

Tous Suspects !  
Non à la Justice prédictive/Abrogation des Lois scélérates

**Le droit de l'ennemi**  
**Construction d'un droit de la sécurité nationale**

Olivier CAHN

En préparant ma communication, j'ai jugé utile d'ajouter un sous-titre car j'ai cru comprendre que ce qui vous intéresse aujourd'hui est ce que J. Alix et moi avons qualifié, dans un article consacré à l'évolution de la lutte contre le terrorisme en France, de « droit de la sécurité nationale », c'est-à-dire une évolution de la doctrine de ce que l'on appelait autrefois « la sûreté de l'Etat » vers un modèle plus « global » fondé sur la combinaison de deux doctrines:

- D'une part, le droit pénal de l'ennemi: Théorisé par G. Jakobs<sup>1</sup>, cette doctrine, fondée sur le concept de « dépersonnalisation » consiste dans une anticipation de la répression sur l'*iter criminis* et un durcissement du traitement réservé à certains délinquants en considération de leur dangerosité sociale et/ou criminologique présumée. La *dépersonnalisation* revient à considérer que certains délinquants commettent des actes tellement odieux qu'ils doivent être considérés comme incompatibles avec le Contrat social, de sorte que se comportant en citoyen déloyal et se plaçant ainsi au ban de la communauté politique, ces délinquants peuvent être privés par l'Etat de certains droits que seule l'allégeance citoyenne permet de réclamer (l'adhésion des autorités françaises a été actée dans une interview au Parisien de Urvoas, lors de sa nomination comme garde des Sceaux lorsqu'en plein débat sur la déchéance de nationalité des terroristes français, il déclarait que « cela ne fera qu'entériner une déchirure devenue définitive ». Cette exclusion du délinquant de la communauté politique permet alors à l'autorité publique de se départir des principes du droit pénal libéral et d'articuler la répression autour d'un dispositif combinant infractions-obstacles situées très en amont sur l'*iter criminis* (par ex. 421-2-4 CP: incitation à rejoindre une association de malfaiteurs terroriste: incrimination d'un acte préparatoire à un acte préparatoire), déploiement d'une procédure pénale moins garantiste (par exemple, art. 706-88 et 706-88-11 CPP relatifs à la GAV en matière terroriste) et sévérité des sanctions en rupture avec le principe de proportionnalité des peines (par ex. art. 421-2-5 CP en matière d'apologie du terrorisme).

---

<sup>1</sup> G. Jakobs, «Aux limites de l'orientation par le droit: le droit pénal de l'ennemi», Rev. sc. crim. 1/2009, dossier «Droit pénal de l'ennemi - Droit pénal de l'inhumain», pp.7-18

- la globalisation de la sécurité: La doctrine de la sécurité globale est un projet idéologique et politique de réforme de la sûreté de l'Etat qui remet en cause les principes hérités de la Modernité - particulièrement la distinction entre le criminel, à l'intérieur du territoire, que l'Etat traite par des moyens civils (le droit pénal, la police, les juges, la prison, etc.) et l'ennemi, situé à l'extérieur des frontières, auquel l'Etat oppose ses moyens diplomatiques et militaires - et ceux des Lumières, particulièrement la théorie de l'Etat de droit fondée sur l'idée que l'individu dispose de droits inaliénables auquel l'autorité publique ne peut porter atteinte que dans le respect de normes supérieures qui s'impose à lui pour la remplacer par une conception procédurale formelle de l'Etat de droit.

Historiquement, cette doctrine trouve son origine dans la réflexion des *thinks tanks* militaires étasuniens. A la fin de la guerre froide, F. Fukuyama publie un ouvrage, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, dans lequel il affirme que la disparition du bloc soviétique marque le triomphe idéologique de la démocratie libérale et la fin de l'histoire, telle qu'elle a été appréhendée depuis Thucydide, comme un affrontement entre deux modèles politiques antagonistes. Cet ouvrage suscite l'inquiétude de militaires, qui craignent des réductions budgétaires, et qui vont donc chercher à proposer une doctrine alternative. La publication par S. Huntington, de son ouvrage *Le choc des civilisations* va permettre aux théoriciens militaires de proposer une nouvelle conception de la sûreté de l'Etat. L'auteur postule que le renouvellement de l'ordre mondial consécutif à la fin de la confrontation des blocs engendre un bouleversement des relations internationales: dans un monde devenu multipolaire, des groupes - qui ne sont plus nécessairement des Etats - imposent à ces derniers des confrontations asymétriques (terrorisme, guérillas, activités des organisations criminelles internationales) qui constituent les « nouvelles menaces contemporaines » contre lesquels les moyens de sécurité étatiques sont inappropriés, car contraints par les limites du territoire et les exigences de l'Etat de droit. L'autorité publique ne peut donc plus se contenter des moyens conventionnels (diplomatie, guerre) et doit inventer une doctrine de sécurité nationale, adaptée aux menaces particulière auxquelles elle est confrontée, et fondée sur un nouveau paradigme: la menace, globale et diverse, ne s'incarne plus dans un ennemi identifié et localisé géographiquement. La sûreté de l'Etat doit donc être reconfigurée comme une sécurité globale, soustraite à la contrainte territoriale, mais aussi - si nécessaire - aux cadres juridiques anciens. L'Etat doit pouvoir recourir, en fonction d'une appréciation utilitariste de ses besoins opérationnels, à l'ensemble des outils et forces de sécurité dont il dispose pour les combiner afin de pouvoir déployer une réponse adéquate à chaque type de menace auquel il est confronté, en quelque lieu qu'elle se matérialise.

Comme l'ont montré D. Linhardt et C. Moreau de Bellaing, à la fin des années 1990, ces deux doctrines vont se combiner, d'abord, en Amérique du Sud où, sous l'influence des particularités locales d'une délinquance capable de rivaliser avec l'Etat, elle a intégré l'adaptation de l'appareil judiciaire et policier à des objectifs militaires. Elle va ensuite être acclimatée à la démocratie libérale par les Etats-Unis dans le cadre de la « guerre contre le terrorisme » consécutive aux attentats du 11 septembre 2001 (*Patriot Acts, Homeland Security, intervention en Afghanistan, extraordinary renditions, etc.*) puis consacrée par l'Union européenne lors du Conseil européen des 12 et 13 décembre 2003, par l'adoption du document préparé

par le Haut représentant pour la politique étrangère et de sécurité commune, J. Solana, intitulé: *European Security Strategy - « A Secure Europe in a Better World »*. Le droit de la sécurité nationale constitue ainsi un espace de confusion des champs juridiques au sein duquel s'interpénètrent, selon des considérations strictement utilitaristes, les prérogatives des autorités civiles et militaires et les domaines respectifs des droits administratif, pénal et de la guerre - étant considéré que le droit pénal n'est alors plus l'*ultima ratio* de la réponse étatique au crime.

Les autorités françaises vont initialement se montrer réticentes. Le basculement interviendra, d'abord, de manière théorique, au travers des Livres blanc sur la sécurité intérieure face au terrorisme de 2006 et sur la Défense et la sécurité nationale de 2008 et, surtout, par le rapport d'A. Bauer *Décélérer-Etudier-Former : une voie nouvelle pour la recherche stratégique - Rapprocher et mobiliser les institutions publiques chargées de penser la sécurité globale*, 2008 (cf. aussi la revue *Sécurité globale*).

La conversion s'opèrera, ensuite, par un changement de la doctrine militaire: l'opération Serval au Mali en 2013, convertie en opération Barkhane à partir de 2014, est ainsi présentée comme une Opex de lutte contre le terrorisme - donc contre une forme de criminalité (cf. aussi: bombardements de Mossoul et Rakka en 2015). En outre, à partir de janvier 2015, le lancement de l'opération Sentinelle, présentée par le ministre de la défense J.-Y. Le Drian comme une « Opération intérieure » marque - au moins dans les termes - le retour des opérations militaires sur le territoire national pour contribuer à la lutte contre la criminalité.

Après les attentats de 2015, le droit de la sécurité nationale va devenir le fondement de la lutte contre le terrorisme et permettre à l'Etat de mettre à contribution sur le territoire national, mais aussi en dehors, l'ensemble des moyens de sécurité dont ils disposent (services de renseignement, forces de l'ordre et forces armées).

La proposition de loi sur la sécurité globale prolonge cette évolution. D'abord, elle poursuit la normalisation de l'intégration de l'armée dans le dispositif de sécurité intérieure (ainsi, son article 26 aligne le régime d'usage de leurs armes par les militaires sur le territoire national sur celui des forces de l'ordre). Ensuite, elle intègre la notion elle-même dans le langage juridique. Enfin, si elle n'est apparemment qu'une loi de réforme des institutions policières et du droit qui les régit, elle parachève, en quelque sorte, le travail: par-delà la fusion sécurité intérieure/sécurité extérieure, elle intègre la police municipale et la sécurité privée dans l'arsenal de forces susceptibles d'être mobilisées par l'Etat, prétendant créer un *continuum de sécurité*.

Notons, mais c'est le charme de la Vè République, que ce changement de paradigme de la sécurité de l'Etat n'a jamais fait l'objet d'une approbation formelle par le Parlement; la Représentation nationale ne l'a approuvé qu'implicitement, par l'adoption des dispositions qui l'expriment, contenues dans les lois qui se succèdent depuis une dizaine d'année ou en ne mettant pas en œuvre les maigres pouvoirs dont le Parlement est doté pour contrôler l'exercice par l'Exécutif de son « domaine réservé » en matière d'engagement des forces armées françaises sur des théâtres d'opération extérieurs ou intérieurs.

Mon intervention va donc consister à confronter votre hypothèse - « Tous suspects! », que j'interprète comme renvoyant à un accroissement du contrôle social qui dépasserait les délinquants, le « gibier de police », pour s'exercer sur l'ensemble de la communauté nationale et qui signalerait une dérive autoritaire - aux manifestations du droit de la sécurité nationale, comme nouvelle doctrine de sécurité de l'Etat français.

Il me semble, alors, que si cet accroissement du contrôle social peut sans difficulté être constaté (I), l'analyse ne confirme qu'imparfaitement la dérive autoritaire que votre hypothèse suggère mais donne à voir une construction contemporaine de la répression étatique qui n'en est pas moins inquiétante (II).

## **I. Tous suspects! - Constat d'un accroissement du contrôle social**

Je passerai très vite et, vous me le pardonnerez, de manière pas totalement académique, car vous connaissez tous les textes et pratiques que je vais aborder.

Le mouvement législatif susceptible d'être observé à la considération des évolutions récentes de la législation pénale peut se résumer ainsi: nous sommes passés, très rapidement, d'une législation destinée à circonscrire le « suspect d'être un ennemi » (A) à ce que j'appellerai une législation de « suspicion de masse » (B).

### **A. Neutraliser le suspect d'être un ennemi intérieur**

Déplacement de l'antiterrorisme vers la contre-subversion.

➤ Loi du 24 juillet 2015 sur le renseignement: spécificité du terrorisme comme justification de la surveillance de masse.

\* Confirmation de la volonté des autorités françaises d'exercer dans ce cadre une surveillance sans contrainte (boîtes noires):

- CJUE, GC, 6 octobre 2020, *La Quadrature du Net (C-511/18 et C-512/18)*:

« 227. Partant, le principe d'effectivité impose au juge pénal national d'écarter des informations et des éléments de preuve qui ont été obtenus au moyen d'une conservation généralisée et indifférenciée des données relatives au trafic et des données de localisation incompatible avec le droit de l'Union, dans le cadre d'une procédure pénale ouverte à l'encontre de personnes soupçonnées d'actes de criminalité, si ces personnes ne sont pas en mesure de commenter efficacement ces informations et ces éléments de preuve, provenant d'un domaine échappant à la connaissance des juges et qui sont susceptibles d'influencer de manière prépondérante l'appréciation des faits ».

- Mais Loi du 24 décembre 2020 *relative à la prorogation des chapitres VI à X du titre II du livre II et de l'article L. 851-3 du code de la sécurité intérieure*: en d'autres termes, l'impératif de sécurité justifie de se soustraire à la règle de droit - normalisation de la raison d'Etat.

- CJUE, GC, 2 mars 2021, H. K/Prokuratuur, C-746/18

L'accès, à des fins pénales, à un ensemble de données de communications électroniques relatives au trafic ou à la localisation, permettant de tirer des

conclusions précises sur la vie privée, n'est autorisé qu'en vue de lutter contre la criminalité grave ou de prévenir des menaces graves contre la sécurité publique.

Le droit de l'Union s'oppose par ailleurs à une réglementation nationale donnant compétence au ministère public pour autoriser l'accès d'une autorité publique à ces données afin de mener une instruction pénale.

- J. Hourdeaux, Médiapart, 10 mars 2021: l'Exécutif demande au CE qui doit se prononcer sur la législation française suite à l'arrêt CJUE du 6 octobre 2020 d'évoquer pour se soustraire aux exigences européennes « l'identité constitutionnelle française », fondée sur la nécessité pour l'Etat de pouvoir continuer à remplir les objectifs à valeur constitutionnelle de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la nation, de lutte contre le terrorisme ou de lutte contre la délinquance. On sait depuis CJUE Melloni 2013 que ce recours aux dispositions des articles 6 TUE et 53 CDF ne permet pas de passer outre les principes de primauté et loyauté et cela confirme le niveau de détermination des autorités françaises...

\* Législation antiterroriste: confusion police administrative/judiciaire et neutralisation précoce par l'anticipation de la répression (disposition des lois Cazeneuve et Collomb in CSI et multiplication des infractions-obstacles dans un mouvement d'incrimination centrifuge); abaissement des garanties procédurales et renforcement des droits d'ingérence dans les droits fondamentaux par les autorités répressives (procédure intégralement dérogatoire; judiciarisation du renseignement); soumission à une procédure intégralement dérogatoire (loi Urvoas sur l'exécution des peines) et principe de suspicion général et perpétuel (qui culminera avec la loi censurée par le Conseil constitutionnel sur le suivi post-peine des condamnés pour terrorisme).

➤ Déplacement et extension de la suspicion: la lutte contre la subversion

\* SNMO (renseignement / évolution des pratiques policières et judiciaires - Sureau sur place de la République et matériel militaire / place Bellecour Lyon: défiance envers les citoyens: le MO n'est plus principalement destiné à permettre l'exercice d'une liberté constitutionnellement garantie mais à assurer la sécurité publique et/ou la protection de l'Exécutif - bref, à lutter contre un adversaire (Lallement: « pas dans le même camp »).

\* Décrets du 2 décembre 2020 (PASP/GIPASP): fichage politique et social

\* PNAT (loi du 23 mars 2019 et décrets subséquents): Casamayor, CSE, 1963: « Quelle farine va-t-elle moudre? »: extension de droit de la sécurité nationale au delà du terrorisme, pour appréhender toutes les formes de subversion politique (ultra-gauche: match retour de Tarnac).

## **B. L'institution de la « suspicion de masse »**

➤ A nouveau, loi du 24 juillet 2015 dans ses dispositions non discriminantes (boîtes noires, imsi catchers, surveillance des flux de trafic): surveillance de l'ensemble des communications. Mais un contrôle existe (CNCTR/CE)

➤ Dispositions vidéosurveillance de la loi sécurité globale (vidéosurveillance rurale, vidéosurveillance mobile - drone sans finalité précise, caméras embarquées sans limitation et caméras individuelles à disposition des agents, déport des images de vidéosurveillance vers la police: bailleurs privés et entreprises de TPV): la mise en œuvre d'une surveillance de masse trahit bien l'idée d'une suspicion à l'égard de tout occupant de l'espace public. Surtout, le contrôle n'existe plus: ni par le préfet, ni par un magistrat, les « services » décident seuls.

\* Livre blanc sur la Sécurité intérieure 2020 (« Porter le ministère de l'Intérieur à la frontière technologique » par la « rénovation de la biométrie » et le « recours aux technologies d'intelligence artificielle (IA) pour faire face au volume croissant d'information »).

\*\*\*\*\*

Il résulte de ces exemples, d'une part, le constat d'une diffusion de la suspicion étatique du terrorisme vers la subversion politique *lato sensu* et, d'autre part, d'un déploiement d'une surveillance de masse. Cela corrobore donc votre hypothèse selon laquelle l'Etat nous considère comme « Tous suspects! ».

Toutefois, une analyse un peu plus fine conduit à constater que l'évolution de la politique pénale n'est peut-être pas caractérisé principalement par un accroissement généralisé du contrôle social.

## **II. Tous suspects! - Discussion de l'accroissement du contrôle social**

Consécration législative de la conception policière de la sécurité v. traitement différentiel des illégalismes.

### **A. Confirmation: Consécration législative de la conception policière de la sécurité**

Les exemples précédemment envisagés trahissent l'adhésion des autorités publiques à une conception policière de la sécurité.

➤ Sur la forme:

\* Réflexion sur les auteurs de la norme en matière pénale: constat d'une annexion du droit pénal - comme une composante de la sécurité nationale - par le ministère de l'intérieur:

- Loi Perben II en 2004: seconde partie sur la criminalité organisée comme une conséquence de l'avis du CE sur le projet de loi LOPSI

- A partir de 2012 (attentats de Merah): primauté du ministère de l'intérieur sur l'antiterrorisme (loi Guéant/Valls de décembre 2012) mais préservation des

apparences (tribune Cazeneuve/Taubira dans Le Monde en janvier 2016 sur l'écriture « main dans la main » de ce qui deviendra la loi Urvoas du 3 juin 2016)

- A partir de 2017: la répartition des rôles devient celle connue dans les Etats qui connaissent depuis plus longtemps que nous du « droit de la sécurité nationale »:

\*\* au ministère de l'intérieur ce qui relève de la sécurité, y compris en matière de création d'infractions pénales ou de modification des dispositions de procédure pénale (par exemple, l'introduction du crime d'excitation de mineur au terrorisme de l'article 421-2-4-1 du code pénal ou le transfert de compétence de police judiciaire à la police municipale dans la loi sur la sécurité globale) et

\*\* au ministère de la justice le soin de gérer les carrières des magistrats et d'organiser l'efficacité de la justice pénale pour la mettre en mesure de ne plus saboter le travail de la police (Code de justice pénale des mineurs, Loi Belloubet de 2019 et projet de loi Dupont-Moretti).

\* Par delà la dimension anecdotique, cette évolution correspond à une stratégie policière qui a été documentée par A. Kretschmann ou O. Fillieule et F. Jobard:

- Ils mettent en évidence une perte de contrôle du politique sur la police qui résulte, d'une part, de l'alternance accélérée de ministres de l'intérieur dénués de compétences particulières, et *a fortiori* d'une pensée ou d'un projet<sup>2</sup>, sur les questions de sécurité - qui les place en position de faiblesse envers les responsables des syndicats de police - et, d'autre part, du fonctionnement du « pouvoir » dans le contexte particulier du ministère de l'intérieur (La décision politique résulte normalement de la confrontation entre les projets du personnel politique, responsable devant le peuple, et les fonctionnaires ministériels - les « technos » -, qui dirigent les administrations centrales et tempèrent, par la rationalité administrative dont ils sont porteurs, l'ambition politique. Or, au sein du ministère de l'intérieur, cette technostructure est essentiellement composée de (hauts) fonctionnaires issus des forces de police ou du corps préfectoral. Combiné à l'incidence de la co-gestion du ministère avec les syndicats et à l'absence de projet politique structuré des ministres, il en résulte que la décision politique consiste essentiellement dans la réalisation des aspirations policières. En pratique, ces dernières ne sont contrariées que par les contraintes imposées par une autre technostructure: celle du ministère de l'économie.

Ainsi la substitution de l'Administration au politique dans l'élaboration de la norme consiste, selon Kretschmann<sup>3</sup> dans « l'élaboration indirecte du droit par la police dans certains secteurs de ses activités [...]: la police, en se fondant sur ses propres normes sociohistoriques, élabore elle-même le critère qui détermine le rapport entre loi et application de la loi » que le législateur se contente, ensuite, d'entériner. Ainsi « le droit codifié est finalement un résultat de la pratique policière, voire du savoir policier ». Il en résulte ce que D. Monjardet qualifiait d' « *inversion hiérarchique* (qui) se révèle gagner les sommets du ministère »<sup>4</sup>. L'objectivisation par le droit de l'Administration (Duguit), comme moyen de soumettre cette dernière à l'autorité

---

<sup>2</sup> S. Roché, « Police: "Sans transparence, vous ne pouvez gagner la confiance" », Reporterre, 17 novembre 2020.

<sup>3</sup> A. Kretschmann, « *Loi et jugement* de Carl Schmitt. Une relecture sociologique », Grief, n°6/1, 2019, Dalloz Ed. EHESS, pp.56 et 63-68

<sup>4</sup> D. Monjardet, « L'insécurité politique: police et sécurité dans l'arène électorale », *Sociologie du travail*, vol.44, n°4, 2002, p.544.

politique en lui interdisant de s'affranchir de la règle de droit se trouve ainsi remise en cause par la substitution au projet politique du « savoir » policier et des solutions qu'il inspire à l'Administration. Ainsi, « au sein de la police, la séparation entre pouvoir législatif et pouvoir exécutif est levée »<sup>5</sup> et « le politique se trouve en situation de forte dépendance, si ce n'est d'ancillarité, vis-à-vis de la police »<sup>6</sup>.

\* La production de la norme d'action des forces de l'ordre se confond ainsi avec la conception policière du problème et des solutions qui doivent y être apportées. Cela est problématique puisque, comme l'affirmait, R. Frey, ancien ministre de l'intérieur alors président du Conseil constitutionnel: « l'administration a toujours dans ses cartons d'innombrables textes de circonstances qui, en fait, ne servent à rien et dont l'adoption serait lourde de dangers. Il n'y a pas de mois où l'on ne propose à un ministre de l'Intérieur un texte limitant la liberté au motif qu'il faciliterait l'action de la police » (cité par F.Sureau, *Sans la liberté*, Gallimard, Tracts, 2019, p.43) - ce que confirment le Schéma national du maintien de l'ordre ou le Livre blanc sur la sécurité intérieure.

\* Le sérieux de l'implication de la police dans cette nouvelle prérogative ne doit pas être sous-estimée. On constate là aussi une évolution intéressante:  
- longtemps, l'influence de la police sur le législateur s'est exercée de manière quelque peu artisanale: par l'intermédiaire de relais dans la presse (X. Raufer, alors à l'Express et l'Euroterrorisme au début des années 1980) et de très efficaces lobbyistes (A. Bauer, etc.).  
- Cette pratique n'est pas abandonnée (la Une du Point du 27 février 2020: « Ultra-gauche - La menace » et encart: Une responsable des services français: « Son mode opératoire se rapproche du terrorisme »; audition d'universitaires pour le Livre blanc - A. Bauer, D. Reynier - dont on a découvert la compétence en matière de sécurité intérieure à cette occasion - et des juristes et scientifiques spécialistes de l'Intelligence Artificielle) mais elle s'est sophistiquée. La police prétend en effet produire aujourd'hui un « savoir » autonome, mis à la disposition du législateur, qui s'incarne dans la création de la Chaire de Sécurité globale de la Police nationale (ENSP/Lyon III/UTT) et la production de docteurs de l'ENSP ou la transformation de l'Institut National des Hautes Etudes sur la Sécurité et la Justice en Institut des Hautes Etudes du Ministère de l'Intérieur. De même, la haute administration policière s'est structurée pour pouvoir répondre seule à la demande de l'autorité politique (cf. annexes du Livre blanc 2020 ou Beauvau de la sécurité, sur la composition des groupes de travail).

\* La difficulté est évidemment celle identifiée par Carré de Malberg dans sa *Contribution à la théorie générale de l'Etat* en 1920: ce qui distingue l'Etat de droit de l'Etat de police réside précisément dans le fait que la police se gouverne elle-même.

➤ Sur le fond: Le traitement des journalistes en manifestation comme une illustration d'une conception policière de la légalité:

---

<sup>5</sup> A. Kretschmann

<sup>6</sup> O. Fillieule et F. Jobard.

\* Cette question fait l'objet d'un vif débat, sous l'angle de la liberté d'informer. Or, *a priori*, à cette aune, elle ne se pose pas puisque la Cour de justice de l'Union européenne a consacré le droit pour tout individu de filmer l'activité policière et de diffuser ces images comme un acte de journalisme, pour autant qu'il ressorte de la vidéo que l'enregistrement et la publication ont eu pour seule finalité la divulgation au public d'informations, d'opinions ou d'idées<sup>7</sup> tandis que le Conseil constitutionnel a rappelé, lorsqu'il a censuré le délit de consultation habituelle de propagande jihadiste, son haut niveau d'exigence pour admettre les atteintes à la liberté d'expression et de communication<sup>8</sup>.

\* En revanche, ce que révèle les dispositions du SNMO est une volonté de contrôle, d'obliger les journalistes à se placer sous la protection des forces de l'ordre et, au-delà, de se situer dans « le camp » de ces dernières. L'ambition du ministère de l'intérieur semble être d'étendre au maintien de l'ordre la pratique militaire du journalisme « *embedded* », c'est-à-dire accrédité, accompagné dans l'exercice de sa profession et, implicitement mais nécessairement, surveillé afin de contrôler l'information qu'il transmettra.

\* Ce qui se joue en la matière est donc un acte de la « guerre de l'image », au sens de la doctrine de la contre-insurrection, et, plus précisément, la réponse policière aux stratégies situationnistes des activistes (ce que confirment explicitement les débats parlementaires sur la loi sécurité globale).

Cet enjeu est crucial. Déjà en 1978, Y. Michaud soulignait « la solidarité de la violence et de ses images » qui induit « une lutte pour maîtriser et manipuler les images de la violence ». Il estimait cependant que, « dans cette lutte, il n'y a pas de symétrie des acteurs [...]. Les forces au pouvoir sont les mieux placées pour contrôler l'information même si elles peuvent être concurrencées »<sup>9</sup>. Or, les nouvelles technologies et la multiplication des médias en ligne, par la « sousveillance »<sup>10</sup> qu'elles permettent, ont fait perdre au gouvernement cet avantage.

\* Jusqu'à la publication du SNMO, le contrôle des médias a été « traitée » directement par les forces de l'ordre, c'est-à-dire que les journalistes - plus précisément, ceux suspectés d'hostilité envers la police - ont été empêchés, y compris par la force, de couvrir librement les manifestations<sup>11</sup>.

Le résultat s'avère peu satisfaisant pour l'autorité publique: depuis quatre ans, la France est rétrogradée chaque année dans le classement de Reporters sans frontière, à raison essentiellement des violences policières contre les journalistes lors de manifestations<sup>12</sup>, et les autorités sont rappelées à l'ordre par le Défenseur des droits<sup>13</sup>

---

<sup>7</sup> CJUE, 14 février 2019, *Buivids*, C-345/17

<sup>8</sup> Cons. const., déc. n°2016-611 QPC du 10 février 2017.

<sup>9</sup> Y. Michaud, *op. cit.*, p.47-51.

<sup>10</sup> En l'espèce, la surveillance de la police par les citoyens; v. C. Alloing, « La sousveillance. Vers un renseignement ordinaire », *Hermès*, n°76/2016, p.68-73.

<sup>11</sup> « "Gilets jaunes" : Reporters sans frontières et le SNJ dénoncent des atteintes à la liberté d'informer », *Le Monde*, 21 avril 2019.

<sup>12</sup> Cf. RSF, Classement 2020 de la liberté de la presse, <https://rsf.org/fr/france>; cf. aussi, sur les violences policières contre les journalistes: ACAT, *précit.* 2020, p.20 et K. Laske, « Le préfet de Paris libère l'extrême violence policière », *Médiapart*, 11 janvier 2020.

<sup>13</sup> DDD, Décision-cadre 2020-131 du 9 juillet 2020 relative à des recommandations générales sur les pratiques du maintien de l'ordre au regard des règles de déontologie; DDD, avis n°20-05, 3 novembre 2020.

ou la Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe (Memorandum 2019).

\* Mais, loin de rompre avec ces pratiques, le SNMO en constitue plutôt un raffinement.

Il se propose:

- d'offrir « la meilleure prise en compte de la présence des journalistes au sein des opérations de maintien de l'ordre, fondée notamment sur une meilleure connaissance mutuelle »;

- le port d'équipement de protection est autorisé « dès lors que leur identification est confirmée et leur comportement exempt de toute infraction ou provocation ». Ce dernier terme est en soi problématique, puisqu'il soumet l'appréciation de l'action du journaliste à la subjectivité, sinon la susceptibilité, de l'agent de la force publique

- de surcroît, « un officier référent peut être utilement désigné au sein des forces et un canal d'échange dédié mis en place, tout au long de la manifestation, avec les journalistes, titulaires d'une carte de presse, accrédités auprès des autorités ». Comme le relève le Défenseur des droits dans son avis, le risque est double: contrôle de l'activité des journalistes et distinction entre les journalistes qui s'intègrent dans le dispositif et les autres<sup>14</sup>

- enfin, le texte ministériel formule une menace à peine voilée, rappelant que « le délit constitué par le fait de se maintenir dans un attroupement après sommation ne comporte aucune exception, y compris au profit des journalistes ou de membres d'associations ». Or, si le constat est juste, le propos est toutefois erroné puisque l'absence d'exception particulière n'implique pas la soustraction de ce délit aux dispositions du code pénal qui prévoient les causes d'exonération de la responsabilité pénale, tandis que le délit, de droit national, ne saurait prévaloir sur les normes internationales de protection des droits fondamentaux. En d'autres termes, un journaliste qui se maintiendra après les sommations sur le lieu d'un attroupement afin d'y exercer son travail ne fera que jouir de l'autorisation de la loi qu'il tire de la protection par les normes internationales de la liberté d'informer. Comme il n'est pas envisageable qu'une si grossière erreur d'interprétation puisse être l'œuvre des juristes du ministère de l'intérieur, cette disposition apparaît comme une tentative d'intimidation des journalistes.

- Ainsi ce mélange de menaces et d'offre de protection s'apparente à une demande d'allégeance et emporte un risque pour ceux qui n'y céderont pas de s'exposer à la violence des policiers et aux désagrément d'une garde à vue.

\* S'y ajoute l'article 24 de la proposition de loi sur la sécurité globale:

- Au nom de la nécessité de « mieux protéger ceux qui nous protègent » et d'une « promesse » faite par le ministre de l'intérieur aux syndicats de policiers, il prévoit d'ajouter à la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse une disposition qui incrimine « sans préjudice du droit d'informer » le fait « de diffuser, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, dans le but manifeste qu'il soit porté atteinte à son intégrité physique ou psychique, l'image du visage ou tout autre élément d'identification, autre que son numéro d'identification individuel, d'un agent » de la force publique « lorsque ces personnels agissent dans le cadre d'une

---

<sup>14</sup> DDD, *Avis du Défenseur des droits n°20-08 (SNMO)*, 30 novembre 2020

opération de police ». Les rédacteurs ont estimé nécessaire d'ajouter que cette disposition ne ferait pas « obstacle à la communication aux autorités administratives et judiciaires compétentes, dans le cadre des procédures qu'elles diligentent, d'images et éléments d'identification d'un agent ». Les rapporteurs souhaitaient, en outre, imposer le floutage de toute image d'un agent diffusée sur Internet mais ils semblent y avoir renoncé au cours des débats devant l'Assemblée nationale, après l'intervention du Président de la République sur *Brut*. Reste que le législateur espère ainsi encadrer, implicitement mais nécessairement, le principe selon lequel, hors le cas où il en résulterait une atteinte à sa dignité, un agent de la force publique ne peut s'opposer à l'enregistrement des activités qu'il exerce dans le cadre de ses fonctions<sup>15</sup> ; - cette disposition a suscité, outre la réaction des journalistes, la préoccupation des institutions chargées de la protection des droits fondamentaux<sup>16</sup> ; à l'Assemblée nationale, les rapporteurs et le ministre de l'intérieur ont répondu que ces inquiétudes n'étaient pas fondées et procèderaient d'une erreur - collective... - d'interprétation.

Les choses ne sont, cependant, pas si simples :

- D'abord, la disposition querellée est juridiquement peu utile puisque les articles 23, 24 et 39 *sexies* de la loi du 29 juillet 1881 incriminent déjà l'essentiel des comportements susceptibles d'en relever. Or, le Conseil constitutionnel censure en vertu des principes de sécurité juridique et de nécessité des peines les doublons législatifs en matière pénale<sup>17</sup>. Les promoteurs du texte soutiennent, cependant, que son intérêt réside dans le fait que, contrairement aux dispositions précitées, il n'exigerait pas une provocation directe à la commission d'une infraction. Mais, pour ce faire, le législateur prend suffisamment de liberté avec les exigences de la légalité criminelle pour exposer le texte à la censure du Conseil constitutionnel<sup>18</sup> ; - ensuite, les craintes suscitées par cette disposition sont d'autant plus fondées qu'elles s'apparentent à un nouvel avatar des délits « de convenance policière », dont l'objet - préventif - n'est pas de punir une infraction consommée mais de permettre à l'agent de la force publique de mettre en œuvre l'article 73 du code de procédure pénale<sup>19</sup>. En d'autres termes, ce type d'infraction « légalise », en offrant un fondement juridique, les arrestations préventives, prohibées par la Cour de cassation<sup>20</sup>, mais tolérée au moins par le procureur de la République de Paris (note du 12 janvier 2019). Car, contrairement à ce qu'a soutenu le ministre de l'intérieur devant l'Assemblée nationale<sup>21</sup>, un « indice extérieur et apparent d'un comportement délictueux », subjectivement interprété comme tel par un agent de la force publique,

---

<sup>15</sup> Ministre de l'intérieur, circulaire n° 2008-8433-D du 23 décembre 2008, relative à l'enregistrement et diffusion éventuelle d'images et de paroles de fonctionnaires de police dans l'exercice de leurs fonctions.

<sup>16</sup> DDD, Avis n°20-05 et Avis 20-13 et lettre d'allégations des Rapporteuses spéciales de l'ONU, 12 novembre 2020, précit.

<sup>17</sup> Cons. const., déc. n°2013-328 QPC du 28 juin 2013

<sup>18</sup> V. CNCDH, Avis n°A - 2020 - 16, précit. et E. Diard, Ass. nat., Compte rendu intégral, Deuxième séance du mardi 17 novembre 2020.

<sup>19</sup> CNCDH, Avis A - 2020 - 16, précit., §.13-14.

<sup>20</sup> Cass. crim., 24 mai 2016, *Bull. crim.* n°154.

<sup>21</sup> G. Darmanin, Ass. nat., Compte rendu intégral, Deuxième séance du vendredi 20 novembre 2020.

suffit à caractériser la flagrance et à justifier l'interpellation et le placement en garde à vue<sup>22</sup> sans exposer l'agent à un quelconque risque de sanction<sup>23</sup>.

\*\*\*\*\*

A ce stade, on peut donc retenir que la construction du droit de la sécurité nationale s'opère par une législation de satisfaction du désir policier et trahit une dérive autoritaire de l'autorité publique, ce qui, naturellement, contribue à confirmer votre hypothèse du « Tous suspects! »: il est bien connu que, pour la police (sauf peut-être l'IGPN), la population se partage entre les policiers et les suspects.

Une autre analyse peut cependant être proposée si l'on appréhende de manière plus générale l'administration de la sécurité publique et de la justice pénale en France.

## **B. Infirmer: La gestion différentielle des illégalismes**

➤ Les points développés jusqu'à présent convergent - comme l'intitulé de cette université d'été - vers le constat d'une dérive autoritaire des institutions.

\* Mais, je ne me suis concentré que sur des éléments qui caractérisent une telle évolution et non sur une analyse de l'ensemble du système répressif français.

\* Or, si l'on élargit la focale, on constate qu'une telle dérive trouve nombre de contre-exemples qui infirment l'hypothèse selon laquelle nous serions « Tous suspects! » (par exemple, 1) la répression des manifestations de gilets jaunes ou le MO lors de la discussion de la loi El Khomri ne doivent pas occulter dans l'essentiel des nombreuses manifestations qui se déroulent quotidiennement à Paris restent soumises au « MO à la française » déployé après la mort de M. Oussekin; 2) par comparaison avec le système britannique, la justice pénale française demeure d'une sévérité mesurée; 3) de même, si quelques affaires médiatiques récentes signalent une évolution positive, on ne peut pas dire que la justice pénale française s'acharne contre les délinquants en col blanc).

➤ Je formulerai donc, pour conclure, une autre hypothèse qui consiste à considérer que, plutôt qu'une dérive autoritaire, la construction d'un droit de la sécurité nationale - qui intègre un droit pénal de l'ennemi - manifeste plutôt un accroissement de la gestion différentielle des illégalismes<sup>24</sup> en France.

\* Dans l'introduction de son cours au Collège de France, M. Foucault affirme que « l'important n'est pas de la qualifier [la répression] mais d'analyser la tactique

---

<sup>22</sup> F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, 4<sup>e</sup> éd., Economica, coll. Corpus, 2015, p.1697.

<sup>23</sup> La pratique considérable des gardes à vue fondées sur les articles 222-14-2 et 431-9-1 du code pénal ne donnant lieu à aucune poursuite dans le cadre des opérations de maintien de l'ordre suffit à illustrer et légitime les craintes suscitées par l'article 24; v. sur ce point, DDD, Décision n°2019-246 du 10 décembre 2019; cf. aussi O. Fillieule et F. Jobard, *op. cit.*, p.225-227 et notre article, *RSC* 4/2020, précit.

<sup>24</sup> Sur cette notion, N. Fischer et A. Spire, *L'Etat face aux illégalismes*, Politix, n°87, 2009/3, pp.7-20

répressive qui est en jeu »<sup>25</sup>. Si l'on postule la pertinence de cette démarche, elle justifie de s'intéresser moins à l'éventuelle dérive autoritaire de la politique criminelle menée en France pour s'interroger plutôt sur ce que l'existence des « mécanismes autoritaires » identifiés révèlent des stratégies répressives déployées par l'Etat français.

\* Or, la « tactique répressive » étatique n'est pas univoque et permet d'établir un traitement différentiel des illégalismes. En effet, appréhendée au prisme des « modèles de politique criminelle » proposés par M. Delmas-Marty, il apparaît que certaines formes de délinquance:

- sont traitées par une politique pénale « totalitaire » (les terroristes ou présumés tels);
- d'autres par le recours à des « mécanismes autoritaires » (les violences en manifestation ou le traitement réservé aux réfugiés dans le Calaisis, particulièrement depuis la circulaire Taubira de décembre 2015);
- mais qu'à l'inverse, un examen global du droit pénal français conduit à considérer que l'essentiel des délinquants demeurent soumis à une politique pénale conforme au « modèle - Etat libéral », qui s'applique à la répression de la criminalité de droit commun ordinaire, c'est-à-dire aux auteurs d'atteintes aux personnes et aux biens dont les actes ne sont pas animés par un mobile de contestation d'une politique gouvernementale, ou ne s'inscrivent pas dans un tel contexte et
- enfin que la politique appliquée aux délinquants économiques et financiers, personnes morales et physiques, apparaît aujourd'hui plus « disciplinaire » que « pénale » et procède d'une dépénalisation de fait, à raison de la faiblesse des moyens d'enquête et de poursuites ainsi que du développement de modes alternatifs de sanction qui les soustraient au juge répressif (au profit des autorités administratives indépendantes -régulation/conformité) ou au profit de mécanismes de contrôle et de sanctions négociés avec le parquet<sup>26</sup>.

➤ De sorte que ma conclusion sera finalement plus pessimiste que l'inquiétude légitime qu'exprime l'intitulé de cette université d'été:

\* En effet, cette construction inégalitaire de la « politique » pénale déployée par l'Etat français me semble renvoyer à ce que C. Lefort affirmait: « Les libertés proclamées à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle [...] sont indissociables de la naissance du débat démocratique. Davantage: elles en sont génératrices. Il nous faut donc admettre que là où elles sont atteintes, tout l'édifice démocratique risque de s'écrouler, que là où elles n'existent pas, on en chercherait en vain la première pierre. En revanche, quoiqu'ils ne soient pas contingents, les droits économiques, sociaux et culturels peuvent cesser d'être garantis, voire reconnus [...], la lésion n'est pas mortelle, le processus reste réversible,

---

<sup>25</sup> M. Foucault, *Théories et institutions pénales, Cours au Collège de France (1971-1972)*, Gallimard, Seuil, coll. Hautes études, 2005, p.40

<sup>26</sup> Par exemple, en matière de corruption: loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique; cf. F. Stasiak, « L'éviction du juge pénal en matière économique et financière », *Archives de politique criminelle*, n°19, *Nouveaux enjeux de la délinquance économique et financière*, 2017, pp.9-21; notre article, « La politique criminelle de la lutte contre la corruption en France ou la théorie du chapon », in *Mélanges en l'honneur du Professeur C. Lazerges, Les politiques criminelles*, Dalloz, 2014, pp.497-522

le tissu démocratique est susceptible de se refaire, non seulement à la faveur de circonstances favorables à l'amélioration du sort du plus grand nombre, mais du fait même que sont préservées les conditions de la protestation »<sup>27</sup>.

\* Or l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 proclame: « La Loi est l'expression de la volonté générale. [...] *Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse*<sup>28</sup> » et l'exemple du traitement différentiel réservé par la justice - au travers des circulaires de 2016 et 2018 - aux violences policières et contre les policiers en manifestation - alors même que ces deux situations sont prévues par le même texte: article 222-13 du code pénal - établit que ce principe, proclamé au XVIII<sup>e</sup> siècle, est aujourd'hui bafoué par les autorités sans que soient effectivement préservées les « conditions de la protestation ».

Reste que cette restauration de la lèse-majesté et du « selon que vous serez puissants ou misérables... » rappelle quelque chose.

---

<sup>27</sup> C. Lefort, « Les droits de l'homme et l'Etat-providence » (1984) in *Essai sur le politique XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*, Seuil, 1986, p.53

<sup>28</sup> Nous soulignons