Calmann-Lévy, coll. Agora, 1972, p. 105-187 ; H. Arendt, *Condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy, coll. Agora, 2010 ; H. Arendt, *Essai sur la révolution*, Gallimard, coll. NRF Les Essais, 1967 ; H. Arendt, *Qu'est-ce que la politique ?*, Seuil, 1995. Cf. B. Quelquejeu, « La nature du pouvoir selon Hannah Arendt. Du 'pouvoir-sur' au 'pouvoir-en-commun' », *Rev. Sc. philo. et théologiques*, 2001/3, t.85, p.511-527 ; V. Gérard, « Politique et violence selon Hannah Arendt. La violence antipolitique vs la politisation violente des rapports humains », in G. Libertin-Blanc (dir.), *Violences. Anthropologie, politique, philosophie*, EuroPhilosophie Éd., 2017, <https://books.openedition.org/europhilosophie/234?lang=fr> ; A. Guezengar, "Violence, Terreur, et Pouvoir," publié sur *Études arendtiennes*, le 22 janvier 2016, <https://ea.hypotheses.org/10>.

¹²¹ B. Quelquejeu, *loc. cit.*, §.31.

¹²² *Condition de l'homme moderne*, p. 157: « Le pouvoir et la violence s'opposent par leur nature même ; lorsque l'un des deux prédomine de façon absolue, l'autre est éliminé. La violence se manifeste lorsque le pouvoir est menacé, mais si on la laisse se développer, elle provoquera finalement la disparition du pouvoir ».

¹²³ « Sur la violence », p. 144.

¹²⁴ B. Quelquejeu, *loc. cit.*, §.10.

¹²⁵ p. 257.

¹²⁶ V. Gérard, *op. cit.*

¹²⁷ « Sur la violence », p. 147.

¹²⁸ B. Quelquejeu, *loc. cit.*, §.18.

¹²⁹ « Sur la violence », p. 151-152.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 153.

¹³¹ *Ibid.*, p. 184.

¹³² B. Quelquejeu, *loc. cit.*, § 35-36.

s'amplifier à mesure qu'il rassemble un nombre de plus en plus important d'acteurs agissant les uns avec les autres, la violence se caractérise par sa capacité à être monopolisée par un groupe s'appropriant les instruments – qu'ils soient physiques ou juridiques – qui permettent de l'exercer. Un tel groupe, qui disposerait du monopole de la violence, est alors capable de dominer toute une communauté, quel que soit le pouvoir dont elle dispose »¹³³.

30. Cependant - et ce n'est pas anodin dans le contexte politique actuel¹³⁴ -, Arendt situe aussi l'origine de la violence politique dans la confiscation du politique par la bureaucratie dominante¹³⁵ ; la violence devient alors « la seule manière d'apparaître sur la scène publique quand les conditions d'apparition politique font défaut, éclairant ainsi l'absence de telles conditions d'apparition », voire, selon V. Gérard, « le dernier mode d'action politique, même si le plus risqué, dans un monde où les espaces publics sont fermés, où ceux qui restent sont dénués d'effectivité puisque les questions fondamentales sont traitées en d'autres lieux, où les hommes ont été dépossédés de tout pouvoir, où ils n'ont plus accès au domaine politique. [...] La violence peut rompre le cours de ce qui se fait sans les hommes et paraît inéluctable »¹³⁶. Il y a donc, selon H. Arendt, un *effet politique de la violence*, celui de « rendre manifeste l'injustice de la violence [de ceux qui gouvernent] à laquelle elle [celle de ceux qui ont été dépossédés du pouvoir] répond, et réinstaurer de force une relation »¹³⁷.

De manière particulièrement intéressante au regard de cette étude, V. Gérard souligne que, selon H. Arendt, « l'action violente rend visible non pas les principes sur lesquels on peut fonder une communauté politique, mais la violence qui ferme l'espace politique. Cela distingue la violence politique de la violence criminelle [...]. La violence [politique] n'est alors pas simplement utilitaire ou vengeresse, ni même destructrice, [ce qui révèle] les enjeux politiques de la qualification de la violence. [...] On criminalise la violence pour la disqualifier politiquement, ou on la politise, en montrant qu'elle répond à des confiscations politiques. Qu'un acte violent ait un impact politique dans une communauté, cela dépend de l'issue du conflit d'interprétation, du sens qu'on lui attribue, du nombre d'individus qui s'estiment concernés ou qui donnent des enjeux politiques par l'action violente. Cela fait la différence entre le terrorisme soutenu par tout un peuple occupé, et le terrorisme groupusculaire [...]. On comprend donc les rapports ambivalents entre la politique et la violence, si on oppose la violence de la domination qui ferme le champ politique à la violence de la révolte qui lutte contre la fermeture du politique et peut contribuer à l'ouvrir, si elle est soutenue et relayée par un pouvoir. La violence a une dimension politique si elle n'est pas le moyen d'une domination, et si elle s'élève contre la nécessité et la dépolitisation de l'organisation de la coexistence humaine ; si elle réintroduit des rapports entre les hommes, et de l'homme dans l'histoire, contribuant à ouvrir un domaine politique ou à manifester le domaine politique dissimulé »¹³⁸.

31. * En appliquant ce raisonnement au terrorisme, il pourrait cependant être avancé que, compte tenu de la violence extrême de cette criminalité, le choix politique de lui dénier toute nature politique en droit demeure pertinent malgré la faiblesse de ses fondations.

La légitimité de la dépolitisation résiderait alors dans son caractère d'exception, justifiée par l'exceptionnalité de la violence terroriste. En quelque sorte, comme tout arbitrage, il s'agirait de fixer les limites du niveau de violence que la démocratie - certes imparfaite - est disposée à tolérer. Cette position serait d'autant plus acceptable qu'elle induirait, implicitement mais nécessairement, la reconnaissance par l'ordre politique lui-même de ce que ses propres limites l'obligent à accepter, dans des circonstances

¹³³ A. Guezengar, *loc. cit.*

¹³⁴ Cf. R. Libchaber, « Où va le droit ? - Là où la société le conduira... », *JCP, G*, n°28, 2018, doct. 813, 8. et 9.

¹³⁵ « Sur la violence », p. 181-182.

¹³⁶ V. Gérard, *op. cit.*

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *Ibid.*

exceptionnelles, le recours à la violence par certains membres du corps social illégitimement privés des moyens de faire valoir leurs droits¹³⁹.

Mais, à nouveau, une telle analyse présente des failles.

2. La « dépolitisation » de la violence

32. Il apparaît en effet que, comme souvent, le terrorisme a été le vecteur d'une transformation du système pénal et, plus précisément, d'une instrumentalisation du droit pénal comme moyen de définir les formes acceptables de contestation politique¹⁴⁰. Comme le relève M. Moucheron, l'exclusion du terrorisme du domaine de l'infraction politique ne peut « être assimilée à une dépolitisation que dans un sens particulier : celui d'une expulsion par *la* politique d'une partie du champ *du* politique. En s'auto-identifiant comme forme aboutie du gouvernement démocratique, le gouvernement étatique contemporain exclut *ipso facto* du champ politique dont il établit les limites, toute mise en question de son existence ou des formes de son exercice, réduisant ainsi le champ politique au champ politique légitime. En d'autres termes, il conditionne l'accès au champ politique au respect des formes par lui établies et qui lui assurent sa perpétuation, et soumet de la sorte l'alternative politique au règne du même. Cependant, cela suppose de tirer du caractère le plus radicalement politique des formes proscrites la justification même de leur dépolitisation, sortant pour ainsi dire du champ politique *par excès*. Concept « creux » se prêtant à merveille à l'identification du changement au danger et alimentant les spéculations les plus incertaines, le terrorisme, en tant qu'objet consensuel de rejet, permet d'accomplir cette dépolitisation au prix d'une disqualification du politique »¹⁴¹.

33. * La dépolitisation du terrorisme - appréhendé comme forme évidente et absolue de criminalité politique - a alors permis d'insinuer l'idée que l'infraction politique ne peut être violente puisque toute manifestation de violence en politique s'apparente à du terrorisme lorsqu'elle prend une forme extrême.

L'absence de précision de la définition du terrorisme et la construction de l'acte terroriste à partir d'infractions de droit commun facilite cette assimilation. Au demeurant, R. Koering-Joulin et H. Labayle montrent que cette menace était en germe dès la Convention européenne pour la répression du terrorisme de 1977 : « L'exception à la règle de non-extradition des délinquants politiques s'élargit au point que l'on peut s'interroger sur sa survie : à la clause « belge » d'attentat qui ouvrait une première brèche vient s'ajouter l'énumération considérable de l'article 1 de la Convention. D'autant qu'il faut ajouter une faculté excessive, en vertu de l'article 2, de « dépolitiser » tout « acte grave » contre les biens ou les personnes [...]. Tout et n'importe quoi peuvent donc être englobés sous ces rubriques et sans doute se célèbre ici la fin de la criminalité politique en Europe occidentale. L'esprit n'en est pas forcément choqué si l'idéal commun aux États membres du Conseil mérite que l'on refuse tout privilège à ceux qui le menacent. Tout d'abord, on exclut une notion qui n'est définie ni par les textes internes, ni par les textes internationaux, le terrorisme, d'une autre, l'infraction politique, qui est une véritable nébuleuse du droit. On peut alors craindre d'autres dérives, qui ne seraient pas de méthode cette fois, puisque toute sorte d'entreprise violente est susceptible d'entrer dans les stipulations des articles 1 et 2. Ensuite, on refuse au terrorisme sa spécificité et donc un traitement d'exception alors que tout son traitement pénal est d'exception [...]. La Convention offre ainsi l'image d'une affirmation, la banalisation au nom de l'objectivité, aussitôt contredite par une pratique interne, la dramatisation au nom de la subjectivité. Enfin, le pire est sans doute de nier l'évidence : le terrorisme est et demeure politique »¹⁴².

Les craintes exprimées, de façon apotropaïque, par ces deux auteurs apparaissent, trente ans plus tard, comme des prémonitions.

¹³⁹ Cf., pour l'illustrer, art. 33 à 35 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen placée en préambule de la Constitution du 24 juin 1793.

¹⁴⁰ V. Codaccioni, *Répression. L'État face aux contestations politiques*, Textuel, Petite encyclopédie critique, 2019, p. 31.

¹⁴¹ M. Moucheron, *op. cit.*, §.33.

¹⁴² Précit.

34. Historiquement, ce mouvement de dépolitisation de la violence a connu quelques précédents, signalés par E. Verny, d'abord dans l'article 313 de l'ancien code pénal, mais aussi dans l'article 314 du même code, issu de la loi n°70-480 du 8 juin 1970 tendant à réprimer certaines formes nouvelles de délinquance dite « anticasseurs ». S'agissant de cette dernière disposition, l'auteur relève que « les travaux préparatoires montrent la volonté d'éviter tout risque de responsabilité collective ou d'entrave à l'action des syndicats ou des partis politiques qui représentent évidemment des instruments légitimes de contestation, contrairement aux groupes violents qui peuvent menacer l'autorité publique » et qu'en conséquence, la jurisprudence exigeait pour faire application de ces dispositions que les faits aient été perpétrés dans un contexte séditieux - c'est-à-dire éminemment politique¹⁴³.

* Cette dépolitisation de toute forme de violence « à des fins politiques » s'exprime aujourd'hui par deux biais.

35. - D'abord, elle se manifeste dans la *judiciarisation du maintien de l'ordre*. Jusqu'à une période récente, le maintien de l'ordre ne s'accompagnait qu'avec parcimonie, en France, de l'exercice de poursuites contre les éventuels auteurs de troubles violents¹⁴⁴. La répression exercée à l'occasion du récent mouvement dit des « gilets jaunes » caractérise l'ampleur de l'évolution de la stratégie des autorités publiques en la matière¹⁴⁵.

Mais l'exemple emblématique de la contamination du maintien de l'ordre par l'antiterrorisme et de la négation subséquente du caractère politique de la violence - dans un continuum : dépolitisation du terrorisme/assimilation de la violence au terrorisme/dépolitisation de la violence contestataire politique - est certainement fourni par l'affaire dite « de Tarnac ». Pour mémoire, les membres de ce groupe ont été poursuivis, sous des qualifications de terrorisme, pour avoir « saboté » des lignes TGV mais aussi - et peut-être surtout - à raison des violences émeutières qu'ils étaient accusés d'avoir organisées et coordonnées, perpétrées à l'occasion d'un sommet des ministres chargés de l'immigration des États membres de l'Union européenne, tenu à Vichy en 2008¹⁴⁶. Ils ont été relaxés par le tribunal correctionnel de Paris le 12 avril 2018. Au regard de la présente étude, l'intérêt de cette affaire réside dans l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 10 janvier 2017¹⁴⁷. Les juges d'instruction, approuvés par la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, ayant décidé de ne pas retenir dans leur ordonnance de renvoi la qualification terroriste, le ministère public s'est pourvu en cassation. Il soutenait particulièrement que la « finalité terroriste de ce groupuscule ne saurait non plus être écartée par l'aspect politique de leur mouvement. Si la nécessité de changer de société est une position politique protégée par la liberté d'opinion, sa mise en œuvre par l'intimidation ou la terreur relève nécessairement de la qualification des articles 421-1 et 421-2-1 du Code pénal, disposant que constitue 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 notamment à l'article 421-1 »¹⁴⁸. Or, les juges d'instruction comme la chambre de l'instruction avaient relevé que les actes querellés n'étaient pas de nature à susciter « l'intimidation ou la terreur ». De surcroît, l'avocat général F. Desportes,

¹⁴³ E. Verny, *op. cit.*, p.337-338

¹⁴⁴ Par exemple, les violences qui ont conclu le sommet de l'OTAN à Strasbourg en 2009, perpétrées par un *black bloc* de plus de 300 personnes, n'ont conduit qu'à la mise en examen de trois mineurs, habitants du quartier dans lequel s'étaient déroulés les heurts.

¹⁴⁵ *Le Monde.fr*, 14 fév. 2019 : « « Gilets jaunes » : plus de 8 000 arrestations depuis le début du mouvement, selon le ministre de l'intérieur ». L'article évoque, à cette date, 8400 interpellations, 7500 gardes à vue, 1800 condamnations et 1500 dossiers en attente de jugement.

¹⁴⁶ Cf. O. Cahn, « La répression des 'Black Blocs', prétexte à la domestication de la rue protestataire », *Arch. pol. crim.*, n°32, 2010, p. 165-218.

¹⁴⁷ Crim. 10 janvier 2017, n°16-84596, *publié au bulletin* ; J. Alix, « La qualification terroriste après l'arrêt du 10 janvier 2017 (affaire dite « de Tarnac ») », *op. cit.*

¹⁴⁸ Cité par J.-F. Ricard, *Rapport*, 27 octobre 2016, n°G1684596.

dans un avis remarquablement motivé¹⁴⁹, invitait la Haute juridiction pénale à distinguer expressément le terrorisme des autres formes de violence politique¹⁵⁰. Les magistrats du quai de l'Horloge, tout en suivant l'avis de l'avocat général concluant au rejet, n'insultent pas l'avenir et se refusent à consacrer la distinction entre terrorisme et violence politique, autorisant implicitement que soit ultérieurement appliquée la qualification d'acte terroriste à des faits de violence perpétrés à l'occasion de mouvements sociaux ou d'émeutes urbaines.

36. Parallèlement, la judiciarisation du maintien de l'ordre *lato sensu*, c'est-à-dire la sanction de toute violence exercée dans un contexte de contestation politique publique s'étend à des formes de violence insusceptibles d'être qualifiées de terrorisme, voire à des actions militantes radicales qui n'attendent à l'intégrité physique de quiconque. Deux exemples permettent de l'illustrer. En premier lieu, dans un arrêt du 30 novembre 2018¹⁵¹, une chambre mixte de la Cour de cassation a jugé que « la cour d'appel ayant fait ressortir la participation effective d'un syndicat aux actes illicites commis à l'occasion d'une manifestation, il en résulte que l'action de ce syndicat constituait une complicité par provocation, au sens de l'article 121-7 du code pénal, de sorte que se trouvait caractérisée une faute de nature à engager sa responsabilité sur le fondement de l'article 1382, devenu article 1240, du code civil, sans que puisse être invoqué le bénéfice des dispositions de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse »¹⁵². Le refus du bénéfice des dispositions de ce dernier texte, traditionnellement¹⁵³ considéré comme instaurant un régime privilégié à raison du caractère politique des infractions qu'il édicte, est particulièrement significatif. En second lieu, cette évolution de la jurisprudence se manifeste dans les deux arrêts, controversés, par lesquels la chambre criminelle de la Cour de cassation a approuvé la condamnation de membres des « Femen » pour exhibition sexuelle¹⁵⁴. L'arrêt, précité, du 26 février 2020 ne remet pas en cause cette analyse puisque, si la relaxe de la prévenue des faits d'exhibition sexuelle est confirmée au motif que, compte tenu du mobile politique de son action, une condamnation porterait une atteinte excessive à la liberté d'expression, la condamnation pour dégradation volontaire du bien d'autrui n'est, elle, pas remise en cause.

37. - Ensuite, la dépolitisation de toute forme de violence « à des fins politiques » se manifeste dans le rapprochement opéré par le législateur entre les régimes procéduraux applicables à la répression des atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation et du terrorisme. Ainsi, la loi n°2017-1510 du 30 octobre 2017 modifie les articles 706-73 et 706-73-1 du code de procédure pénale pour étendre aux crimes et délits portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation les mesures d'enquête spéciales prévues aux articles 706-80 *et seq.* du même code¹⁵⁵. Certes, comme le relève C. Le Roux, « le rapprochement ne concerne que les atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation et non pas les infractions politiques en général [...]. Par ailleurs, les atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation conservent leur nature politique, car toujours punies de la détention criminelle. Elles ne revêtent donc pas une nature terroriste.

¹⁴⁹ F. Desportes, *Procureur général près la cour d'appel de Paris, SNCF Réseau*, 1ère Section, Audience du 13 décembre 2016, rapport de l'avocat général, n°G 1684596.

¹⁵⁰ « 8.- A la lumière de ces observations, la frontière entre la violence terroriste et d'autres formes de violence doit être tracée aussi clairement que possible. Des émeutes urbaines, des violences commises à l'occasion de manifestations ou, plus généralement, toutes formes de contestations radicales peuvent être à l'origine d'infractions, parfois très graves. Mais ces infractions, qui sont l'expression soit d'une violence spontanée et ponctuelle, aux causes souvent immédiates, soit d'une violence organisée, entretenue par des activistes, mais circonscrite ou d'une intensité modérée, ne peuvent être regardées comme terroristes car elles ne s'inscrivent pas dans une entreprise dont l'objet serait de créer un climat de terreur ».

¹⁵¹ Cass. ch. mixte, 30 novembre 2018, n°17-16047, *publié au bulletin*.

¹⁵² V. le commentaire de F. Canut, *Bull. Joly travail* 2019, p. 30.

¹⁵³ P. Fabreguettes, *op. cit.*, p.65

¹⁵⁴ Crim. 9 janvier 2019, *Bull. crim.* 2019, n°6 ; L. Saenko, « Les Femen, les seins et l'Eglise », *D.* 2019. 738 ; Crim. 10 janvier 2018, *D.* 2018. 1061, note L. François et 919, obs. C. Chassang ; *RJC* 2018.417, obs. Y. Mayaud ; *Lexbase pénal* 2018, n°2, obs. N. Catelan et n°4, obs. L. Saenko ; *Dr. pénal*, 3/2018, p. 31, obs. P. Conte ; V. Malabat « *Femen* mais exhibitionniste », note sous Cass. crim., 10 janvier 2018, pourvoi n° 17-80.816, *RPDP*, p. 81-84.

¹⁵⁵ Art. 706-73, 11°bis et 706-73-1, 11° CP.

[...]. Le rapprochement semble donc bel et bien limité au régime, et non à la nature des infractions »¹⁵⁶. Cependant, plusieurs considérations invitent à se montrer moins péremptoire. En premier lieu, l'expérience de la loi du 3 septembre 1986 rappelle qu'en matière de lutte contre le terrorisme, les évolutions de la procédure pénale contaminent rapidement le droit spécial. Ensuite, et surtout, le Conseil constitutionnel¹⁵⁷ avait censuré le rapprochement entre ces deux catégories d'infraction et « écarté de la nouvelle définition de l'infraction terroriste la matière des atteintes à la sûreté de l'État, dont le caractère politique est incontestable »¹⁵⁸. En soumettant les infractions politiques au régime procédural drastique applicable à la criminalité organisée, le législateur témoigne, outre d'une défiance certaine envers le Conseil, de sa volonté de ne plus soumettre ces infractions à un régime répressif plus favorable mais, au contraire, de les traiter par les moyens procéduraux les plus draconiens¹⁵⁹. Cette analyse est corroborée par l'introduction dans le code pénal, par la loi n°2019-920 du 10 avril 2019, d'un article 431-8-1 qui, rompant avec la tradition républicaine, étend aux infractions politiques de participation à un attroupement les procédures accélérées de convocation par procès-verbal, de comparution immédiate et comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité¹⁶⁰.

38. * La dépolitisation du terrorisme a ainsi initié un mouvement de dépolitisation de la violence à des fins politiques en général, qui transforme la revendication du monopole de la violence légitime¹⁶¹ par l'État en revendication du monopole de la définition du politique - ce qui est intellectuellement aberrant.

39. Ce qui précède autorise à conclure que « rien n'est moins harmonieux que la notion de délit politique, qui balance au gré des volontés habilitées à la qualifier »¹⁶² et qu'aucune des justifications théoriques de l'exclusion du terrorisme du domaine de l'infraction politique ne résiste à une analyse approfondie. Reste que cette exclusion a initié un mouvement dont on pressent qu'il est voué à vider la notion même d'infraction politique de toute substance et donc, probablement, à faire disparaître ce régime, au moment où la société française est exposée à de nombreuses manifestations d'une contestation politique, parfois violente, ce qui prouve que la question du rapport du corps social à la violence politique n'est pas résolue.

Se pose alors la question de la nécessité de conserver un régime répressif spécifique aux infractions politiques. Si l'on considère que cela est inutile, la *disputatio* s'arrête. Mais, si l'on estime nécessaire de le conserver, se pose alors la question de la pertinence de conserver à ce régime un caractère plus favorable que celui appliqué aux infractions de droit commun. En d'autres termes, ainsi que nous allons tenter de le montrer, il nous semble que la réflexion sur le rapport entre terrorisme et infraction politique est perturbée par un présupposé, quasiment un axiome, qui voudrait que, dans une démocratie, le délinquant politique bénéficie d'un traitement privilégié. Or, ce prérequis ne nous semble pas incontestable. Le régime de faveur participe de la volonté de la démocratie libérale de se donner à voir comme telle : parce qu'elle est libérale, la démocratie traite son adversaire avec mansuétude. Mais, ainsi qu'il vient d'être montré, le traitement du terroriste, que la Raison commande de considérer comme un délinquant politique, en ennemi, contredit fondamentalement cette proposition et donne audit adversaire l'argument nécessaire à la remise en cause du caractère libéral de la démocratie. Il faut donc repenser le paradigme.

¹⁵⁶ C. Le Roux, *op. cit.*, p. 140-141.

¹⁵⁷ Cons. const., déc. n°86-213 DC du 3 septembre 1986, Loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État.

¹⁵⁸ R. Koering-Joulin, « France », in M. Delmas-Marty (dir.), *Raisonnement la raison d'État. Vers une Europe des droits de l'homme*, PUF, Les voies du Droit, 1989, p. 178.

¹⁵⁹ Certes, le Conseil constitutionnel n'ayant pas été saisi *a priori* de ces dispositions, les Sages pourront éventuellement les censurer à l'occasion d'une QPC.

¹⁶⁰ F. Rousseau, « Le volet pénal de la loi "anticasseurs" (Loi n° 2019-920 du 10 avr. 2019 visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations) », RSC 2019, p.464-465

¹⁶¹ M. Weber, *Le savant et le politique*, Plon, 1959.

¹⁶² R. Koering-Joulin, *loc. cit.*, 1982.

Si nous postulons, d'une part, que la brutalité odieuse du terrorisme rend la préservation d'un régime de faveur inacceptable pour le peuple, donc le souverain et, d'autre part, que le droit ne peut être fondé sur les apories et fictions qui conditionnent l'exclusion du terrorisme du champ de l'infraction politique, nous sommes conduits à penser que la solution réside dans l'adaptation aux circonstances contemporaines du régime juridique de l'infraction politique. En d'autres termes, il faut à présent envisager dans quelle mesure il serait possible de mettre le droit en accord avec la réalité, en admettant le caractère d'infraction politique du terrorisme, en refondant le régime de l'infraction politique sur un nouveau paradigme - le régime de l'infraction politique incarne la démocratie libérale non plus comme elle se donne à voir mais telle qu'elle se conçoit et, particulièrement, telle qu'elle envisage les moyens de sa conservation - qui permettrait de préserver les principes fondamentaux et l'honneur de la démocratie libérale sans obérer le devoir essentiel de l'État de garantir la sécurité.

II. *Determinatio* - l'infraction politique de terrorisme comme mise à l'épreuve de la démocratie libérale

40. Dès 1977, M. Foucault déplorait l'instauration d'« une sorte de marché mondial de la justice politique qui a pour but de réduire les franchises constituées par l'asile et qui garantissaient la dissidence politique en général »¹⁶³. L'exclusion du terrorisme du domaine des infractions politiques n'a fait qu'amplifier ce phénomène.

Toutefois, malgré ses faiblesses, la notion d'infraction politique conserve *a priori* une utilité pratique - pour ne pas dire cynique - qui s'incarne dans l'exclusion des infractions politiques du domaine des conventions d'extradition et, particulièrement, dans la clause française, qui permet au gouvernement d'une démocratie libérale, liée par une convention d'entraide judiciaire en matière pénale à un État irrespectueux des valeurs sur lesquelles elle se fonde, de disposer d'un moyen de ne pas se faire complice des dérives de cet autre régime¹⁶⁴. Elle conserve donc un intérêt en tant que catégorie juridique, particulièrement lorsque, comme cela est à présent le cas, des États non démocratiques qualifient de terroristes leurs opposants politiques.

41. Les démocraties se trouvent ainsi prises au piège entre, d'un côté, les terroristes qui cherchent à les déstabiliser et, de l'autre côté, les tyrannies qui utilisent le contexte international de confrontation au terrorisme pour tenter de les contraindre à taire la réprobation que leur inspire la répression des opposants politiques, voire de les conduire à collaborer à cette dernière. Comme l'a dénoncé M. Foucault, ce piège trouve son origine dans la guerre froide, lorsque la définition du délinquant politique a évacué le criminel qu'il faut réprimer au profit de l'opposant qu'il faut protéger¹⁶⁵.

Toutefois, ce schéma rassurant est également simpliste: l'opposant politique ne se résume pas à des figures non violentes¹⁶⁶, des « terroristes » ont combattu la tyrannie au nom de la liberté et pour restaurer la démocratie et leurs actes ne peuvent être réduits à leur criminalité¹⁶⁷; les démocraties suscitent elles aussi une opposition politique violente dont le paroxysme s'incarne dans le terrorisme endogène et l'existence d'élections au suffrage universel ne limite pas entièrement leur responsabilité¹⁶⁸. La recherche d'une solution est compliquée d'autant qu'elle est contrainte par deux prérequis. Le premier réside dans

¹⁶³ M. Foucault « Désormais, la sécurité est au-dessus des lois », in M. Foucault, *Dits et écrits, II 1976-1988*, 3^e éd., Gallimard, coll. Quarto, 2017, p. 367.

¹⁶⁴ La *realpolitik* impose, en effet, à raison des implications des principes de réciprocité et de souveraineté dans la relation entre États, de conclure de tels accords, y compris avec des États qui ne partagent pas nos valeurs démocratiques.

¹⁶⁵ Précit. note 57.

¹⁶⁶ Par exemple, V. Havel ou Gandhi.

¹⁶⁷ Par exemple, les résistants français ou N. Mandela.

¹⁶⁸ Ainsi, durant toute la période des *Troubles*, des élections démocratiques se sont régulièrement tenues au Royaume-Uni.

l'impossibilité démocratique¹⁶⁹ et politique¹⁷⁰, relevée par les contributions qui précèdent, d'accorder aux auteurs des actes de terrorisme les plus odieux un quelconque régime de faveur ; le second consiste dans la difficulté pour une démocratie libérale, lorsqu'elle reconnaît l'existence d'infractions politiques, d'admettre qu'il en résultera nécessairement des procès et des prisonniers politiques¹⁷¹.

Dépasser ces obstacles implique de renouveler les paradigmes qui fondent l'infraction politique pour en restaurer une définition démocratique, qui distinguerait la démocratie libérale des autres régimes politiques en ce que l'existence de procès et de prisonniers politiques ne seraient pas une flétrissure. Nous formons l'hypothèse qu'il est possible et souhaitable de *conserver* la catégorie spécifique de l'infraction politique en reconsidérant son fondement (A), ce qui permettrait *d'assumer* la nature d'infraction politique du terrorisme (B) et de *recomposer* le régime répressif applicable à l'infraction politique (C).

A. Justification de la catégorie spécifique de l'infraction politique

42. La question de la conservation d'un régime spécifique de l'infraction politique mérite d'être posée. En effet, les conditions qui ont, au milieu du XIX^e siècle, présidé à la consécration de cette catégorie juridique ont *a priori* disparu. La forme républicaine du gouvernement n'est plus aujourd'hui remise en cause, le fonctionnement démocratique des institutions conduit à des alternances politiques régulières, l'indépendance de l'autorité judiciaire permet de contraindre l'Administration à se conformer aux exigences de l'État de droit et les opposants politiques ne sont plus l'objet de persécutions ni exposés, lorsqu'ils recourent à la violence, à la peine de mort, tandis que si l'état des prisons est critiquable en France, il n'est plus de nature à justifier que les activistes politiques condamnés y soient soustraits¹⁷². De surcroît, hormis la trahison¹⁷³, tous les comportements caractéristiques des infractions politiques sont susceptibles d'être poursuivis sur le fondement d'infractions de droit commun. Ainsi, la répression ne se trouverait pas désarmée si les infractions de complot, d'attentat, ou d'insurrection, prévues au Livre IV du code pénal, venaient à être abrogées, d'autant que les juridictions pénales ont devancé une telle évolution en poursuivant les actes de violence perpétrés dans un contexte politique (émeutes urbaines, violences à l'occasion des manifestations sur la voie publique, etc.) sur le fondement exclusif de qualifications de droit commun tandis que les actes de sédition et de subversion violente sont à présent qualifiés d'infractions terroristes. Enfin, le principe de l'indifférence des mobiles en droit pénal plaide pour cette abrogation, laquelle s'inscrirait, en outre, dans le sens de l'évolution générale du droit pénal qui tend à la réduction progressive du champ d'application des motifs justifiant le recours à la violence¹⁷⁴. Ainsi, le législateur pourrait fort bien prendre la décision, éminemment politique, de se passer de la notion d'infraction politique, de réprimer le fait révolutionnaire ou l'acte politique violent par le droit commun et d'abroger en conséquence les infractions du livre IV du code pénal qui s'y rapportent ; s'agissant des infractions terroristes, la suppression de la catégorie « infraction politique » anéantirait les difficultés précédemment exposées. Enfin, elle serait indifférente à la répression des faits d'attroupement ou de participation à une manifestation illicite, ces qualifications pouvant être conservées sans que s'y applique un régime répressif particulier.

¹⁶⁹ A raison de l'effet psychologique sur les populations du terrorisme mis en évidence par R. Aron (précit.).

¹⁷⁰ Comme une conséquence du motif précédent, en ouvrant un espace de communication aux démagogues sécuritaires.

¹⁷¹ D. Salas, « Introduction. le procès politique entre réalité et tentation », *Association française pour l'histoire de la Justice*, « Histoire de la justice », 2017/1, n°27, p. 5 ; F. Audren et D. Linhardt, *loc. cit.*, p. 1005-1006.

¹⁷² Pour épargner aux délinquants politiques l'expérience des conditions abominables de la prison du XIX^e siècle, il avait été prévu que les peines de détention criminelle seraient purgées dans des forteresses (par exemple, décret des 23 et 30 juillet 1850 affectant la citadelle de Belle-Île-en-Mer aux condamnés à la peine de détention).

¹⁷³ Dont le caractère d'infraction politique est, au demeurant, discuté depuis le début du XX^e siècle (cf. P. Fabreguettes, *op. cit.*, p.64).

¹⁷⁴ Cf. par exemple, loi n°2019-721 du 10 juillet 2019 relative à l'interdiction des violences éducatives ordinaires, loi n°2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, ou l'évolution restrictive de l'appréciation par les juridictions pénales de la légitime défense depuis les années 1970 (V. Codaccioni, *La légitime défense. Homicides sécuritaires, crimes racistes et violences politiques*, CNRS Éditions, 2018).

43. Est-ce à dire que cela supprimerait toute difficulté ? Nous ne le pensons pas. En effet, la matière résiste : comment penser, sans le secours de la catégorie juridique « infraction politique », le constat que, malgré le discours des autorités publiques et les choix opérés par l'autorité judiciaire, la violence politique, y compris dans sa forme ultime qu'est le terrorisme, produit, dans les démocraties, des résultats qui la distinguent des violences crapuleuses. Les exemples sont, au long de l'histoire, nombreux et variés¹⁷⁵. Pour ne retenir que les plus marquants, il est difficile de contester le lien entre l'action du FLN et les accords d'Évian de 1962, entre la première intifada et les accords d'Oslo de 1993 ou entre l'activité de l'IRA et les accords du Vendredi Saint de 1998; toutes choses égales par ailleurs, les violences du 1er décembre 2018 autour de l'arc de triomphe à Paris ne sont certainement pas étrangères à l'annonce faite dix jours plus tard par le Président de la République d'un train de mesures en faveur des « gilets jaunes »¹⁷⁶. Il n'est évidemment pas question de légitimer la violence politique¹⁷⁷, mais seulement de constater cette anomalie qui signale la singularité de telles exactions ; l'infraction politique est une réalité qui s'impose au juriste au moins autant qu'une construction juridique, y compris dans les démocraties libérales. La remise en cause de cette catégorie renouvelle la difficulté plus qu'elle ne la résout.

Ces exemples sont, en outre, intéressants car ils témoignent de l'irréductibilité de la question de l'infraction politique à une réponse manichéenne. Ainsi est-il aisé de recueillir l'assentiment lorsque l'on postule le droit de résistance à l'oppresseur, entendu comme le droit des individus de s'opposer, y compris dans la mesure du nécessaire par la force, à la tyrannie et d'adopter en conséquence des comportements que l'autorité publique aura qualifiés d'infractions, éventuellement terroristes¹⁷⁸. En revanche, il est tout aussi évident que dans une société démocratique civilisée¹⁷⁹, parvenue à mettre, au moins formellement, la violence à distance dans les rapports sociaux et qui permet, au moins en théorie, l'expression de la diversité des idéologies et la représentation de tous les courants politiques, tout discours qui ne condamne pas la violence comme mode d'action politique, sans même postuler sa légitimité, est inaudible. Or, les exemples qui viennent d'être cités, tous puisés dans l'histoire d'incontestables démocraties libérales, établissent que l'antienne du caractère inacceptable et stérile de la violence comme mode d'expression politique en démocratie est erronée et, au mieux, incantatoire et qu'aucune réflexion pragmatique sur l'infraction politique ne peut la considérer comme un postulat pertinent. En outre, par pragmatisme politique, l'État doit se laisser la possibilité de négocier éventuellement avec les oppositions violentes ; or, aucun régime politique ne peut négocier avec les « représentants » de délinquants ordinaires.

44. Par ailleurs, la restriction du champ de l'infraction politique participe d'un mouvement qui n'est pas neutre politiquement. M. Moucheron le démontre à partir de l'exemple du droit belge. Selon cet auteur, « le pouvoir constituant de 1830, *attaché au plus haut point à ces principes libéraux*¹⁸⁰, ne connaissait que trop bien l'incertitude liée à l'évolution de la société et à la *praxis* de l'art de gouverner, devant sa propre légitimité à une révolution qui a bouleversé les cadres politiques établis. Pour cette raison, il a conçu un régime particulier octroyant un statut juridique plus favorable à l'auteur d'un délit politique. [...] Le souffle libéral et révolutionnaire qui a porté le mouvement d'indépendance de la Belgique n'a qu'un temps : une fois pérennisés les acquis de 1830, les gouvernements successifs se montreront de plus en

¹⁷⁵ Cf. R. English, précit.

¹⁷⁶ <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2018/12/10/adresse-du-president-de-la-republique-du-lundi-10-decembre-2018>

¹⁷⁷ Signalons toutefois la résurgence de cet argument chez quelques auteurs appartenant à la doctrine radicale d'extrême-gauche. Cf., par exemple, P. Gelderloos, *Comment la non-violence protège l'État : Essai sur l'inefficacité des mouvements sociaux*, Éditions Libre, 2018 et *L'échec de la non-violence. Du printemps arabe à Occupy*, Éditions Libre, 2019 ou, en France, Comité invisible, *L'insurrection qui vient*, La Fabrique, 2007 ; *A nos amis*, La Fabrique, 2014 et *Maintenant*, La Fabrique, 2017. Notons aussi qu'au moins une juridiction l'a récemment admis en procédant à une interprétation extensive de la notion de fait justificatif (cf. A. Dejean de la Batic, « Droit pénal et modèles militants : de l'indifférence à la déférence », *AJ pénal* 2020. 21).

¹⁷⁸ Par exemple, nul ne conteste le bien-fondé de l'action de la Résistance française contre l'État français et l'occupant nazi ; de même, considérer N. Mandela comme un terroriste est aujourd'hui l'apanage exclusif de groupuscules suprémacistes d'extrême-droite.

¹⁷⁹ Au sens *éliasiens* du terme.

¹⁸⁰ Nous soulignons.

plus soucieux de conjuguer ces principes libéraux avec la stabilité des formes politiques, économiques et sociales de l'État. Dès lors, l'extension de la notion de délit politique, apportée par la jurisprudence, se verra progressivement restreinte, sinon dans les premières années de l'existence du Royaume, tout du moins à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle. En effet, l'émergence de revendications sociales radicales et de la représentation d'une société de classes fait craindre des bouleversements de l'ordre établi »¹⁸¹.

En d'autres termes, la réduction du champ de l'infraction politique comme la remise en cause de son régime *in favorem* participe d'une mutation dans la conception du rôle du droit, d'un instrument au service d'un idéal démocratique qui constate et admet la diversité du « politique » vers un instrument de *conservation* du *statu quo* social. L'auteur explicite sa pensée : « Dans les faits, les différentes phases de cette mutation de la représentation du gouvernement par lui-même sont visibles à travers le développement croissant des exceptions au régime de faveur, dont bénéficient théoriquement les délits politiques, “*en vue de l'adapter aux nécessités effectives de la protection de l'État*”, jusqu'au retournement introduit en 2003 par la législation antiterroriste. L'évolution de la qualification de l'intention politique en Belgique renvoie l'État à sa propre conception de lui-même en tant que forme ultime de gouvernement démocratique. A travers la dépréciation progressive de l'intention politique du délit, le pouvoir politique belge contemporain est l'héritier d'une auto-identification progressive de l'exercice contingent et aléatoire du gouvernement aux principes démocratiques, d'un arraisonnement de la chose publique par l'ordre public, d'une réduction du champ de la pratique politique au cadre étatique et aux formes de la participation démocratique légitime. La démocratie est identifiée au respect de ses conditions formelles, le changement démocratique ne peut intervenir qu'à l'intérieur du cadre existant, et donc dans des formes maîtrisées par le gouvernement en place »¹⁸². L'auteur en conclut que la restriction du domaine de l'infraction politique manifeste ainsi le fait que la « gouvernementalité contemporaine se saisisse d'elle-même comme une triple fin : - *fin de l'évolution démocratique*. Comme nous l'avons relevé plus haut, l'État s'octroie implicitement le statut de démocratie achevée ; [...]. - *fin des idéologies*. Cette auto-identification du mode de gouvernement contemporain avec les principes démocratiques se lit également comme une prétention à constituer un seuil minimal de valeurs communes, en deçà des divergences d'orientation politique : en quelque sorte, les orientations idéologiques, entendues comme portant sur l'enjeu “*de désigner à grands traits le sens véritable des actions collectives, de dresser le modèle de la société légitime et de son organisation, d'indiquer simultanément les détenteurs légitimes de l'autorité, les fins que doit se proposer la communauté et les moyens d'y parvenir*”, sont désormais exclues du champ politique légitime. - *fin de l'action politique illégale* », ce qui, « analysé sous un angle constructiviste », révèle une « *démocratie formelle* », fondée sur un « *consensus mythique implicite* » et conduisant à une « *réduction du champ de l'opposition politique aux formes maîtrisées et imposées* »¹⁸³. La difficulté est alors que, ce faisant, le régime alimente ses contempteurs en leur fournissant les moyens de soutenir leur auto-victimisation.

45. Contre cette évolution, notre hypothèse est qu'il est nécessaire de conserver la catégorie « infraction politique », mais qu'il faut alors en modifier le fondement afin de créer les conditions du dépassement des apories précédemment signalées.

Nous estimons, en effet, que les difficultés posées par cette catégorie juridique tiennent à la corrélation impérative établie à tort entre son origine et son régime. En d'autres termes, l'infraction politique est, depuis le milieu du XIX^e siècle, appréhendée du point de vue de l'auteur, selon une conception « romantique » qui voudrait que la noblesse du motif qui l'anime justifie un régime répressif de faveur. Or, ce fondement, qui suscite depuis l'origine la circonspection et les réserves de la doctrine¹⁸⁴, nous semble inapproprié d'autant que l'exclusion, contre l'évidence, du terrorisme du domaine de l'infraction

¹⁸¹ M. Moucheron, *loc. cit.*, §.6-8.

¹⁸² *Ibid.*, § 31-32.

¹⁸³ *Ibid.*, § 31-46.

¹⁸⁴ Cf. Ortolan, *précit.*

politique est la conséquence de ce vice originel. Nous postulons, en conséquence, que la catégorie juridique de l'infraction politique ne doit plus être fondée sur la prétendue particularité du criminel mais envisagée comme l'appréhension par le droit de la violence consubstantielle à toute activité politique et indissociable de celle-ci¹⁸⁵ - ce qui implique que son régime ne soit pas nécessairement un régime de faveur¹⁸⁶. Nous souhaitons, ce faisant, contribuer à réduire la « carence de la réflexion criminologique » sur le rapport entre infraction politique et terrorisme, soulignée par M. Massé¹⁸⁷, en explorant les incidences d'une définition de l'infraction politique fondée non plus sur le délinquant et l'acte qu'il a perpétré mais sur la réponse que choisit d'y apporter une démocratie libérale.

46. Ainsi, les paradigmes renouvelés sur lesquels devrait se fonder la théorie de l'infraction politique sont :
- d'une part, l'imperfection du système démocratique, qui suscite des formes de violence qui, si elles ne sont pas tolérables, sont néanmoins les conséquences de choix politiques qui excluent une partie du corps social (1) et,
 - d'autre part, le droit de la démocratie de se défendre contre ses adversaires (2).

La catégorie juridique de l'infraction politique doit être envisagée comme un compromis aux termes duquel la démocratie, consciente de ses limites, concède sa part de responsabilité en reconnaissant la spécificité de ces formes de délinquance, tout en déployant une réponse répressive proportionnée, strictement nécessaire à sa conservation.

Nous sommes conscients des objections que peut susciter cette proposition, particulièrement dans un contexte où l'hégémonie culturelle en matière pénale s'est progressivement cristallisée autour d'analyses, inspirées du *Penal realism*, qui contestent les causes sociales de la délinquance¹⁸⁸. C'est pourquoi il apparaît nécessaire de développer brièvement les arguments qui la sous-tendent.

1. La violence politique comme conséquence de l'imperfection de la démocratie

47. S'agissant du premier terme de la proposition, nous postulons la conviction que la démocratie représentative libérale s'abaisse, se rend vulnérable et nourrit ses adversaires lorsqu'elle se conçoit dans la logique de « fin de l'histoire »¹⁸⁹. Seul un système démocratique parfait autoriserait à dénier toute spécificité au recours à la violence comme mode d'action politique ; or, aucune démocratie ne peut aujourd'hui prétendre avoir accédé à la perfection. En 1982, R. Koering-Joulin estimait déjà que « c'est une chose de reconnaître le délit politique comme un type délictueux autonome et de lui appliquer une répression adéquate, c'en est une autre de le nier au plan normatif pour ensuite, affaire par affaire, comme on le ferait de toute infraction, se demander si les mobiles de son auteur ou les circonstances de sa réalisation méritent indulgence ou rigueur. Dans le premier cas de figure, un pouvoir démocratique avoue la confiance relative qu'il a en sa supériorité sans se dissimuler les limites de son entreprise. Comme tel il supporte, voire même souhaite la contradiction et, si elle vient à se placer hors-la-loi, il la reconnaît ouvertement pour ce qu'elle est et lui apporte une réponse appropriée ; dans l'autre cas, une démocratie qui se croit infaillible et invincible, faute de pouvoir imaginer qu'il y ait meilleur régime que celui qu'elle représente, dénie à ses adversaires le droit à une lutte et à une répression adaptées ; en conséquence elle se contente de fonder leurs comportements dans la délinquance de droit commun quitte seulement à demander à ses juges de tenir compte presque clandestinement dans le choix de peine, du profil particulier

¹⁸⁵ Ce qu'Alain résume par la formule : « Les méchants gouvernent partout » (cf. sur ce point, l'analyse de F. Kaplan, *Propos sur Alain*, Gallimard, coll. Folio Essais, 2020, p.33-39).

¹⁸⁶ Cf. *infra*.

¹⁸⁷ *Supra*, note 5.

¹⁸⁸ Cf. sur cette doctrine et ses conséquences sur les politiques pénales des démocraties occidentales, O. Cahn, *op. cit.*, 2013, p.28-39.

¹⁸⁹ F. Fukuyama, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Flammarion, coll. Champs essais, 2018. L'auteur interprète la fin de la guerre froide comme le triomphe idéologique de la démocratie libérale - entendue comme le modèle étasunien - de sorte que celle-ci n'aurait plus qu'à gérer dans une attitude et une position de suprématie, les conflits transitionnels des autres régimes politiques vers la réalisation effective de cet horizon indépassable de tout système politique.

de leur auteur »¹⁹⁰. L'analyse conserve toute sa pertinence et c'est à cette aune que doit être pensée et assumée l'infraction politique.

48. * Il convient, d'abord, de mettre en évidence la faiblesse du modèle de la démocratie libérale occidentale, faiblesse qui, sans la légitimer d'une quelconque manière, explique, conformément aux analyses de H. Arendt¹⁹¹, pourquoi ce régime suscite une violence politique irréductible qui peut s'exprimer, chez certains esprits exaltés, dogmatiques ou « militaires »¹⁹², par le basculement dans le terrorisme.

49. La faiblesse du modèle démocratique occidental contemporain est, en réalité, double.

Une première faiblesse réside en ce que, dans aucune de ces démocraties, l'État n'est réduit à une « procédure normativement vide »¹⁹³, c'est-à-dire à un *minimum procédural*¹⁹⁴. C'est l'argument développé par Jhering dans *La lutte pour le droit*, aux termes duquel l'État doit être fondé sur « une philosophie du droit [...] qui commence avec les deux suppositions suivantes. Premièrement, les objectifs matériels de l'État ne sont jamais définis par l'État lui-même, mais sont tirés de quelque source impérieuse extérieure à l'État, tel que le droit naturel ou le besoin urgent de satisfaire pacifiquement des demandes privées de vengeance. Deuxièmement, l'activité de l'État est étroitement limitée à la mission procédurale minimale de faire tout ce qui est nécessaire pour faire valoir ces buts matériels ». Ainsi, l'État exerce « la coercition, au service de buts qui lui sont extérieurs » au titre du « monopole nécessaire » dont il jouit « en ce qui concerne le bien public »¹⁹⁵. Cela implique une parfaite neutralité de l'Administration, normativement agnostique, et dont l'activité se limite à la mise en œuvre de la politique décidée par la représentation populaire ; en contrepartie, l'exécutif et le Parlement s'interdisent toute ingérence dans le fonctionnement de l'Administration, qui n'est soumise qu'au respect des exigences de la légalité et au contrôle d'un pouvoir judiciaire lui-même indépendant. Dès lors, tout ce qui dépasse ce caractère strictement procédural et a, en conséquence, un contenu normatif, contribue à rendre le gouvernement illégitime.

Une seconde faiblesse réside en ce que ces régimes ne sont pas fondés sur une Nation, au sens où M. Mauss l'a définie, mais demeurent des États-Nations conformes au modèle décrit par E. Durkheim¹⁹⁶.

¹⁹⁰ R. Koering-Joulin, *loc. cit.*, 1982.

¹⁹¹ Cf. *supra*.

¹⁹² Ces dispositions intellectuelles permettent d'établir une taxinomie schématique des terroristes. Dans le premier cas, le terrorisme participe de la rencontre opportuniste entre une idéologie totalitaire et des orientations psychologiques particulières de l'individu. Peuvent être rangés dans cette catégorie certains militants des groupes terroristes d'extrême-gauche allemands et italiens durant les « années de plomb », dont l'engagement dans la violence était déterminé par la réaction à l'adhésion active au nazisme ou au fascisme de leurs proches; elle intègre évidemment aussi un certain nombre d'individus ayant récemment épousé la cause jihadiste (F. Khosrokhavar, *Le nouveau jihad en Occident*, Robert Laffont, 2018; L. Bonelli et F. Carrié, *La Fabrique de la radicalité. Une sociologie des jeunes djihadistes français*, Seuil, 2018). Cette catégorie n'intègre évidemment pas les malades psychiatriques qui commettent des actes terroristes qui, à raison de leur pathologie, ne devraient pas relever du droit pénal. La deuxième catégorie correspond aux militants révolutionnaires, corsetés dans une idéologie radicale à laquelle ils adhèrent profondément au terme d'un travail de construction intellectuelle (l'exemple archétype en France étant celui de J.-M. Rouillan, fondateur d'Action directe). Enfin, dernière catégorie, certains terroristes supportent la comparaison avec les militaires, au sens où ils se conçoivent et agissent comme des membres de forces armées engagés dans une guerre asymétrique, du faible au fort (ainsi, les membres d'ETA ou de l'IRA étaient sensiblement des « soldats » et se comportaient comme tel; de même les groupes terroristes juifs qui ont opéré en Palestine contre les Britanniques, les membres de groupes politiques armés palestiniens, les membres de l'ANC en Afrique du Sud, etc.). Les deux dernières catégories, constituées de militants essentiellement politiques, justifient la préservation de la catégorie « infraction politique ».

¹⁹³ Les auteurs remercient D. Linhardt, auquel ils empruntent cette formule, ainsi que la notion d'agnosticisme normatif, pour ses explications et conseils de lecture sur ce point.

¹⁹⁴ Selon la formule de J. Q. Whitman (cf. note suivante).

¹⁹⁵ J. Q. Whitman, « Aux origines du “monopole de la violence” », in C. Colliot-Thélène et J.-F. Kervégan, *De la société à la sociologie*, ENS Ed. coll. Theoria, 2002, p.79-81.

¹⁹⁶ Sur cette distinction, cf. B. Karsenti, « Une autre approche de la Nation : Marcel Mauss », *Revue du Mauss*, 2010/2 n° 36, p.283-294.

Ainsi, l'intégration sociale n'a pas atteint un degré suffisant pour se détacher du « critère politique de concentration du pouvoir souverain ». Comme l'explique B. Karsenti, selon Mauss, « l'idée de nation dans l'époque moderne » est affectée par une « éclipse », en ce « qu'après la promotion révolutionnaire de la souveraineté populaire, après qu'ont été posés constitutionnellement les principes d'un gouvernement de la société par elle-même, l'idée de nation a en fait subi une rechute : elle s'est convertie en idée de nationalité ». Or, la nation est « intrinsèquement liée à la démocratie, et l'essor qu'elle prend à l'époque moderne dépend de cet événement décisif : que la Révolution soit parvenue à faire passer la démocratie dans les faits. Mais, en même temps, la façon dont l'époque révolutionnaire a effectué ce passage n'a pu permettre à la nation véritable de se réaliser, et celle-ci s'est plutôt déclinée en nationalisme, c'est-à-dire en affirmation politique de l'identité nationale reportée sur la figure de l'État ». En conséquence, « au XIXe siècle, l'État s'est substitué à la pratique sociale de la nation, à cette intégration sociale liée dans l'esprit de Mauss, non simplement à une idée démocratique, mais à une vie démocratique – à des pratiques sociales de type démocratique. [...] Il y a donc un piège de la nation, et c'est un piège politique : il consiste à compenser le déficit d'intégration sociale de type démocratique par un étatisme – que cet étatisme soit démocratique, ou non démocratique. [...] C'est très exactement cela qu'a produit le XIXe siècle, en accomplissant une série d'inversions corrélatives de ce déplacement sur l'État. Le sophisme identitaire de type nationaliste en résulte. Il relance les sociétés dans une guerre d'une violence supérieure à celle que connaissaient les sociétés polysegmentaires ». Selon Mauss, ce qui a « manqué pour que la nation ne se laisse pas capturer par l'État », c'est « une forme de conscience de soi qui passe par le plan de l'intégration économique, il lui a manqué cette sensibilité, cette appartenance et cette citoyenneté développée au niveau des pratiques économiques. Il a manqué, en bref, aux nations modernes, de penser leur économie à un niveau où se réalise l'idéal démocratique [...] Car ce qui se joue alors au niveau économique, c'est toujours l'intégration de type démocratique »¹⁹⁷.

50. Il en résulte deux conséquences. La première peut être empruntée à Kelsen, lorsqu'il qualifie la définition juridique du pouvoir comme une « hypostase » qui dissimule sa réalité, c'est-à-dire « la maîtrise des organes du pouvoir par certains individus »¹⁹⁸. La seconde est mise en évidence par Heller, qui montre que « L'État n'est [...] pas le fruit d'une "homogénéité" préalable [...]. Il est avant tout organisation de la puissance. Seule cette organisation, en tant que "structure ordonnée d'action", surmonte la diversité qui le précède [...]. L'organisation est donc processus unifiant, toujours à faire, structure non pas fixe mais en procès. Cette considération est intimement liée au fait que l'État, en tant que "centre d'action" ne se décompose pas en "gouvernants" et "gouvernés" [...] mais, dans la Constitution démocratique [...] fait participer la société au processus politique, de sorte que l'État, en tant qu'organisation de la puissance, est toujours en procès »¹⁹⁹. Or, Kelsen a montré que la nature de ce « procès » dépend, en démocratie, de la qualité du parlementarisme, qui seule permet la protection effective de la liberté et le progrès de la démocratie²⁰⁰.

51. La France apparaît alors comme un archétype du régime démocratique libéral susceptible de susciter une violence irréductible puisque, dans son état contemporain, le régime de la Ve République se caractérise par la servitude volontaire d'un Parlement dévoué à l'exécutif²⁰¹, ce dernier étant lui-même acquis au néolibéralisme et exempt, s'agissant de l'objet de la présente étude, d'un contrôle effectif de son action.

¹⁹⁷ *Ibid.* p.287-291.

¹⁹⁸ Sur ce point : F. Brunet, *La pensée juridique de... Hans Kelsen*, Mare & Martin, 2019, p.130 *et seq.*

¹⁹⁹ Selon la présentation qui en est faite par C.-M. Herrera, « Hermann Heller : Crise de l'État, crise de la théorie », in O. Jouanjan, *Hermann Heller, La crise de la théorie de l'État*, Dalloz, coll. Tiré à part, 2012, p.40. Cf. aussi O. Jouanjan, « Hermann Heller : penser l'État de droit démocratique et social en situation de crise », *Irenée*, Université de Lorraine, « Civitas Europa », 2016/2, n°37, p.19-24.

²⁰⁰ F. Brunet, *op. cit.*, p.136.

²⁰¹ Les périodes de régime d'exception qui se succèdent, qu'il s'agisse de l'état d'urgence consécutif à la résurgence du terrorisme entre 2015 et 2017 ou de l'état d'urgence sanitaire en vigueur depuis le 23 mars 2020, suffisent à mesurer le degré de renoncement du Parlement français à sa mission de contrôle de l'action de l'exécutif.

Ainsi, le partage du pouvoir normatif entre l'exécutif et le Parlement, consacré par les articles 34 et 37 de la Constitution, engendre une politisation de l'administration qui n'est pas seulement une institution mise au service des représentants du peuple mais exerce un pouvoir propre et génère des normes contraignantes. Comme l'a montré R. Libchaber, la « primauté du droit se trouve exaltée dans la représentation que la société française s'efforce de donner d'elle-même, par la référence constante à la formule stéréotypée d'État de droit. [...] [L]a formule insiste chez nous sur la capacité du droit à régir l'ensemble des problèmes que la société rencontre, comme sur la foi qu'elle place dans le droit étatique seul pour la réguler. Peu importe la part d'illusion qui entre dans cette perception, car notre société est d'abord organisée par une administration puissante » ; et l'auteur d'ajouter que cet « "État d'administration" à la française » s'incarne dans « un seul corps soudé par une très forte homogénéité culturelle, [qui] cumule toutes les attributions autrefois constitutives de l'ordre juridique en se jouant de l'idée de séparation des pouvoirs »²⁰². Ainsi, la culture étatique française consiste à privilégier l'autorité de l'administration et la norme au détriment du juge pour régler les questions de société importantes²⁰³. Les récentes expériences de l'état d'urgence - sanitaire ou sécuritaire - permettent de mesurer l'ampleur de cette dérive. En conséquence, la capacité du processus démocratique à permettre la modification des politiques publiques s'en trouve limitée et la fraction de la population qui, faute de disposer du moyen d'accéder à l'Administration ou de se trouver dans une situation qui intéresse cette dernière, n'a plus accès à l'espace du politique, s'accroît²⁰⁴. Comme l'avait décrit H. Arendt²⁰⁵, **cette confiscation du politique par la bureaucratie engendre** la violence **comme** moyen de réparaître dans l'espace politique, en suscitant l'attention des gouvernants qui, pour tenter de mettre un terme à la crise ainsi identifiée, se réapproprient leur pouvoir de décision pour contraindre l'Administration à une action à laquelle elle était réticente²⁰⁶.

Par ailleurs, comme le souligne A. Supiot²⁰⁷, « le néolibéralisme place le droit et l'État eux-mêmes sous l'égide des calculs d'utilité économique, et promeut ainsi un monde plat, purgé de toute verticalité institutionnelle et de toute solidarité organisée. Nouvel avatar des expériences totalitaires du XX^e siècle, la globalisation est un processus d'avènement d'un Marché total, qui réduit l'humanité à une poussière de particules contractantes mues par leur seul intérêt individuel, et les États à des instruments de mise en œuvre des "lois naturelles" révélées par la science économique », tandis que « l'Union européenne a réalisé le rêve néolibéral décrit dès 1939 par Friedrich Hayek, d'une fédération d'États, capable de faire régner la concurrence libre et non faussée, car placée à l'abri des revendications démocratiques de justice sociale et de solidarité » et que « le droit [est] lui-même sous l'égide de calculs d'utilité économiques ». Il en résulte ce que P. Avril qualifie de « désenchantement démocratique », c'est-à-dire « ce scepticisme morose » qui « revêt en France des aspects singuliers, parce que le triomphe du néolibéralisme, attesté par la reconnaissance du marché comme critère exclusif de régulation collective, s'y est conjugué avec des alternances répétées de la droite et de la gauche sans que rien ne change vraiment aux yeux des citoyens »²⁰⁸. Ainsi se déploie une conception instrumentale de la démocratie, une conception procédurale de l'État de droit et un creusement des inégalités, jusque dans l'administration des pouvoirs régaliens²⁰⁹.

²⁰² R. Libchaber, *loc. cit.*, §.8-9.

²⁰³ Cf. dans le même sens, G. Bigot, *Ce droit que l'on dit administratif... Etudes d'histoire du droit public*, la mémoire du droit, 2015, particulièrement sur l'incapacité de l'État français à ériger le juge en tiers garant des droits subjectifs.

²⁰⁴ J. Fourquet, *L'archipel français. Naissance d'une nation multiple et divisée*, Le Seuil, 2019.

²⁰⁵ *Supra*.

²⁰⁶ Le budget très important consacré, sur décision du Président de la République, aux mesures destinées à répondre à la crise des « gilets jaunes », contre la volonté affirmée de contrôle de la dépense publique, l'illustre.

²⁰⁷ A. Supiot, « Seul le choc avec le réel peut réveiller d'un sommeil dogmatique », *Alternatives économiques*, 21/03/2020.

²⁰⁸ P. Avril « L'État de droit contre l'État républicain ? », *Le Débat*, 4/2017, p.96-97.

²⁰⁹ Sur ce dernier point, cf. à propos de l'administration de la répression, O. Cahn, « Le droit pénal trahit-il une dérive autoritaire du régime français ? », K. Abderamane, G. Kurt et C. Madeleine, *La formation des régimes autoritaires: analyse juridique comparée de récents développements européens*, RDUE, Cahier spécial, 2020 (à paraître).

De surcroît, comme le soulignait dès 1988 A. von Brünneck²¹⁰, « l'État constitutionnel occidental est fondé sur des principes structurels²¹¹ qui sont continuellement mis en danger par les activités de ses propres institutions. [...]. Les groupes politiques majoritaires, largement légitimés par le principe démocratique, risquent continuellement de nuire aux droits sociaux, politiques et personnels des individus ou des minorités. De plus, ils tendent à modifier, à leur avantage, les dispositions organisatrices de la constitution - à savoir le caractère ouvert du processus démocratique, la structure du principe de légalité, et le système de répartition des compétences fondé sur la séparation des pouvoirs ». Théoriquement, dans un État de droit, ces dérives doivent être prévenues par le contrôle exercé par le juge sur l'activité du législateur et de l'Administration²¹². Or, le régime français se caractérise aussi aujourd'hui par la réticence des autorités de contrôle - tant le Conseil constitutionnel que les juridictions administrative ou judiciaire - à exercer leurs fonctions lorsque cela les conduirait à s'opposer à la volonté du gouvernement²¹³. S'agissant, spécialement, de la lutte contre la violence, le juge n'hésite pas à passer outre les exigences de la légalité²¹⁴, obligeant le Conseil constitutionnel²¹⁵ voire, par une singulière inversion des rôles, l'exécutif à le rappeler parfois à l'ordre²¹⁶. Cela illustre l'analyse de M. Troper lorsqu'il constate que, dans une lecture réaliste, « le gouvernement sous lequel nous vivons » s'apparente plus à une « polysynodie » qu'à une démocratie²¹⁷. Ainsi, les autorités de contrôle ne procurent plus qu'imparfaitement, en France, la garantie du respect par la majorité des exigences du droit et de protection des droits des minorités.

52. Le recours à la violence par une fraction de ces dernières ne saurait alors surprendre. D'abord, parce que, comme l'a montré M. Dobry²¹⁸, l'existence d'une crise politique engendre une « conjoncture fluide » qui modifie, par l'effet de « l'incertitude structurelle », les relations entre les acteurs sociaux, les conduisant à échanger des « coups directs » et « attracteurs » - c'est-à-dire susceptibles de cristalliser l'attention par leur caractère symbolique plus que par leur efficacité réelle - qui conditionneront l'interprétation de la situation par les autres acteurs. Ensuite, parce que, comme le relève M. Chemillier-Gendreau²¹⁹, « ce que nous disent ces violences de l'échec du politique », c'est qu'« une société est politique lorsqu'en son sein, la pluralité est acceptée et respectée. Alors se joue dans la diversité, un espace proprement démocratique dans lequel la violence à l'état brut se déplace vers ce qui peut être de l'ordre de la conflictualité » et que

²¹⁰ A. von Brünneck, « Le contrôle de constitutionnalité et le législateur dans les démocraties occidentales », *Annu. internat. just. constit.*, 4-1988, p.39-40.

²¹¹ *Ibid.* p.39: « Les principes structurels des démocraties occidentales sont les suivants: 1/ L'hypothèse fondamentale du citoyen libre et éclairé comme base de l'organisation de la société et de l'État; 2/ La forme démocratique du processus politique conditionné par le principe majoritaire 3/ La protection des droits des minorités politiques et autres 4/ Le principe de légalité dans l'organisation des rapports entre l'État et le citoyen ; et 5/ La séparation des pouvoirs étatiques afin d'empêcher un mauvais usage de la puissance publique. »

²¹² Cf. sur ce point, la controverse ayant opposé Kelsen et Schmitt sur la légitimité du contrôle de constitutionnalité.

²¹³ Cf. pour ce qui intéresse cette étude, notre article, *loc. cit.*, RJC, n°4/2017, p.857-868 ; cf. aussi Cons. const. déc. n°2020-799 DC du 26 mars 2020, Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, P. Cassia, « Le Conseil constitutionnel déchire la Constitution », 27 mars 2020, <https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/270320/le-conseil-constitutionnel-dechire-la-constitution> et CE, ord., 3 avril 2020, n°439894, *Syndicat des avocats de France*.

²¹⁴ Par exemple, Crim. 7 janvier 2020, n°19-80136 ; F. Safi, « Le recel de l'apologie du terrorisme : du juge qui prononce la lettre de la loi au juge qui trahit l'esprit de la loi », *Lexbase Pénal* n°25 du 19 mars 2020, N2501BYB ; D. Roets, « Du recel de fichiers téléchargés faisant l'apologie d'actes de terrorisme : Cour de cassation versus Conseil constitutionnel ? » *D.* 2020. 312; J. Alix, « Aux confins de la répression pénale », *D.* 2020. 273 ; *contra* : Y. Mayaud, « La place du recel dans le terrorisme », *Garz. Pal.*, n°7, 2020, p. 3.

²¹⁵ Cons. const., déc. n°2020-845 QPC, 19 juin 2020 - M. Théo S. [Recel d'apologie du terrorisme].

²¹⁶ Ministère de la justice, *Circulaire de présentation des dispositions applicables pendant l'état d'urgence sanitaire et relative au traitement des infractions commises pendant l'épidémie de Covid-19*, 25 mars 2020, JUSD 2008353 C, mettant fin à la pratique de certains parquets consistant à retenir contre les récidivistes de non-respect des consignes de confinement imposé pour lutter contre l'épidémie la qualification de mise en danger délibérée de la vie d'autrui.

²¹⁷ M. Troper, *Le droit et la nécessité*, PUF, coll. Léviathan, 2011, p.211-212.

²¹⁸ M. Dobry, *Sociologie des crises politiques - La dynamique des mobilisations multisectorielles*, 3ème éd., 2009, Presses de Sciences Po.

²¹⁹ M. Chemillier-Gendreau, *Régression de la démocratie et déchainement de la violence*, Textuel, coll. Conversations pour demain, 2019, p.14-15.

la violence politique qui s'exprime aujourd'hui en France « est une illustration du défaut d'inclusion de l'ensemble de la population dans le pacte politique. La politique de la France [...] a ignoré et même exclu une partie importante des classes moyennes inférieures, notamment celles situées dans les territoires défavorisés ». Dans la majorité des cas, cette violence est « apprivoisée »²²⁰, c'est-à-dire que dans notre société policée, elle s'exprime de manière sporadique et non comme un mouvement révolutionnaire auquel les individus ne croient plus²²¹; exceptionnellement, cette violence peut s'exprimer par des actes de terrorisme, d'autant que la frontière qui sépare la violence politique du terrorisme n'est pas légalement établie de manière claire et précise²²².

53. * Ensuite, outre des faiblesses du modèle politique, la préservation de la catégorie « infraction politique » doit résulter du fait que la démocratie libérale est le seul régime qui non seulement est conscient qu'il n'emporte pas l'adhésion unanime des citoyens mais qui, en outre, tolère, voire valorise, la contestation et la confrontation idéologique. Or, héritage des Lumières, la démocratie libérale se prétend fondée sur la Raison. Elle doit donc admettre que l'être humain est ainsi fait que la confrontation idéologique peut aussi engendrer la violence, y compris physique, et avoir l'humilité de reconnaître plus particulièrement que certaines conquêtes sociales ont été obtenues par la confrontation violente entre les gouvernants et certains gouvernés²²³.

Ainsi, si la démocratie prétend être le gouvernement du peuple par le peuple et pour le peuple, il faut admettre que la confrontation politique qu'elle valorise et qui est nécessaire à la pérennité de son modèle suscite de la violence et en tirer les conséquences, d'une part, en admettant que l'action politique peut être violente - ce qui interdit la dépolitisation de la violence -, et, d'autre part, en ne traitant pas le délinquant « politique » comme le délinquant de droit commun - non à raison du fait que son acte est « romantique » mais parce qu'il est, pour partie, consubstantiel au fonctionnement du régime, au moins jusqu'à ce que ce dernier accède à la perfection. Dans ces conditions, la conservation de la catégorie juridique « infraction politique » nous semble justifiée comme une conséquence du dysfonctionnement de la dialectique qui devrait ordonner la démocratie libérale, un *memento mori* adressé aux gouvernants.

Cependant, la démocratie libérale est aussi fondée sur la prééminence du droit qui implique que la loi doit gouverner les rapports de force.

2. La droit de la démocratie de se défendre contre ses adversaires

54. A la suite de R. Koering-Joulin, nous postulons que la nécessité de la préservation de la catégorie juridique « infraction politique » procède d'une exigence axiologique, qui tient à ce que la démocratie, consciente de ses faiblesses et admettant qu'elle peut susciter par ses modes de fonctionnement une contestation, y compris violente, s'honorerait à ne pas accepter la forme de confrontation proposée par ses adversaires - et doit donc absolument refuser d'entrer en guerre contre eux. De même, le traitement imposé au délinquant politique ne doit-il plus consister en un dispositif inventé par le personnel politique, à son bénéfice, pour se prémunir des vicissitudes de l'histoire et dont il pourrait arbitrairement désigner les bénéficiaires ou exclure les individus qui commettent des actes criminels évidemment politiques. La répression des infractions politiques pourrait alors devenir l'expression d'une démocratie libérale, consciente qu'elle n'est pas aboutie, qui admet qu'elle doit progresser encore pour accéder au modèle parfait de l'État strictement procédural et normativement agnostique, régi par un droit mis en œuvre par une administration dévouée au seul intérêt général, mais qui souhaite néanmoins affirmer sa supériorité en ne tombant pas dans le piège de l'escalade de la brutalité que lui tend son adversaire. Ainsi,

²²⁰ Selon la formule d'Y. Michaud, *La violence apprivoisée*, Hachette, 1996, coll. « Questions de société ».

²²¹ Citons, pour l'illustrer, les exactions perpétrées par les « gilets jaunes », par certains militants extrémistes à l'occasion des manifestations sur la voie publique ou celles qui peuvent surgir à l'occasion d'un conflit social dans une entreprise.

²²² Crim. 10 janvier 2017, précit. et O. Cahn, « Sauriez-vous reconnaître le terroriste? », Grief, n°4, 2017, Dalloz/Ed.EHESS, p.127-138.

²²³ Cf. *supra*, nos développements sur les travaux d'H. Arendt et M. Zancarini-Fournel.

il faut envisager le régime de l'infraction politique non plus comme un régime de faveur envers l'auteur de l'acte mais comme l'expression par la démocratie de sa *self awareness*.

L'infraction politique devient alors une expression de la *streitbare Demokratie*, c'est-à-dire ce droit, théorisé par la doctrine et le juge constitutionnel allemands, qu'a une « démocratie militante » de se défendre, par les moyens de l'État de droit, contre ses adversaires²²⁴.

55. Dès le milieu des années 1930, une réflexion s'est développée en Allemagne sur la manière dont le recours à la législation d'exception, durant la république de Weimar, avait pu induire une *Diktatur gewöhnung*, une accoutumance progressive à la dictature qui a conduit la démocratie à enfanter un État totalitaire tout en respectant en apparence les règles démocratiques. En 1948, à la suite des « recommandations de Londres », une réflexion s'est développée sur les principes qu'il convenait d'intégrer à la Constitution du futur État allemand, conçu, aux termes desdites recommandations, comme une démocratie fédérale fondée sur le droit et garantissant les droits de l'homme. S'en est dégagée principalement l'idée que ces derniers devaient être conçus comme ceux de l'individu, par opposition à la période nationale-socialiste durant laquelle l'individu n'existait que par son adhésion sans réserve au groupe national. Cette conception s'est traduite dans les articles 1(1)²²⁵, qui oriente toute la Loi fondamentale, et 20²²⁶, soutenus par l'alinéa 3 de l'article 79²²⁷, dont l'objet est de garantir qu'une évolution telle que l'ont connue les dernières années de la République de Weimar ne soit possible qu'au prix d'un coup d'état constitutionnel. Durant ces travaux, C. Schmid affirma, pour justifier la nécessité d'encadrer les libertés afin de les protéger, qu'il fallait avoir « le courage de l'intolérance envers ceux qui veulent se servir de la démocratie pour l'assassiner »²²⁸ ; il reprendra ensuite cette expression devant le Conseil parlementaire²²⁹. Il s'agissait selon lui de se distancier de la Constitution de Weimar, qui avait permis au NSDAP de conquérir le pouvoir et de mettre en place les prémices du régime totalitaire, tout en préservant les apparences de la légalité et de la constitutionnalité. En conséquence, le I. de la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, consacré aux Droits fondamentaux, permettra à la Cour constitutionnelle fédérale (*BVG*) de donner corps à la doctrine de la *démocratie militante*.

Celle-ci est inspirée des travaux de K. Loewenstein²³⁰, qui a montré, dès le milieu des années 1930, que le principe, fondamental en démocratie, de pluralisme et de tolérance des opinions politiques divergentes avait été détourné par les partis totalitaires pour détruire la démocratie et que cette dernière avait fait preuve, à leur rencontre, d'une « léthargie suicidaire » et « aiguisé la dague avec laquelle elle avait été poignardée dans le dos ». En réponse, il suggérait que la démocratie devienne « militante », comme un « système qui déploie des techniques et mesures afin de combattre les attaques de ses ennemis fascistes »²³¹. Au regard des arguments précédemment développés, cette doctrine présente un intérêt évident, dès lors que « selon le professeur de droit constitutionnel H. Jahrreiß, la fonction d'une "démocratie militante" est d'être un "arrangement intérimaire" jusqu'au moment où le peuple aura atteint

²²⁴ Les auteurs remercient J.-P. Cahn, professeur émérite de civilisation allemande à l'université Paris IV, pour son éclairage sur la construction de cette doctrine.

²²⁵ 1. Dignité de l'être humain, caractère obligatoire des droits fondamentaux pour la puissance publique. (1) « La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger ».

²²⁶ « Fondements de l'ordre étatique, droit de résistance ».

²²⁷ 79. Modification de la loi fondamentale. (3) « Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait [...] aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite. »

²²⁸ M. Görtemaker, *Geschichte der Bundesrepublik Deutschland. Von der Gründung bis zur Gegenwart*, Fischer, 1999, p.66.

²²⁹ H.-A. Winler, *Der lange Weg nach Westen. Deutsche Geschichte*, vol.2, 5^e éd., C.H. Beck, 2000, p. 132.

²³⁰ K. Loewenstein, « Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe », *Am. Pol. Sc. Rev.* 1935, 29, p.571-593 et 755-784 et « Militant Democracy and Fundamental Rights », *Am. Pol. Sc. Rev.* 1937, 31(3), p.417-432 et 638-658.

²³¹ M. Thiel, « Germany », in M. Thiel (ed.), *The « Militant Democracy ». Principle in Modern Democracies*, Ashgate, 2009, p.110.

une “conscience inextinguible” de la démocratie »²³². Elle a été consacrée par la *BVG* dans deux décisions relatives à des interdictions de partis politiques, la Cour ayant alors dû interpréter les termes de l'article 21 de la Loi fondamentale²³³ et, plus particulièrement, décider de leur conformité à l'article 5 du même texte, qui garantit la liberté d'opinion. En 1956, dans la décision « KPD », qui constitue un précédent qui lie la Cour constitutionnelle fédérale, les juges ont estimé que le paragraphe 2 de l'article 21 « ne viole aucun principe garanti par la Constitution; il constitue une manifestation de la volonté politique constitutionnelle consciente de résoudre un problème marginal de l'ordre fondamental libre et démocratique de l'État, le reflet des expériences du Constituant, qui a considéré qu'il ne pourrait établir un principe absolu de neutralité de l'État à l'égard des partis politiques dans certaines situations historiques spécifiques, une concession à la “démocratie militante” »²³⁴; en d'autres termes, comme un moyen de prévenir l'abus des droits fondamentaux par les adversaires de la démocratie²³⁵. En 1958, la Cour précisa que, si les droits fondamentaux ont pour objectif premier de garantir la protection du citoyen contre les ingérences de l'État, ils constituent aussi une « hiérarchie objective des valeurs », ce qui n'exclut pas qu'en certaines circonstances, l'intérêt général puisse prévaloir sur celui de l'individu²³⁶.

S'agissant plus particulièrement du sujet qui intéresse cette étude, la confrontation de la RFA au terrorisme durant les années 1970 illustre la pratique de la démocratie militante. La *Rote Arme Fraktion* fut créée à la fin de l'année 1969. A partir de 1974²³⁷, le Parlement adopta une série de lois antiterroristes qui introduisaient des dérogations aux règles de procédure pénale, élargissaient notablement les pouvoirs de la police fédérale et durcissaient les conditions de détention des suspects et condamnés pour faits de terrorisme²³⁸. En 1977, lors des funérailles du procureur fédéral S. Buback, assassiné par un commando de la RAF, H. Schmid, Chancelier depuis moins d'un an, déclara que les terroristes cherchaient à provoquer une réaction de l'État afin de pouvoir dénoncer l'Allemagne comme une « dictature fasciste ». A la suite de l'enlèvement de H.-M. Schleyer, le gouvernement, en accord avec l'ensemble des partis représentés au *Bundestag*, définit trois objectifs de la lutte antiterroriste : libérer les otages vivants, arrêter les ravisseurs et les faire comparaître, et éviter que soit entamée la crédibilité du gouvernement fédéral à l'intérieur et à l'extérieur des frontières. Cela impliquait, entre autres, le refus d'échanger les détenus pour terrorisme contre les otages²³⁹. Saisi par la famille de Schleyer, la *BVG* refusa de faire droit à sa requête, et déclina sa compétence en estimant que, s'il appartenait au gouvernement de protéger la vie, il appartenait aussi aux organes de l'exécutif de décider des moyens d'y parvenir, leurs choix devant en la

²³² *Ibid.*

²³³ « Article 21. Partis politiques [...] (2) Les partis qui, d'après leurs buts ou d'après le comportement de leurs adhérents, tendent à porter atteinte à l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, ou à le renverser, ou à mettre en péril l'existence de la République fédérale d'Allemagne, sont inconstitutionnels. La Cour constitutionnelle fédérale statue sur la question de l'inconstitutionnalité. »

²³⁴ M. Thiel, *loc. cit.*, p.111.

²³⁵ Plus précisément, par deux décisions validant l'interdiction d'un parti néo-nazi et du parti communiste, le *BVG* a consacré la nécessité de protéger la RFA de tout risque de dérive totalitaire. Dans la première décision (*Sozialistische Reichspartei Deutschlands*, 1952), le *BVG* avait pris soin de préciser que l'importance particulière des partis dans un État démocratique fait que leur mise à l'écart de la vie politique ne se justifie pas au seul motif qu'ils contestent certaines dispositions, voire des pans entiers de la constitution par des moyens légaux mais seulement lorsqu'ils ébranlent des valeurs essentielles de l'ordre fondamental libre et démocratique (G.-J. Glaessner, *Demokratie und Politik in Deutschland*, Opladen 1999, p.186). Dans la seconde décision (*Kommunistische Partei Deutschlands*, 1956), la Cour précise sa position : « Un parti n'est pas inconstitutionnel à raison du fait qu'il ne reconnaît pas les principes supérieurs de l'ordre fondamental et démocratique, qu'il les rejette, qu'il leur en oppose d'autres. Il faut que s'y ajoute une attitude de combat actif, agressive, face à l'ordre existant, elle doit porter atteinte de manière calculée au fonctionnement de cet ordre et viser à détruire ultérieurement cet ordre-même ».

²³⁶ G.-J. Glaessner, *op. cit.*, p. 181.

²³⁷ *Anti-Terror-Paketgesetz* dite « *Lex Baader-Meinhof* »; § 129a StGB introduit par une loi de 1976.

²³⁸ S. Stöffel, *Die Wechselwirkung von Terrorismus und innerer Sicherheit in der Bundesrepublik Deutschland der 70er Jahre. Juristische, politische und gesellschaftliche Rezeption des Terrorismus der Roten Armee Fraktion und der staatlichen Terrorismusbekämpfung*, Magisterarbeit, Eberhard Karls-Universität Tübingen, 2002, p. 50-51.

²³⁹ *Ibid.*, p. 43.

matière être adaptés à chaque situation sans que la Cour fédérale ne puisse leur imposer une décision contraignante. En revanche, saisie de la loi dite « de verrouillage des contacts », elle n'hésita pas à opérer une lecture restrictive du texte²⁴⁰.

Cette jurisprudence doit être rapprochée, d'une part, de l'analyse du procès de Stammheim proposée F. Audren et D. Linhardt²⁴¹, ces auteurs ayant montré combien la justice allemande avait, en l'espèce, su faire preuve de rigueur tout en refusant de transiger avec le respect des principes fondamentaux, afin de ne pas nourrir l'argumentaire des terroristes sur le caractère fictif de l'État de droit et de la démocratie allemande et, d'autre part, de la jurisprudence récente de la *BVG*, qui confirme que, même dans le contexte international de « guerre contre le terrorisme », elle persiste à rappeler, de manière exigeante, le législateur et l'exécutif allemand au respect des principes fondamentaux garantis par la Constitution tout en veillant, au nom du droit de la démocratie de se défendre contre ses ennemis, à ne pas entraver l'adaptation de l'arsenal de lutte contre le terrorisme aux évolutions technologiques comme aux formes nouvelles de la violence terroriste²⁴².

Que faut-il retenir de cette expérience ? D. Linhardt estime que l'État allemand a alors été soumis à une « épreuve d'extériorité réitérée » qui a consisté dans le « conflit » qui l'a opposé « à un ensemble d'entreprises de guérilla urbaine, recourant à des formes d'action qualifiées de terroristes ». Or, d'une part, « le déploiement de l'épreuve [...] conduit [...] à une autre image de la force de l'État. [...] Et à ce titre, les effets de cette force sont loin d'être uniquement symboliques : en voulant dévoiler, sous ses apparences démocratiques, la nature fondamentalement fasciste de l'État ouest-allemand, c'est un arsenal que les membres des groupes de guérilla urbaine découvrent. [...] Et cet arsenal tire son effectivité non pas d'une quelconque force symbolique, mais bien de sa capacité matérielle à traquer, saisir, démanteler, juger et enfermer des “terroristes” »²⁴³ mais, d'autre part, « le doute quant à la réalité de la démocratie allemande, le doute quant à la capacité de l'État de surmonter définitivement le fascisme, tend à disparaître. La critique du “fascisme de Bonn” disparaît de l'espace public dans le courant des années 1980. De manière générale, on s'accorde désormais à reconnaître dans l'État allemand un État démocratique. Mais il s'agit bien là d'un effet de l'épreuve et non d'un préalable. C'est bien parce que l'État allemand a été collectivement reconnu, dans et à l'issue de l'épreuve, comme une démocratie que cet énoncé renforce son assise : dans les années 1950 et 1960, l'énoncé “l'État allemand est une démocratie occidentale”, lorsqu'il n'était pas tout bonnement rejeté, se disait sur le mode injonctif, comme s'il fallait dissimuler le doute ; dans les années 1980, ce même énoncé relevait du constat partagé »²⁴⁴.

56. Ainsi, s'agissant de l'objet de cette étude, l'expérience allemande montre qu'il est possible, sans désarmer l'État, de renforcer la démocratie au moyen de la lutte légitime qu'elle déploie contre ceux qui veulent la détruire, y compris les terroristes. Plus particulièrement, elle traduit les implications de ce que nous nommerons « l'option Nuremberg ». On s'en souvient, à la fin de la Seconde Guerre mondiale, le Royaume-Uni, soucieux de ne pas fournir aux dignitaires nazis la tribune qu'offre un procès, souhaitait qu'après leur arrestation, ils soient immédiatement exécutés. En vertu de l'exemplarité qu'impliquait la rééducation, les autres alliés optèrent cependant pour la création du Tribunal pénal militaire international de Nuremberg et la tenue de procès respectueux des exigences libérales. Il fallait donner à voir que la démocratie ne renonçait pas à ses valeurs, même pour punir les auteurs des crimes les plus odieux²⁴⁵. De même, confronté à la violence politique dans ses manifestations extrêmes, l'État est confronté à

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 49.

²⁴¹ *Précit.*

²⁴² M. Jestaedt, « La reticence allemande à l'égard de l'état d'urgence », intervention lors du colloque *Les autorités de contrôle face à la lutte contre le terrorisme en France, en Allemagne et au Royaume-Uni*, Université de Strasbourg, 15 novembre 2019.

²⁴³ *loc. cit.*, 2008, p.20.

²⁴⁴ p.38.

²⁴⁵ F. Bellivier, M. Eudes et I. Foucard, *Droit des crimes internationaux*, PUF, coll. Thémis, 2018, p.23.

l'alternative de faire prévaloir la force ou le droit. Dans le premier cas, il manifeste sa puissance, espérant implicitement créer un effet dissuasif et de réassurance de sa population²⁴⁶; dans le second, il ajoute à ces deux effets, qui pourraient procéder du procès et de la condamnation des auteurs, l'affirmation de l'échec de ces derniers à pervertir l'État de droit.

57. Il faut alors être très clair : la « démocratie militante » n'est acceptable qu'autant que le régime qui la met en œuvre rassemble un Parlement effectivement titulaire du pouvoir normatif et, surtout, un dispositif juridictionnel, constitutionnel et judiciaire, de contrôle des activités des autorités publiques, d'une rigueur et d'un degré d'exigence envers le respect des principes fondamentaux et des libertés publiques, au moins équivalents à ceux de la *BVG*. Dans le cas contraire, la répression des infractions politiques procèdera d'un simple habillage juridique formel de l'exercice de sa puissance par l'État. En conséquence, la pratique actuelle du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et de la chambre criminelle de la Cour de cassation, comme le rôle dévolu au Parlement, conduisent à considérer que cette évolution n'est pas envisageable pour l'instant en France et que, si elle advenait, elle pourrait constituer une menace pour les droits fondamentaux. La somme des remontrances adressées aux autorités françaises par le Conseil de l'Europe et l'Organisation des Nations Unies à raison de la législation et des pratiques démontrées durant l'état d'urgence en vigueur entre 2015 et 2017 et pour gérer le mouvement des « gilets jaunes », comme l'absence de contrôle parlementaire ou juridictionnel exercé sur les opérations militaires diligentées au titre de la « guerre contre le terrorisme » menée par la France, suffisent à le démontrer.

58. Cela n'empêche cependant pas de poursuivre la démonstration de l'utilité de la catégorie « infraction politique », comme outil permettant d'affecter juridiquement à la violence politique un régime spécifique.

La conservation de la catégorie juridique « infraction politique » peut, en effet, apparaître comme une manifestation de l'équilibre du droit pénal libéral. Ainsi, d'une part, au regard du droit pénal général et spécial, la démocratie s'honorerait en reconnaissant que ses faiblesses intrinsèques engendrent des violences dont les auteurs doivent être soumis à un régime répressif spécifique ; en d'autres termes, l'existence même de cette catégorie juridique consacrerait la reconnaissance par la communauté politique de sa part de responsabilité dans l'émergence de cette criminalité. D'autre part, au regard de la procédure pénale et du droit de la peine, la démocratie se renforcerait en contenant sa réponse dans les contraintes de la « démocratie militante », soit une intransigeance contre ses adversaires qui veulent la détruire, mais dans le strict respect des principes - et non seulement des règles procédurales formelles - de l'État de droit. La répression ne s'en trouverait pas désarmé puisque la restauration de la cohérence de cette catégorie générique autonome d'infractions - qui procéderait du rassemblement de toutes les infractions politiques par nature ou par le mobile qui a déterminé leur commission - n'interdirait pas de tirer les conséquences de l'hétérogénéité des comportements constitutifs d'infractions politiques qui, dans le respect scrupuleux des contraintes de l'État de droit, pourraient être soumis à un régime procédural différencié en fonction de l'importance de l'atteinte qu'ils causent à l'ordre public.

Il deviendrait alors acceptable qu'existent des condamnés et des prisonniers politiques, sans exposer la démocratie à l'opprobre qui s'attache depuis les années 1950 à ces notions. Au contraire, ceux-ci seraient alors l'expression d'une déférence aux exigences de l'État de droit en marquant, de la sorte, que la société se contraint elle-même à répondre à la criminalité qui cherche à la détruire en respectant les limites contraignantes de la prééminence du droit. En d'autres termes, l'infraction politique pourrait constituer un moyen pour la société de démontrer qu'elle n'accepte pas d'entrer dans la confrontation violente directe que lui imposent ses agresseurs et que les démocraties ne tombent pas dans le « piège que l'histoire [leur] a déjà tendu » car « celles qui y ont cédé n'ont rien gagné en efficacité répressive mais beaucoup perdu en termes de liberté et parfois d'honneur »²⁴⁷. Accessoirement, cette redéfinition du fondement de l'infraction politique permettrait de clarifier de la notion et, ainsi, de démystifier l'infraction politique, ce

²⁴⁶ Par exemple, le traitement par la Russie de la prise d'otage à l'école de Beslan en 2004 (cf. CEDH, 13 avril 2017, *Tagayeva et ors. c. Russie*, n°26562/07).

²⁴⁷ L. Bretton, « Robert Badinter : “Les terroristes nous tendent un piège politique” », *Libération*, 7 janvier 2015.

qui neutraliserait les tentatives d'instrumentalisation de cette catégorie juridique par des délinquants de droit commun qui cherchent à se parer du statut, aujourd'hui infamant pour l'État, de victime d'un procès politique²⁴⁸.

Ainsi refondée, la catégorie juridique « infraction politique » pourrait inclure le terrorisme.

B. Assumer la nature d'infraction politique du terrorisme

59. La préservation du régime spécifique de l'infraction politique ne suffit pas à résoudre la question du rattachement du terrorisme à cette catégorie. D'abord, il est délicat de démontrer l'intégration du concept imprécis de terrorisme dans le domaine de la notion indéfinie d'infraction politique... Ensuite, l'obstacle qui résulte de la *ratio legis* ayant présidé à la consécration de la catégorie juridique des « infractions politiques » - la conception « romantique » - doit être surmonté. Notre hypothèse est que la démocratie libérale, quelles que soient ses imperfections, n'a pas à concéder à un criminel, perpétrant des actes particulièrement odieux, la qualité de héros romantique au service d'une noble cause. La question dépasse donc celle du terrorisme.

Aussi faut-il au préalable recomposer la catégorie juridique de l'infraction politique (1). Il devient alors possible de normaliser la répression du terrorisme (2).

1. Recomposer l'infraction politique

60. Si, comme nous l'avons montré, la démocratie s'honorerait à reconnaître que ses imperfections peuvent engendrer la violence - et qu'à ce titre, elle marque sa *self-awareness* en réservant un traitement spécifique aux auteurs de tels actes -, il n'en demeure pas moins qu'aucune cause ni situation individuelle ne saurait justifier que, dans une démocratie, un individu recoure à la terreur, à l'attentat ou à l'insurrection pour tenter de modifier l'organisation et les conditions sociales. Dès l'origine, les juristes ne furent pas dupes du prétendu « romantisme », *a fortiori* désintéressé, du délinquant politique²⁴⁹. La corrélation entre la nature de l'acte et la noblesse du mobile n'est donc pas incontestable et peut être aisément dépassée.

61. Le législateur s'est toujours refusé à définir l'infraction politique et s'est contenté, sporadiquement, d'en donner des indices. En conséquence, la charge de préciser la notion est principalement revenue au juge. Dès lors que l'utilité de cette catégorie juridique est démontrée, l'exigence de cohérence systémique implique, en conséquence du fondement renouvelé que nous avons proposé, de retenir une définition de l'infraction politique qui intègre les critères à la fois objectif (infractions politiques par nature) et subjectif (infraction de droit commun perpétrée dans le cadre d'une action politique) et de faire du contenu de cette catégorie juridique une question de droit soumise au contrôle de la Cour de cassation²⁵⁰, afin de prévenir le recours à la pratique de la dépolitisation des violences politiques par l'application de qualifications de droit commun. Une telle définition interdit d'exclure *a priori* les actes de violence aux personnes et aux biens, y compris ceux susceptibles d'épouser une qualification terroriste, ou encore ceux qualifiés de génocides ou de crimes contre l'humanité. Cela renforcerait, en outre, la cohérence de la compétence du Parquet national antiterroriste, créé par la loi n°2019-222 du 23 mars 2019. Par ailleurs, si l'on considère la nature de l'acte perpétré, la perspective historique conduit à considérer que les

²⁴⁸ Par exemple, J.-L. Mélenchon, *Et ainsi de suite. Un procès politique en France*, Plon, 2019. Certes, l'auteur est issu d'une tradition intellectuelle dans laquelle « tout est politique », mais, en l'état du droit positif, sa condamnation pour rébellion ne saurait surprendre et sa tentative d'appliquer à son cas personnel la doctrine de droit international public du *lawfare* permet, à elle seule, de mesurer le sérieux de son argumentation (cf. sur cette théorie : A. Estève, « Le “lawfare” ou les usages stratégiques du droit », in B. Pelopidas et F. Ramel (dir.), *L'Enjeu mondial. Guerres et conflits armés au XXIe siècle*, Presses de Sciences Po, 2018, p.201-211).

²⁴⁹ Cf. Ortolan, cité *supra*.

²⁵⁰ Il s'agit ainsi d'éviter que le ministère public, placé sous l'autorité du ministre de la Justice, ne prive la législation de tout effet en recourant, par application de son pouvoir d'opportunité des poursuites, à des qualifications de droit commun. Sur la qualification juridique des faits, v. L. et J. Boré, *La cassation en matière pénale*, Dalloz, 2004, p. 293-302.

violences révolutionnaires n'ont rien à envier, dans leur ampleur mais aussi dans leur « injustice », aux actes de terrorisme²⁵¹. La nature des actes perpétrés autorise donc à regrouper dans une même catégorie juridique l'ensemble des manifestations de la violence politique. L'adaptation de l'arsenal répressif serait minime puisqu'il suffirait, d'une part, d'ajouter au livre IV une infraction réprimant les violences contre les personnes ou les biens perpétrées à l'occasion d'actes d'émeutes²⁵² et de créer au début de ce Livre un titre premier intitulé « Des infractions politiques », regroupant ces infractions aujourd'hui dispersées dans les trois premiers titres.

En refondant la catégorie « infraction politique » comme une catégorie juridique autonome cohérente, intégrant sans distinction l'ensemble des manifestations de la violence politique, l'autorité publique montrerait qu'elle ramène celles-ci à ce qu'elles sont, c'est-à-dire une délinquance soumise aux contraintes mais aussi à la protection des règles de l'État de droit. L'abandon de la référence à l'auteur et à la « noblesse » de ses motifs permettrait de remettre en cause le régime de faveur octroyé aux délinquants politiques dès lors que les causes sociales de la délinquance n'ont jamais constitué, sauf dans la doctrine radicale néo-marxiste, un motif d'atténuation de la responsabilité pénale mais seulement la source d'un devoir assigné à l'État de tenter de les corriger, afin d'assumer son obligation de préserver l'ordre public, et celle de l'obligation faite au juge de les prendre en considération pour définir le *quantum* de la peine et appliquer la sanction la plus à même de permettre une réinsertion de l'auteur dans des conditions qui lui permettent d'échapper auxdites causes. En outre, l'unification de cette catégorie juridique, intégrant des comportements hétérogènes, constitutifs d'atteintes inégalement sérieuses à l'ordre public, n'interdira pas au législateur d'adapter l'appareil répressif à la lutte contre les formes les plus graves de cette criminalité - y compris en adoptant des dispositions dérogatoires au droit commun -, l'expérience de la législation antiterroriste prouvant qu'il est légalement possible de soumettre les infractions composant une catégorie juridique autonome à un régime répressif différent en fonction de leur gravité²⁵³.

Reste à justifier l'intégration du terrorisme dans la catégorie des infractions politiques.

2. La normalisation de l'infraction terroriste

62. La perspective historique permet de constater que l'exclusion du terrorisme n'a pas toujours été la règle.

Au début du XX^e siècle, la liste des infractions qualifiées de « politiques » s'établit ainsi: crimes contre la sûreté intérieure et extérieure de l'État (hormis l'espionnage); infractions perpétrées à l'occasion d'un mouvement insurrectionnel (hormis les infractions prévues par les lois de 1893 et 1894 contre les menées anarchistes); infractions d'association internationale, d'association illicite et de société secrète; infractions d'attroupement et de réunion publique illicite; violences et fraude à l'occasion des élections (sans usage d'arme ou d'explosif); infractions perpétrées par des ministres des cultes; infractions anarchistes commises publiquement par le moyen de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 et infractions prévues par la loi sur la presse de 1881 (à l'exception de la diffamation et de l'injure contre les particuliers et des outrages aux bonnes mœurs)²⁵⁴. Il peut être relevé, d'une part, que les violences anarchistes, qui correspondaient à ce que nous qualifierions de « terrorisme » aujourd'hui, sont exclues du domaine de

²⁵¹ Nous convenons, cependant, que ce constat ne prend pas en considération le contexte des violences : un contexte révolutionnaire permet certainement d'expliquer certains déchaînements de violence et cette explication ne peut être étendue à la décision froide du terroriste de frapper dans un temps de fonctionnement ordinaire de la société. Cela devrait toutefois être pris en considération par le juge pour déterminer le *quantum* de la peine.

²⁵² Définis comme la situation dans laquelle un (groupe d') individu(s) exerce volontairement des violences contre les représentants de la force publique ou procède sciemment à des actes de destruction ou de dégradation de biens, dans le contexte soit de manifestations sur la voie publique, soit de désordre localisé justifié par une défiance envers l'autorité publique.

²⁵³ Cf; par exemple, les exceptions à l'application des dispositions les plus draconiennes en matière procédurale et de sanction de la législation antiterroriste aux faits d'apologie.

²⁵⁴ P. Fabreguettes, *op. cit.*, p.64-65.

l'infraction politique mais qu'en revanche, les actes de propagande anarchistes, qui renvoient aux délits prévus et réprimés aujourd'hui à l'article 421-2-5 du code pénal, épousent bien cette qualification. En d'autres termes, l'hétérogénéité de l'acte terroriste est, dès l'origine, prise en considération et le caractère politique de la propagande « terroriste » n'est alors pas contesté ; d'autre part, les actes de violence connexes à des infractions politiques sont soumis au régime de ces dernières, y compris lorsque, par leur nature, ils devraient relever des exceptions²⁵⁵.

Les définitions jurisprudentielles de l'infraction politique, proposées par les cours d'appel de Nancy et Grenoble²⁵⁶, se désintéressent de la nature des actes pour retenir une conception finaliste, l'infraction politique étant celle qui « porte atteinte essentiellement à la forme constitutionnelle d'une nation ou aux institutions politiques qu'elle s'est donnée, et dont les manifestations sont exclusivement dirigées contre le gouvernement d'un pays » ou celle « qui portent atteinte à l'ordre politique, qui sont dirigées contre la constitution du gouvernement et contre la souveraineté, qui troublent l'ordre établi par les lois fondamentales de l'État et la distribution des pouvoirs ». Les actes qualifiés de « terroristes », quelle que soit leur nature, sont systématiquement considérés par les institutions comme épousant ces caractéristiques, ce qui constitue la justification même du droit dérogatoire de la lutte anti-terroriste²⁵⁷. Cette analyse est confortée par les deux lois de 1963 portant création de la cour de sûreté de l'État²⁵⁸ et, surtout, par la jurisprudence de cette juridiction, créée pour punir les terroristes de l'OAS et qui maintiendra son activité jusqu'à sa suppression en 1981 en jugeant successivement toutes les manifestations de la subversion politique, sans distinction de leur éventuel caractère terroriste²⁵⁹. En d'autres termes, la juridiction politique mise en place par les fondateurs de la Ve République pour juger les atteintes à la sûreté de l'État - c'est-à-dire l'essence même de l'infraction politique - jugeait des faits de terrorisme²⁶⁰ ; sa suppression renvoie l'ensemble de ces infractions, sans distinction, dans le droit commun²⁶¹. Lors de la réforme du code pénal opérée en 1992, le législateur a intégré les infractions

²⁵⁵ *Ibid.*, p.66.

²⁵⁶ CA Nancy, 21 décembre 1927 et CA Grenoble, 13 février 1947, *précit.*

²⁵⁷ Cf. par exemple, à propos de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, K. Roudier, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation anti-terroriste. Etude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, LGDJ, Coll. Thèses, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t.140, 2012 et C. Grewe et R. Koering-Joulin, « De la légalité de l'infraction terroriste à la proportionnalité des mesures antiterroristes », in *Libertés, Justice, Tolérance - Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. II, Bruylant, 2004, p.892. Et, pour l'illustrer, Cons. const. déc. n°2016-567/568 QPC ; déc. n° 2017-625 QPC et déc. n°2018-706 QPC, *précit.*

²⁵⁸ Loi n°63-22 du 15 juin 1963 modifiant et complétant le code de procédure pénale en vue de la répression des crimes et délits contre la sûreté de l'État et loi n°63-23 du 15 janvier 1963 fixant la composition, les règles de fonctionnement et la procédure de la Cour de sûreté de l'État instituée par l'article 698 du code de procédure pénale, JO du 16 janvier 1963, p. 507 *et seq.*

²⁵⁹ V. Codaccioni, *Justice d'exception. L'État face aux crimes politiques et terroristes*, CNRS Ed., 2015

²⁶⁰ Dans son discours de présentation au Sénat du projet de loi portant suppression de la cour de sûreté de l'État, R. Badinter relève ainsi la compétence de cette juridiction pour connaître des « entreprises de subversion comportant éventuellement des actes de terrorisme » (JO Sénat, séance du 28 juillet 1981, p.1170)

²⁶¹ *Ibid.* : « En lui proposant de supprimer la Cour de sûreté de l'État, le Gouvernement demande au Parlement, par son vote, de se prononcer en faveur des libertés. J'ai déjà dit qu'il y avait là un acte de confiance dans nos magistrats et dans nos citoyennes et citoyens. J'ai marqué que, tant que nous conserverons dans nos institutions judiciaires une telle juridiction, l'indépendance des juges, les principes fondamentaux de notre procédure pénale seront bafoués. Nous ne pouvons pas conserver une juridiction qui, sous prétexte d'assurer plus fermement la sûreté de l'État, contredit aussi profondément les principes de notre démocratie. Je rappellerai au Sénat que la Constitution de la France soumet l'autorité judiciaire à deux principes fondamentaux, lesquels constituent les bases de toute vraie justice dans une démocratie. [...]. Ces règles constitutionnelles inspireront toutes les réformes que le Gouvernement sera amené à vous proposer. La Cour de sûreté de l'État manque à l'une et à l'autre. Elle ne peut demeurer dans notre droit, elle ne peut demeurer dans notre justice. *Le droit commun permet, je le redis, de faire face à toutes les hypothèses.* Je demande donc au Sénat de voter la suppression de la Cour de sûreté de l'État » (nous soulignons).

terroristes dans le livre IV, qui rassemblent les infractions politiques « par nature »²⁶². Il aurait fort bien pu répartir ces infractions entre les livres II et III, mais il ne l'a pas fait, s'inscrivant dans la continuité des lois de 1963. La pérennité de cette attitude est, en outre, confirmée par les dispositions précitées de la loi du 30 octobre 2017.

63. La Convention du Conseil de l'Europe²⁶³ ne bouleverse pas cette conception. Ses articles 1^{er} et 2^e excluent, certes, du domaine des infractions politiques *lato sensu* une série d'infractions qui correspondaient à la pratique des organisations terroristes à cette époque mais elle ne le fait qu'à titre d'exception, « pour les besoins de l'extradition entre États contractants ». En d'autres termes, elle n'interdit pas aux États de considérer les actes de terrorisme comme des infractions politiques dans toute autre circonstance ; l'exception posée par la convention se rapporte donc au régime des infractions politiques et non au contenu de la notion. De même, les résolutions adoptées par le Conseil de sécurité des Nations unies, depuis la résolution 1373 (2001), si elles incitent les États à coopérer dans la lutte contre le terrorisme, n'interdisent pas de qualifier de tels actes d'infractions politiques.

Ainsi, ni la tradition juridique nationale, ni le droit international ne s'opposent *a priori* à ce que le terrorisme soit ramené dans le domaine des infractions politiques et soumis au régime juridique qui s'y rapportent.

64. Une question particulièrement délicate doit cependant être réglée. Quel motif pourrait contraindre le législateur à renoncer au traitement répressif d'exception qu'il applique au terrorisme, et à rapporter la lutte contre cette forme de criminalité au droit commun de la répression des infractions politiques, alors que le corps social s'accommode, voire réclame, une répression extraordinaire ? Comme l'a, en effet, montré M. Brenaut, l'actuelle exclusion du terrorisme du domaine de l'infraction politique procède d'une sorte d'hybris des gouvernants : « Une République, changerait-elle de numéro, qui se sait bien installée, qui ne craint plus d'être renversée, qui se prolonge élection après élection, a beaucoup moins de raisons de se montrer clémente. [...] Le droit positif peut se permettre d'être sévère avec les ennemis [...]. [I]l est tentant d'extraire ses ennemis du bénéfice du régime de l'infraction politique tel qu'on le croit obligatoirement favorable, *mais aussi du droit commun, encore trop doux, pas assez radical ou pas assez "simple"* »²⁶⁴. Aujourd'hui, le traitement infligé en droit positif au terroriste procède d'un régime de défaveur, intégralement dérogatoire et plus drastique que celui réservé aux autres délinquants²⁶⁵. Quel bénéfice y aurait-il à y renoncer ?

Un argument axiologique se double d'une considération pragmatique.

Si le terroriste choisit de se constituer en ennemi - ce qui s'impose à l'autorité publique visée -, la démocratie demeure libre à la fois de désigner le terroriste (adversaire ? criminel ? ennemi ?) et de choisir les moyens par lesquels elle lui répond. Si la faiblesse est évidemment exclue, l'acceptation de la « guerre contre le terrorisme » telle qu'elle est actuellement proposée²⁶⁶ a pour effet de placer la démocratie en situation de faiblesse : pour s'octroyer les moyens de déroger aux contraintes de l'État de droit, elle accepte le risque d'une confrontation sans fin, qu'elle ne peut gagner que par une victoire à la Pyrrhus, qui altère la liberté de tous les citoyens, fabrique des « martyrs » et, surtout, emporte dans une certaine mesure légitimation de la propagande terroriste contre l'État²⁶⁷ au risque de susciter des vocations²⁶⁸. Le

²⁶² G. Giudicelli-Delage, précit.

²⁶³ Convention européenne pour la répression du terrorisme, précit.

²⁶⁴ M. Brenaut, *loc. cit.*, §.29-30.

²⁶⁵ M. Foucault, « La sécurité et l'État », in M. Foucault, *Dits et écrits, II 1976-1988*, 3^e éd., Gallimard, coll. Quarto, 2017, p. 385 ; M. Brenaut, *loc. cit.*, §.23-24.

²⁶⁶ Notre ouvrage, *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme*, Dalloz, 2017.

²⁶⁷ R. English, *op. cit.*, p. 30 et cha. 2 et 4.

²⁶⁸ Cf. les travaux sociologiques présentés in O. Cahn, « Sociologie des jihadistes français », *RPDP*, Chronique de sociologie criminelle, n°2/2018, p. 457-470.

risque est grand pour la démocratie de développer une réponse au terrorisme incompatible avec la préservation de son « intégrité politique »²⁶⁹.

Elle doit donc éviter cet écueil et trouver une voie acceptable. Le moyen d'y parvenir est exposé, dans toute sa complexité, par Camus durant la guerre d'Algérie : « Je dis seulement qu'il faut refuser toute légitimation de la violence, que cette légitimation lui vienne d'une raison d'État absolue, ou d'une philosophie totalitaire. La violence est à la fois inévitable et injustifiable. Je crois qu'il faut lui garder son caractère exceptionnel et la resserrer dans les limites qu'on peut »²⁷⁰.

Il y aurait ainsi un bénéfice à ramener le terrorisme dans le champ de l'infraction politique et du régime qui est le sien : celui de contenir par l'égalité devant la loi le ferment de l'escalade terroriste. En effet, appliquer aux terroristes le régime répressif des délinquants politiques défini conformément aux exigences de la démocratie militante les ramène dans le champ de la justice libérale.

Ce faisant, le législateur servirait, en outre, la raison d'État. M. Foucault a ainsi montré que « la raison d'État est [...] conservatrice » et qu'il « n'y a aucune antinomie, en ce qui concerne l'État du moins, entre violence et raison »²⁷¹. L'auteur n'exclut pas la violence de la loi. L'inconvénient - considérable - de la *praxis* actuelle est qu'elle alimente la contestation violente. Dès lors, la raison d'État, conservatrice, impose à la démocratie, si elle souhaite se conserver tout en se montrant fidèle à ses principes mais aussi assumer son devoir de préserver la paix publique, de chercher le dispositif répressif qui, sans désarmer la répression, serait le plus à même d'entraver la production de candidats au martyr et de ne plus alimenter la propagande subversive. Comme l'affirmait P. Truche, « les affaires dites extraordinaires ne doivent se traiter qu'à l'ordinaire avec la même garantie pour tous »²⁷². En privant ses adversaires de la possibilité d'exploiter le dispositif répressif extraordinaire qui leur est opposé comme un moyen de démontrer que le modèle de la démocratie libérale fondé sur la Raison et la prééminence du droit n'est qu'un leurre, le régime travaille à sa conservation. Ainsi, en mettant le droit en accord avec la réalité et en normalisant l'infraction terroriste, la démocratie améliore sa capacité à se préserver en privant ses contempteurs des arguments qui alimentent leur martyrologie.

Sans prétendre proposer un régime abouti de l'infraction politique, il nous semble, pour conclure, possible d'exposer quelques pistes susceptibles de permettre son édification.

C. Ensermer le régime de l'infraction politique

65. O. Le Cour Grandmaison, commentant l'assertion de Machiavel selon laquelle « un prince doit [...] éviter d'exciter cette haine universelle », rappelle que selon cet auteur, le prince « ne doit pas se rendre odieux par ses exactions multipliées, qui suscitent l'indignation, énervent le peuple et les grands et créent les conditions de leur union contre lui. Sentant ses soutiens lui manquer, le prince dépourvu de *virtù* redouble souvent de violences qui, pense-t-il, le sauveront du désastre à venir. De tels remèdes ne font qu'aggraver sa situation car ils sapent davantage son autorité. A se comporter de la sorte, le prince grossit les rangs de ses ennemis désireux de se venger, s'aliène un nombre toujours croissant d'hommes utiles pour sa défense, encourage les ambitieux qui convoitent son pouvoir et se réjouissent de sa faiblesse

²⁶⁹ Selon la formule d'A. Garapon, *op. cit.*, p. 192-193. Cf. aussi D. Salas, « Le poison du terrorisme », in J. Lévi-Valensi, A. Garapon et D. Salas, *Albert Camus. Réflexions sur le terrorisme*, Nicolas Philippe, 2002, p. 216-217. V. aussi la grave question de la peine, de son sens, de son exécution, de sa temporalité, de sa fin, de ses suites... par ex. J. Alix « Prévention ? A propos des sortants de prison en matière terroriste », *Lexbase pénal*, avril 2019.

²⁷⁰ Cité par J. Lévi-Valensi, « Albert Camus et la question du terrorisme », in J. Lévi-Valensi, A. Garapon et D. Salas, *Albert Camus. Réflexions sur le terrorisme*, Nicolas Philippe, 2002 ; cf. aussi W. Benjamin, *op. cit.*, p. 54 : « Il faut cependant abominer toute violence mythique, fondatrice de droit, que l'on est autorisé à dire arbitraire. Et abominer également la violence conservatrice de droit, cette violence administrée qui est à son service ».

²⁷¹ M. Foucault, *Cours au collège de France. 1977-1978*, précité, p. 264 et 270.

²⁷² P. Truche, *Juger être jugé. Le magistrat face aux autres et à lui-même*, Fayard, 2001, p.89.

grandissante. C'est ainsi que, suscitant des haines plus vives et plus nombreuses, il travaille lui-même à sa chute prochaine »²⁷³. Pas un mot ne doit être changé pour décrire les inconvénients de l'actuel régime répressif appliqué au terrorisme.

Cependant, il n'est pas question, en réintégrant la criminalité terroriste dans le domaine de l'infraction politique, de désarmer l'État. Cela implique de prendre au sérieux le régime répressif qui devrait s'attacher à cette catégorie juridique.

66. Un point nous semble évident : si l'infraction politique n'est plus envisagée du point de vue de son auteur mais de celui de l'État, il n'y a aucune raison de maintenir un régime de faveur; en revanche, ce régime doit témoigner à la fois de la volonté du régime démocratique de respecter les contraintes de l'État de droit, y compris au bénéfice de ses adversaires qui commettent des actes de subversion violente tendant à mettre en cause son existence même et de renoncer à « cette "chair" politique qui vient se greffer sur le squelette juridique »²⁷⁴, c'est-à-dire l'arbitraire de l'autorité publique qui préside à l'engagement de poursuites pénales du chef d'infraction terroriste. Contre la vengeance d'État qu'entraîne le régime actuel de la répression du terrorisme, il faut revenir à l'impératif équilibre entre efficacité répressive et protection des droits fondamentaux.

67. Il faut rappeler brièvement ce qu'est le régime de l'infraction politique, pour envisager ce qu'il pourrait être, étant entendu qu'il devrait s'appliquer à toute infraction politique, violente ou non, terroriste ou non.

Initié par une loi de 1832 instaurant au bénéfice des criminels politiques un régime d'incarcération - la détention criminelle - alors plus favorable que celui de la réclusion, puis poursuivi par l'abolition, en 1848, de la peine de mort pour les crimes politiques, le régime de l'infraction politique se distinguait substantiellement de celui applicable aux infractions de droit commun. P. Frabreguettes²⁷⁵ soulignait ainsi « l'intérêt pratique de la distinction des délits politiques » qu'il identifiait dans les spécificités de l'échelle des peines en matière criminelle, l'impossibilité d'extrader, l'interdiction de « la procédure des flagrants délits » et l'exclusion de ces infractions « au point de vue de la relégation » ou des obstacles au recrutement dans l'armée. Enfin, il évoquait la fréquence des lois d'amnistie en la matière. L'essentiel de ces mesures de faveur est obsolète.

68. Aujourd'hui, la spécificité du régime applicable aux infractions politiques s'est largement réduite pour se limiter pour l'essentiel au refus d'exécution des demandes d'extradition et à quelques restrictions procédurales, que complète un régime « spécial » adoucissant les conditions de la détention²⁷⁶.

Ce « régime spécial » témoigne de la considération particulière apportée par le législateur au délinquant politique. Celle-ci n'est plus justifiée. Si, comme nous le proposons, le régime de l'infraction politique est conçu par référence à la manière dont la démocratie libérale souhaite traiter ses adversaires, il n'y a aucune raison qu'elle accorde à ces derniers un traitement de faveur en détention. Pour la même raison, le régime de la détention criminelle ne se justifie plus et devra être abrogé. La réintégration du terrorisme dans le domaine de l'infraction politique n'exclut pas, en revanche, l'admission de certaines dispositions

²⁷³ O. Le Cour Grandmaison, « Brève histoire philosophique et politique de l'indignation », in C. Gautier (dir.), *Passions et sciences humaines*, PUF, 2002 p. 107.

²⁷⁴ O. Beaud, *La République injuriée. Histoire des offenses au chef de l'État de la III^e à la V^e République*, PUF, 2019, p.485

²⁷⁵ *Op. cit.*, p.66-67.

²⁷⁶ Art. D490 *et seq.* CP.

déroatoires en matière d'exécution des peines prononcées en cette matière²⁷⁷, sous réserve que soient démontrées, autrement que par l'argument d'autorité, leur nécessité et leur proportionnalité²⁷⁸.

Plus généralement, il ne serait pas choquant qu'à raison de l'ampleur du trouble que le terrorisme cause à l'ordre public, certaines dérogations au régime attaché à l'infraction politique soient prévues lorsque celle-ci est de nature terroriste. Pourraient ainsi être exclues l'interdiction faite au tribunal correctionnel de délivrer à l'audience un mandat d'arrêt ou de dépôt lorsqu'il prononce une peine d'emprisonnement ferme au moins égale à un an²⁷⁹, la prohibition de la mise à l'épreuve en matière d'octroi du sursis²⁸⁰ et, surtout, la règle selon laquelle une condamnation pour une infraction politique n'entraîne pas la révocation d'un sursis assorti d'une mise à l'épreuve²⁸¹.

69. L'exclusion de l'extradition demandée pour un motif politique²⁸² constitue la question la plus délicate. Cette exception permet en effet de réduire la réticence légitime des démocraties libérales à coopérer avec des régimes qui traitent leurs opposants d'une manière contraire à leur conception de l'ordre public et des droits fondamentaux. Le droit positif n'est pas satisfaisant, dès lors qu'il exclut sans distinction et sans précaution le terrorisme du domaine de l'infraction politique pour priver les États de ce motif de refus d'extrader. Or, il est important que les démocraties libérales conservent la possibilité d'invoquer la « clause française », dès lors qu'il est aujourd'hui établi que de nombreux États non démocratiques recourent à la qualification de terrorisme pour persécuter leurs opposants politiques et faire taire toute forme de contestation²⁸³. Les règles qui régissent l'entraide judiciaire pénale en matière d'infraction politique devraient donc être repensées selon les principes suivants. Les résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies imposent aux États de faciliter la coopération judiciaire pénale, et particulièrement l'extradition, en matière de lutte contre le terrorisme²⁸⁴. Le principe doit donc demeurer celui de l'obligation d'extrader mais il devrait s'appliquer à l'ensemble des infractions politiques. Il doit, cependant, être soumis à l'exception permettant aux États de faire jouer la « clause française », interprétée de manière extensive - la sanction du motif politique de la demande pouvant permettre de refuser l'extradition des auteurs d'actes de résistance, y compris par la violence, à des régimes tyranniques²⁸⁵. Enfin, entre les États membres de l'Union européenne et dans les relations avec les États tiers²⁸⁶ signataires d'une convention d'entraide judiciaire avec l'Union européenne, dès lors qu'en conséquence du principe de confiance

²⁷⁷ E. Bonis, « Quelle adaptation des peines et quelle stratégie pénitentiaire dans la lutte contre le terrorisme ? », in S. Pellé (dir.), *Le terrorisme. Nouveaux enjeux, nouvelles stratégies*, PUPPA, CRAJ, coll. Le droit en mouvement, n°6, p.77-92.

²⁷⁸ Par exemple, il est permis de s'interroger sur la pertinence et la légalité de l'exclusion de fait des condamnés pour terrorisme du bénéfice de l'article 723-1 du code de procédure pénale, tant cela apparaît comme une aberration criminologique en augmentant le risque de sortie « sèche ». Cf. aussi, les exemples évoqués par L. Margall, « Les sens de la peine privative de liberté prévue à l'égard des auteurs d'infractions terroristes » in I. Fouchard, J.-M. Larralde, B. Lévy et A. Simon, *Les sens de la privation de liberté*, Mare&Martin, coll. ISPJ-Sorbonne, 2019, p.178-184.

²⁷⁹ Art. 465 CP.

²⁸⁰ Art. 132-41 et 132-54 CP. Dans la mesure où la répression terroriste saisit des comportements très hétérogènes, il n'est pas à exclure l'intérêt de prononcer des peines privatives de liberté avec sursis, assorties d'une mise à l'épreuve (par exemple, dans le contentieux des mères ayant séjourné « sur zone » avec leurs enfants).

²⁸¹ Art. 132-48 CP.

²⁸² Art. 696-4 CP.

²⁸³ Par exemple, la Chine envers la minorité ouïgouire ou la Turquie envers les universitaires libéraux.

²⁸⁴ Résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies 1267 (1999), 1373 (2001), 1452 (2002), 1526 (2004), 1617 (2005), 1624 (2005), 2129 (2013), 2133 (2014), 2170 (2014), 2178 (2014), 2195 (2014), 2199 (2015), 2249 (2015), 2253 (2015), 2322 (2016), 2331 (2016), 2341 (2017), 2347 (2017), 2354 (2017), 2368 (2017), 2370 (2017), 2388 (2017), 2395 (2017), 2396 (2017) et 2462 (2019).

²⁸⁵ Cette interprétation est celle adoptée par le Conseil d'État dans l'affaire *Astudillo Caleja* (précit.). Les autorités françaises seraient, en outre, mal venues d'invoquer contre cette exception le risque diplomatique dès lors que le législateur a consacré la détermination de l'État français à assumer un tel risque à l'article 113-8-1 du code pénal. Cette interprétation permettrait, en outre, de préserver la tradition française, consacrée par la réserve formulée lors de la signature de la Convention de 1977, aux termes de laquelle l'autorité publique conserve la possibilité de refuser au cas par cas l'extradition y compris pour des faits qualifiés de terrorisme par l'État requérant.

²⁸⁶ Art. 695-55,695-57 et 695-58 CP.

mutuelle le jeu combiné des clauses belge et française est neutralisé²⁸⁷, l'exécution d'actes de coopération devrait pouvoir être refusée lorsqu'il est établi que celle-ci est demandée à raisons de poursuites ou de condamnations qui trouvent leur fondement dans « les opinions politiques » de la personne mise en cause²⁸⁸. Cette disposition devrait alors être interprétée comme permettant de refuser, soit une demande qui violerait le principe démocratique sur lequel se fonde l'Union européenne - situation qui ne peut être *a priori* exclue compte tenu de la dérive illibérale de certains États membres -, soit une demande fondée sur des actes qui sont inspirés par ce principe démocratique - les actes de violence étant alors soumis à une appréciation fondée sur le principe de proportionnalité²⁸⁹. Enfin, dans les relations avec les États tiers à l'Union européenne, les exceptions de contrariété de la procédure dans l'État requérant à la conception européenne de la prééminence du droit et de contrariété de la sanction encourue dans l'État requérant à l'ordre public européen devraient être préservées.

70. La prohibition de la comparution immédiate et de certains autres modes de jugement accéléré²⁹⁰, nécessaire pour garantir autant que faire se peut l'équité du procès, relève également du noyau dur du régime de l'infraction politique. Elle devra être restaurée et conservée car, face à un adversaire qui l'attaque dans ses fondements, la démocratie s'honore à offrir à l'institution judiciaire le temps et les moyens de sortir de la légitime mais dangereuse émotion de l'instant pour juger sereinement l'acte perpétré. L'application de ces dispositions aux auteurs d'actes de terrorisme ne serait pas dommageable. En effet, les infractions terroristes ne sont qu'exceptionnellement jugées en comparution immédiate ou par convocation par procès-verbal²⁹¹; pour celles qui le sont, si le bénéficiaire en termes répressifs - particulièrement au regard de la dissuasion générale - est impossible à démontrer, en revanche, il ne fait aucun doute que le recours à des procédures qui ne permettent pas aux juges d'apprécier la complexité des ressorts qui déterminent le passage à l'acte délinquant, particulièrement en matière d'apologie du terrorisme, décrédibilise le système répressif.

71. Enfin, si le Conseil constitutionnel est cohérent, le régime procédural appliqué à l'enquête et à la poursuite des infractions politiques, tel qu'il résulte de la loi du 30 octobre 2017, devrait être censuré lorsqu'il sera examiné par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité. L'intégration du terrorisme dans le domaine de l'infraction politique permettra peut-être que soient alors sérieusement - c'est-à-dire hors du postulat d'autorité selon lequel la gravité du terrorisme justifie *a priori* les atteintes aux droits fondamentaux - reconsidérées les multiples dérogations procédurales qui font de la procédure pénale appliquée aux terroristes un régime d'exception permanent, en recherchant l'équilibre perdu entre nécessité des moyens octroyés aux autorités répressives et proportionnalité des atteintes aux libertés individuelles.

²⁸⁷ Cependant, si la dérive illibérale du gouvernement d'un des membres de l'Union européenne allait jusqu'à le conduire à émettre des mandats d'arrêt européens contre ses opposants politiques, les autres États membres pourraient certainement refuser d'exécuter ceux-ci au motif que « ledit mandat d'arrêt a été émis dans le but de poursuivre ou de condamner une personne en raison [...] de ses opinions politiques, ou qu'il peut être porté atteinte à la situation de cette personne pour l'une de ces raisons » (art. 695-22, 5°, CPP).

²⁸⁸ Art. 695-22 CPP ; cf. aussi, art. 695-9-17, 713-37, 713-20, 728-32 ou D48-23 CP.

²⁸⁹ Cela impliquerait donc une adaptation de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation afférente à l'article 695-22, 5° du code de procédure pénale, que justifierait toutefois le traitement juridique de l'infraction politique que nous appelons de nos vœux. Sur les lacunes actuelles de la jurisprudence, cf. O. Cahn, « La chambre criminelle de la Cour de cassation a-t-elle sacrifié la confiance mutuelle aux droits de l'homme ? Réflexions sur la jurisprudence afférente à l'article 695-22, 5° du code de procédure pénale », in *Droit répressif au pluriel : droit interne, droit international, droit européen, droits de l'homme - Liber amicorum en l'honneur de Renée Koering-Joulin*, Anthémis, coll. Droit & Justice 110, 2014, p.79-111.

²⁹⁰ Par exemple, art. 41-2, ali. 12, 397-6 et 495-16 CPP.

²⁹¹ Art. 397-6 CP. A notre connaissance, seuls des faits d'apologie du terrorisme (art. 421-2-5 du code pénal) ont fait l'objet d'un traitement judiciaire en comparution immédiate. Encore faut-il ajouter que cette pratique suscite des critiques qui justifieraient son abandon (cf. par exemple, ONU, Conseil des droits de l'homme, *Visite en France - Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste*, 8 mai 2019, A/HRC/40/52/Add.4, §.29 ou CNCDH, *Avis sur la lutte contre les discours de haine sur internet*, JORF n°0158 du 10 juillet 2015, texte n°125. Cf. aussi C. Besnier, A. Mégie, D. Salas et S. Weil, *Les filières djihadistes en procès. Approche ethnographique des audiences criminelles et correctionnelles (2017-2019)*, Rapport GIP Droit & Justice, n°17-29, 2019.