

NON À LA SOCIÉTÉ DE SURVEILLANCE ! NON AUX LOIS D'EXCEPTION !

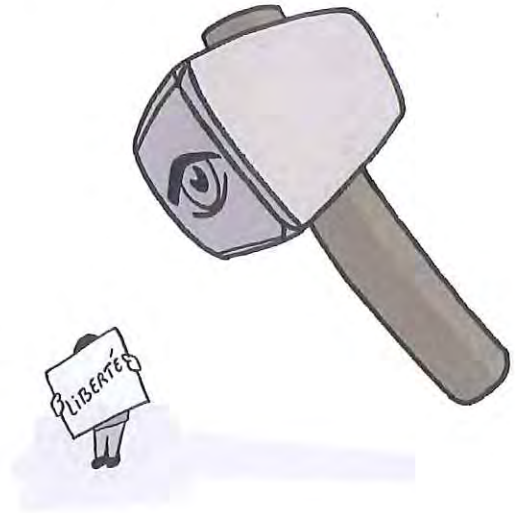
Colloque organisé par le Syndicat des Avocats de France
avec la participation de l'Ordre des Avocats du Barreau de Bayonne et de la
section SAF Bayonne – Pays Basque

Vendredi 12 juin 2015

de 8h30 à 17h30

Maison de l'Avocat

22 avenue de la Légion Tchèque à Bayonne



➤ 8h30 : Accueil des participants

➤ 9h00-12H30 : **NON À LA SOCIÉTÉ DE SURVEILLANCE !**

Allocution de bienvenue d'Isabelle DUGUET, Bâtonnière du Barreau de Bayonne
Présentation et modération : Jean-Jacques GANDINI, Président sortant du SAF

▪ **Nulle part où se cacher**

Antoine LEFÉBURE, historien des médias, consultant, auteur de *l'Affaire Snowden, comment les États-Unis espionnent le monde*

▪ **Dérives sécuritaires et statut des lanceurs d'alerte**

Agnès de CORNULIER, coordinatrice de l'analyse juridique et politique, *La Quadrature du Net*

▪ **Commission Nationale Contre les Interceptions de Sécurité et Commission Nationale de Contrôle des Techniques de Renseignement, quel contrôle ?**

Hervé HENRION-STOFFEL, Conseiller juridique, magistrat en détachement à la CNCDH

* *

➤ 14h00-17H30 : **NON AUX LOIS D'EXCEPTION !**

Loi du 13 novembre 2014 : *Patriot Act* à la française

Présentation et modération : Jean-Jacques GANDINI, Président sortant du SAF

▪ **Analyse juridique de la loi**

Laurence BLISSON, Secrétaire générale du Syndicat de la Magistrature

▪ **Analyse socio-politique de la loi**

Laurent BONELLI, enseignant-chercheur, Université de Paris Ouest-Nanterre

▪ **Analyse de la jurisprudence en construction**

Didier LIGER, SAF Versailles, Président de la commission pénale de l'AED (Association Avocats Européens Démocrates)

▪ **Synthèse de la journée**

Florian BORG, Président du Syndicat des Avocats de France



RENSEIGNEMENTS ET INSCRIPTIONS

SAF COMMUNICATION – 34 Saint-Lazare – 75009 PARIS

TÉL. 01 42 82 01 26 contact@lesaf.org - www.lesaf.org



S O M M A I R E

LE COMBAT POUR LES LIBERTÉS EST PLUS QUE JAMAIS NOTRE MISSION ! Jean-Jacques GANDINI	5
NSA : LA CLEF DE SAINT-PIERRE Antoine LEFÉBURE	6
LOI RELATIVE AU RENSEIGNEMENT : UN GRAND PAS VERS LA SURVEILLANCE GÉNÉRALISÉE Agnès de CORNULIER	10
CNCIS ET CNCTR, QUEL CONTRÔLE ? LES APPORTS DE LA CNCDH Hervé HENRION-STOFFEL	11
LOI DU 13 NOVEMBRE 2014 : ANALYSE JURIDIQUE Laurence BLISSON	35
PERMANENCES ET RECONFIGURATIONS DE L'ANTITERRORISME Laurent BONELLI	41
ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE EN CONSTRUCTION SUR LA LOI DU 13 NOVEMBRE 2014 : PATRIOT ACT A LA FRANÇAISE ? Didier LIGER	49

LE COMBAT POUR LES LIBERTÉS EST PLUS QUE JAMAIS NOTRE MISSION !

Novembre 2014, nouvelle loi anti-terroriste : La France a voté quinze lois anti-terroristes depuis 1986 qui n'ont empêché ni Merah ni les frères Kouachi ni Coulibaly. Les dispositifs de sécurité servent pour empêcher le deuxième coup, pas le premier. Or, le terrorisme est par définition une série de premiers coups qui peuvent frapper n'importe qui n'importe où.

Il s'agit avec ce type de loi d'un glissement vers le « Security State » et la loi sur le renseignement qui s'en est suivie en juin 2015 en rajoute une couche en quelque sorte en renforçant le contrôle social par la légalisation massive des pratiques illégales des services de renseignement. Nous voilà entrés dans l'ère du soupçon : ce que l'on cherche à vérifier, c'est notre comportement. Nous sommes tous des suspects potentiels !

C'est à juste titre que Mireille Delmas Marty dénonce l'avènement d'une justice prédictive. Il faut se réveiller et dénoncer haut et fort l'institutionnalisation rampante d'un nouvel Ordre totalitaire, car c'est bien l'essence même de la démocratie qui est en danger.

Mais à y bien réfléchir, il y a déjà un certain temps que les prémisses en ont été posées. Voilà en effet ce qu'écrivait en 1964 - traduction française en 1968, et ce n'est pas un hasard... - Herbert Marcuse, ce philosophe membre du courant de pensée de l'École de Francfort, devenu américain après avoir fui son pays d'origine, l'Allemagne, en 1933 alors que les nazis venaient d'accéder au pouvoir - le plus légalement du monde d'ailleurs... avec la complicité active de la droite nationaliste -, dans « L'homme unidimensionnel » :

« De la manière dont elle a organisé sa base technologique, la société industrielle contemporaine tend au totalitarisme. Le totalitarisme n'est pas seulement une uniformisation politique terroriste, c'est aussi une uniformisation économico-technique non terroriste qui fonctionne en manipulant les besoins au nom d'un faux intérêt général. Une opposition efficace au système ne peut se produire dans ces conditions. Le totalitarisme n'est pas seulement le fait d'une forme spécifique de gouvernement ou de parti, il découle plutôt d'un système spécifique de production et de distribution parfaitement compatible avec un pluralisme de partis, de journaux, avec la séparation des pouvoirs, etc. Aujourd'hui le pouvoir politique a tout le pouvoir sur le processus mécanique et sur l'organisation technique de l'appareil. »

Jean-Jacques GANDINI

Président sortant du SAF

NSA : LA CLEF DE SAINT-PIERRE

Comme toute société secrète, la National Security Agency - NSA - aime les symboles et les rites. Son blason révèle ainsi un aigle, le pygargue à tête blanche, symbole traditionnel des États-Unis. Seulement, au lieu de tenir des flèches et une branche d'olivier entre ses serres comme c'est normalement le cas, il tient cette fois une des clefs accrochées à la ceinture de Saint Pierre. Cet élément de l'iconographie chrétienne n'est pas sans rappeler les ors de la papauté, le blason du Vatican arborant quant à lui, les deux clefs de Saint Pierre, c'est-à-dire la clé d'or qui ouvre les portes du ciel et celle d'argent qui a le pouvoir de lier et d'excommunier. C'est cette dernière, la clef d'argent, qui figure sur le blason de la NSA.

La NSA, au demeurant, n'est pas la seule administration américaine à arborer des références chrétiennes ; la CIA elle aussi affiche dans son hall d'entrée une citation de l'évangile de Saint-Jean : « Vous connaîtrez la vérité et la vérité vous rendra libres. »

En dignes héritiers des Inquisiteurs médiévaux, les « services » ont tendance à se croire au-dessus des lois dont ils sont censés faire respecter la lettre et l'esprit.

La raison d'Etat ne fait pas bon ménage avec la justice puisqu'elle permet justement l'existence d'activités secrètes à la limite de la légalité quand elles ne sont pas résolument illégales. « Nécessité fait loi » comme dit le proverbe. Raison pour laquelle des délinquants notoires viennent régulièrement grossir les rangs des services opérationnels.

Il existe aujourd'hui à l'échelle mondiale une « communauté du renseignement », qui s'apparente à un véritable empire du secret, doté de sa propre logique et d'une large autonomie, face aux gouvernements censés les commander et aux lois censées encadrer leurs actions.

Aux États-Unis, cette communauté jouit désormais de budgets faramineux. De surcroît, la législation encadrant l'activité des diverses officines du renseignement est d'une telle complexité qu'elle rend quasiment illusoire leur contrôle. Ainsi s'octroient-elles le droit d'établir des « kill lists » (liste de personnes à assassiner) et de s'acquitter de ces contrats meurtriers par frappes de drones, d'utiliser le chantage et la violence pour recruter des indicateurs, de mentir à leurs organismes de tutelle ou de contrôle, comme de décourager ou d'induire en erreur les journalistes qui tentent d'enquêter sur eux.

Nul ne peut non plus nier qu'elles entretiennent avec les grandes entreprises et les médias dominants américains des liens douteux, qui vont du simple coup de main ponctuel aux prestations de renseignement plus régulières voire systématiques. Géants du numérique et vendeurs de systèmes d'armement voient grossir avec enthousiasme les budgets nécessaires au maintien de l'appareil gestionnaire et sécuritaire, tandis que les grands médias de référence tombent les uns après les autres dans l'escarcelle des nantis d'aujourd'hui. Signe de ces temps obscurs pour l'indépendance de la presse, le rachat du Washington Post par Amazon, géant du numérique et... prestataire de la NSA et de la CIA, se passe de commentaires.

Ainsi, les mêmes entreprises qui vendent aux « surveillants » de l'Etat des logiciels d'espionnage et des solutions techniques, se proposent également d'assurer une sécurité sans faille des données de leurs clients, entreprises et citoyens confondus. Très onéreuses, ces solutions informatiques de sécurité n'engagent que ceux qui croient en leur efficacité...

Une loi sous influence

Les bureaux NSA des alliés européens, avec l'aide du secrétariat général de la NSA, l'Office of General Counsel, développent depuis plusieurs années une intense activité pour fournir aux services secrets alliés des conseils juridiques et politiques de manière à ce que les activités d'espionnage bénéficient d'un « environnement favorable », c'est-à-dire de lois nationales suffisamment répressives et générales pour ne pas constituer des entraves. C'est la crainte de ce qui est appelé péjorativement la « balkanisation de l'Internet », la multiplication de lois nationales limitant la capacité politique et commerciale des États-Unis à exercer leur hégémonie dans ce secteur stratégique.

Dans ce domaine, le lobbying doit être discret, cantonné à quelques interlocuteurs sûrs. Avec un pays considéré comme « difficile » comme la France, les américains font preuve d'une grande habileté, allant jusqu'à flatter quelques industriels nationaux pour s'en servir comme bras de levier. Grâce à cette action, il y a des dirigeants français pour laisser croire possible la réalisation d'un équivalent tricolore de la NSA, bien entendu en plus intelligent et moins onéreux. C'est ainsi que l'appareil militaro-industriel national espère, comment bien d'autres, réaliser des outils numériques spécifiques, des boîtes noires et des algorithmes originaux.

C'est une idée nommée en anglais, « NOBUS », abréviation de « Nobody But Us » : nous pourrions développer un dispositif totalement original dont notre pays serait le seul pays utilisateur, lui assurant ainsi un avantage stratégique. Le problème de ce genre d'illusion, quand elle se développe, protégée sous le secret-défense, est qu'elle peut perdurer longtemps et constituer un véritable gouffre financier. Personne n'a oublié l'épisode peu glorieux des avions renifleurs.

Mais la loi sur le renseignement ne peut pas simplement être considérée non plus comme une mise sous tutelle des États-Unis. C'est aussi l'occasion pour notre pays de financer et de réaliser des outils nationaux d'interception et de sécurité qui représentent un marché énorme, vu qu'Internet est devenu un outil à la sécurité déplorable suite aux activités délictueuses de la NSA et de ses partenaires. Avec les risques déjà évoqués.

Coup de chance, plusieurs ingénieurs de la DGSE - Direction Générale de la Sécurité Intérieure - sont partis pantoufler dans le privé et signent les premiers contrats de ce type. Ceux qui se sont illustrés en embauchant des pirates de l'Internet, en faisant réaliser des logiciels espions, proposent maintenant leurs services aux entreprises traumatisées. Voilà le risque mécanique que la loi du renseignement rend possible : surveillance accrue de la population, croissance préoccupante des industries de la surveillance, le tout dans une dépendance stratégique face à l'allié américain.

La loi sur le Renseignement votée par l'Assemblée Nationale a tout pour satisfaire le SUSLAF et l'administration Obama. Il va permettre à la NSA d'approfondir son partenariat avec la France. Par ailleurs, la loi sécuritaire française est un argument supplémentaire pour que les Américains fassent un minimum de réformes.

Ma conviction est que le projet de loi français rendra possible ce type de bavures, il pérennise notre dépendance envers la puissante NSA et il n'assure pas de contrôle effectif quand à la préservation de nos libertés. Nous devrions prendre le temps d'examiner ce qui se passe à l'étranger plutôt que de légiférer dans l'urgence. Ce qui se passe en Allemagne et aux États-Unis devrait nous aider à mieux comprendre les risques que notre pays court.

Aux USA, les élus disposent de deux commissions spécialisées aux pouvoirs étendus entièrement dédiées au contrôle des services de renseignements. Pourtant, malgré l'existence de programmes de surveillance massive constituant une violation flagrante de la Constitution américaine, les commissions parlementaires sont restées inertes depuis 2001.

Il a fallu attendre la publication des documents révélés par Snowden pour que les élus se réveillent d'une sieste qui tient sans doute à la dimension secrète et institutionnelle de leurs activités. En moins de deux ans, dix-neuf propositions de réformes ont été introduites, une commission d'enquête du Sénat a révélé l'absence de toute efficacité de la NSA dans la prévention et la répression du terrorisme. Un groupe de réflexion mandaté par Obama est arrivé aux mêmes conclusions, soulignant également l'illégalité du programme de surveillance massive. Ainsi ce ne sont pas les outils nombreux et puissants de contrôle interne qui ont assuré la transparence nécessaire, mais les révélations d'un lanceur d'alerte affûté et leur relais par des media ; avec comme premier résultat la loi « USA Freedom Act » du 2 Juin.

Le 31 octobre 2013, sur France Inter, Jean-Jacques Urvoas, député concepteur de la loi française sur le Renseignement, se lance soudain dans une déclaration spontanée, répondant à une question qui ne lui est pas posée. Le signe d'une préoccupation, de la volonté de vouloir faire passer un message à un interlocuteur dont il ne dira rien : « Ce qui serait scandaleux, c'est que nous fournissions, nous Français, des éléments aux Américains portant sur des Français ! Cela serait inadmissible ! ». Et le journaliste de France-Inter de demander « Et cela n'a pas été le cas ? ». « Je ne peux pas vous le dire, je ne sais pas. Je vous le dirais avec plaisir si j'en avais la certitude, mais je n'ai pas les éléments pour le dire aujourd'hui ; mais je ne le crois pas, ce n'est pas la culture de la DGSE. » Dans la bouche d'Urvoas, cette phrase sonne comme un avertissement à ceux qui, à l'intérieur des services secrets, succombent aux charmes des étonnantes capacités techniques des Américains et à leurs moyens financiers illimités. La posture des espions « nationaux » est de railler la « quincaillerie américaine, les gadgets électroniques » pour mieux mettre en avant les capacités humaines de nos analystes formés par une longue expérience coloniale !

Nous voilà au cœur de luttes et d'enjeux qui ne sont absolument pas perçus par nos élus.

Combien sont-ils, sénateurs et députés, qui ont assez d'informations et de capacité d'analyse pour mesurer les conséquences d'une loi dangereuse qu'ils viennent de voter ?

L'indignation des associations de défense des libertés suffira-t-elle à renverser le rapport de force ? Rien n'est moins sûr, même s'il faut tout tenter pour que cette insupportable surveillance mondiale, cette logique sécuritaire post démocratique, soit d'urgence limitée par la coalition des citoyens soucieux de leurs libertés et des ingénieurs responsables.

Antoine LEFÉBURE

Historien des médias, consultant,

Auteur de *L'Affaire Snowden, comment les Etats-Unis espionnent le monde*

LOI RELATIVE AU RENSEIGNEMENT : UN GRAND PAS VERS LA SURVEILLANCE GÉNÉRALISÉE

Les évolutions ces trente dernières années, à la fois politiques et sur le plan du développement numérique, ont abouti à cette situation aujourd'hui où l'on se trouve confronté de plus en plus à des politiques sécuritaires et de surveillance à grande échelle, en témoigne le projet de loi sur le renseignement, voté par l'Assemblée nationale et le Sénat. Pour cela certains outils sont utilisés pour contourner la légalité, tel le secret défense, arme absolue contre l'obligation de transparence, et de responsabilité. Nous aborderons aussi le statut du lanceur d'alerte dont l'importance augmente en proportion avec celle des techniques de contrôle et surveillance mises en œuvre.

- ***Contexte politique et sociétal des dérives sécuritaires***

Contrairement à ce qui est le plus souvent affirmé, l'obsession sécuritaire de nos sociétés ne résulte en rien d'une augmentation factuelle des risques, mais au contraire du vertige qui les a saisies au moment de l'effondrement du bloc soviétique de se retrouver sans ennemi « constitutif ». Un nouvel ennemi constitutif a été non pas inventé mais « promu »: ennemi diffus, à la fois interne et externe.

L'importance de cette obsession sécuritaire et le consensus relatif de l'ensemble de la classe politique sur les politiques liées a cru en proportion de la crise de légitimité d'un politique devenu incapable d'agir significativement sur les grandes données sociales, économiques et technologiques.

En parallèle, la capacitation accrue des individus à accéder à l'information, à démonter les manipulations fondées sur la peur, à se coordonner et agir dans l'espace numérique est devenue le principal contre-pouvoir face aux régimes « post-démocratiques »¹. Cela a placé le numérique comme objet numéro un des mesures de contrôle et surveillance, avec un statut contradictoire : le numérique est en même temps le moyen de la surveillance et son objet.

En réponse à cette crise de légitimité, qui peut s'expliquer en partie par la dépendance de plus en plus forte des États les uns par rapport aux autres (économiquement, militairement, etc.), on observe un consensus relatif de l'ensemble de la classe politique pour tenter de mieux contrôler et sécuriser la société. Il est intéressant de noter que la définition du terme « terrorisme » fait l'objet de débat². Le code pénal³ en a une définition assez large : les infractions

1 Concept inventé par Colin Crouch et décrit par Philippe Aigrain, <http://www.internetactu.net/2014/07/03/les-actions-decentralisees-des-citoyens-peuvent-%C2%Adelles-regenerer-la-democratie/>, dans un article par à l'origine en anglais dans *Eutopia : Ideas for Europe*.

2 Voir http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jp-cj/victim/rr09_6/p3.html et <http://www.amnestyinternational.be/doc/l-espace-enseignants/Enseignement-secondaire/Dossier-papiers-libres-2005-les/article/i-2-1-definition-du-terrorisme>

3 <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=2206B697B5AC6E44AEDDB167B952F0E9.t>

« constituent des actes de terrorisme, lorsqu'elles sont intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur », suffisamment large pour que toute opposition forte puisse être considérée comme terroriste et c'est l'Histoire qui décide après coup du statut à donner à cette opposition (résistants versus terroristes). Ainsi l'usage très répandu de ce terme nous amène souvent à cataloguer l'adversaire, sans chercher à comprendre ses motivations, et en particulier la portée politique des actes commis.

Contre cet ennemi diffus, la réponse est la mise en place de politiques sécuritaires qui ont pour point commun de faire sauter les garde-fous des droits fondamentaux : éviction du juge, donc de la séparation des pouvoirs, par exemple lors des mesures de blocage de sites (loi terrorisme, loi renseignement), écoutes très vastes via une collecte massive des données et qui ne permettent pas de protéger le secret des sources des journalistes et le secret professionnel des professions protégées, ni la vie privée des citoyens. Et l'on voit apparaître de façon récurrente un certain nombre d'acteurs militaro-industriels (Thalès, Amesys, Qosmos, Bluecoat, etc.) qui soutiennent ces politiques sécuritaires et en sont des acteurs importants car ils produisent ou commercialisent les outils qui permettent leur mise en place (Libye, Syrie, et maintenant France via les « boîtes noires »).

Nous avons donc de ce côté une sorte d'oligarchie qui se forme composée de la classe politique, de l'industrie y compris militaire, ainsi que des gros groupes de médias et des groupes financiers, qui prend conscience que le politique n'a pas la maîtrise d'Internet et qui en réponse soutient et amplifie le phénomène sécuritaire.

En parallèle, la montée de mouvements sociétaux s'est accrue avec le développement d'Internet qui a permis aux individus d'améliorer considérablement leur accès à l'information et a amplifié leur capacité de communication. L'espace numérique a ainsi donné aux individus la possibilité de réfléchir ensemble de façon beaucoup plus rapide et efficace, de se coordonner, et donc de démonter les tentatives de désinformation ou les manipulations fondées sur la peur, formant ainsi le principal contre-pouvoir face aux régimes « post-démocratiques ».

- ***Évolution d'Internet : outil d'ouverture au monde et outil de surveillance***

Revenons sur le développement du numérique, qui, par les moyens qu'il offre aux citoyens de s'exprimer et de s'informer beaucoup plus rapidement et efficacement qu'auparavant, a largement contribué à déstabiliser les pouvoirs en place dans les démocraties occidentales.

Ces trente dernières années ont vu un certain nombre d'évolutions que l'on peut résumer en 4 points⁴ :

pdila21v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006149845&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20150530

4 Benjamin Sonntag http://data.passageenseine.org/2015/mp4/PSES2015_70-ans-surveillance.mp4

- L'émergence de l'informatique ubiquitaire : développement de petits appareils informatiques (téléphones, objets connectés, liseuses, tous les objets fonctionnant avec un ordinateur, mais aussi certains implants dans le corps, type pacemakers) qui facilitent l'accès à l'information, n'importe où et n'importe quand⁵ ;
- Le développement d'un réseau ubiquitaire : wifi, fibre, cuivre, permettant un accès au réseau, donc à l'information, partout dans le monde ;
- Le stockage de masse dont le coût a été divisé par 1500 en quinze ans ;
- Une capacité de calcul sans commune mesure aujourd'hui (un téléphone portable actuel est plus puissant que les ordinateurs ayant servi à envoyer Apollo sur la Lune) permettant de traiter dans des délais toujours plus courts des quantités de données en perpétuelle croissance ;

Ces évolutions ont pour conséquence la possibilité de copier très rapidement et à l'infini des données et donc l'impossibilité de prouver qu'une donnée a été détruite. Cet aspect prend une dimension particulièrement importante dans la façon dont on doit légiférer sur la gestion de données personnelles par des tiers : gouvernement, entreprises. Ainsi, tous les contrôles a posteriori de destruction de données sont très aléatoires. Ils sont nécessaires pour encadrer au maximum la conservation des données, mais ne sauraient constituer une garantie absolue.

Les exigences nécessaires pour les citoyens de ces évolutions sont multiples.

En premier lieu, une régulation forte est indispensable pour protéger les libertés fondamentales. Cette régulation est compliquée car il est difficile d'imposer des normes fiables. Elle peut et doit se décliner de plusieurs manières : constitutions fortes, législation adaptée et prise en compte systématique de ces régulations dans les accords internationaux. Un contrôle fort et indépendant, a priori et a posteriori, des actions de l'État en matière de collecte, stockage, traitement et destruction des données s'avère être le seul moyen de limiter les dérives individuelles ou institutionnelles. Les entreprises procèdent aussi de plus en plus à ces actions sur les données personnelles et il convient de les encadrer de façon très claire et stricte.

Prenons l'exemple de l'agroalimentaire où l'État a pu imposer dans les années 1970 des règles d'étiquetage permettant d'indiquer clairement les ingrédients et additifs présents dans les produits commercialisés. Il serait tout à fait possible d'imposer aux entreprises qui collectent des données d'indiquer clairement - c'est-à-dire de façon intelligible pour les utilisateurs - quelles sont les données collectées, par quelles entités, pour quelles finalités et pour quelle durée.

En plus d'une régulation forte et protectrice des États, les individus peuvent également développer et mettre en œuvre des outils pour se protéger. Les logiciels

5 Cory Doctorow <https://www.youtube.com/watch?v=l8Q0Mme33bM>

basés sur le paradigme du « privacy by design » et qui protègent les communications, et donc les données échangées, sont particulièrement utiles. Ce sont la plupart du temps des logiciels libres. Le code source est à la disposition de tous, ce qui permet entre autres aux utilisateurs de vérifier et contrôler ce que le logiciel fait. Cette capacité de contrôle et de vérification permet également de réduire le risque de faille de sécurité.

Par exemple, les verrous numériques, tels que les DRM (Digital right management) vont à l'encontre des principes du logiciel libre et limitent le contrôle des objets numériques par leurs utilisateurs. Les DRM constituent un outil extrêmement intrusif qui porte atteinte au droit de propriété. Lorsqu'une personne achète un livre papier, elle devient propriétaire de l'objet. Lorsque cette même personne achète un livre numérique soumis au DRM, alors le vendeur (ou l'éditeur) conserve un accès au livre. En réalité, il ne vend pas le livre, mais un droit de lecture et se réserve le droit d'interdire la duplication du livre sur plusieurs terminaux (même si ces terminaux appartiennent tous au même propriétaire) ou bien éventuellement de supprimer le livre. L'aventure est ainsi arrivée en 2009 aux utilisateurs de Kindle qui avaient cru acheter sur Amazon certains livres d'Orwell au format numérique. Ainsi, *1984* et *La Ferme des animaux* ont soudainement disparu de toutes les liseuses des détenteurs d'un exemplaire numérique de ces livres, au prétexte que l'entreprise qui utilisait la plate-forme Amazon pour vendre les livres n'en détenait pas les droits et vendait donc des copies illicites.⁶ Cela illustre bien la façon dont les droits d'information et de propriété sont profondément amputés par les verrous mis par les éditeurs et distributeurs et il est particulièrement savoureux que *1984* ait fait partie des livres concernés.

Aujourd'hui, nous passons de plus en plus de temps dans des objets ou bâtiments gérés par ordinateurs, puisque par exemple les voitures peuvent de plus en plus souvent être verrouillées à distance, et nous avons de plus en plus d'ordinateurs dans nos corps (implants / prothèses) : selon la configuration des implants - et donc de l'ordinateur - il est possible d'influer sur le corps. On peut donc tout à fait imaginer une prothèse contrôlée à distance par ordinateur par un tiers, avec de fortes conséquences sur l'intimité de la personne qui bénéficie de la prothèse.

Il était plus facile de légiférer lorsque les outils technologiques n'avaient qu'une seule fonction (normes sur les voitures, normes sur les radios, etc.). Aujourd'hui, les ordinateurs sont très généralistes et puissants - nos téléphones sont des ordinateurs dont les capacités sont sous-exploitées - et peuvent faire tout ce pour quoi nous les programmons. Si un État ou une entreprise décide d'imposer des « backdoors » ou portes dérobées dans les machines (ordinateurs, téléphones), pour pouvoir y accéder n'importe quand, cela pose le problème de la vie privée, mais cela expose aussi ces machines à des failles de sécurité pouvant être exploitées par toute personne ou entité mal intentionnée.

La centralisation massive des services et applications Web à partir de 2005-2006

6 <http://rue89.nouvelobs.com/2009/07/19/sur-le-kindle-amazon-detruit-des-livres-quil-a-vendus>

(type GAFa) a offert des « opportunités » sans précédent à la surveillance à la fois pour les acteurs privés et pour les services de renseignement. Elle a permis de capturer des informations « en contexte », c'est à dire associées à des métadonnées essentielles pour les comprendre ou les situer (carnet d'adresses, géolocalisation, relations dans les réseaux sociaux, historiques, correspondances, etc.). L'Europe n'a pas su investir dans des alternatives décentralisées, des modèles commerciaux non publicitaires, qui ne reposent donc pas sur la collecte des données et le profilage, et la fourniture aux usagers d'un contrôle souverain sur leurs données. Au contraire elle s'est enfermée dans l'impasse de produire des copies européennes des grands intermédiaires américains. Il n'est pas trop tard, les réactions aux révélations de Snowden réouvrant une fenêtre d'opportunité pour des approches alternatives.

Mais il existe une sorte de partenariat public-privé (PPP) qui a intérêt au maintien du statut quo récent.

La centralisation des services et applications et l'existence d'un complexe militaro-industriel spécifique au renseignement ont abouti à la création d'un tissu interconnecté de fournisseurs de technologies de surveillance, des services et des opérateurs et hébergeurs géants. C'est dans ce contexte que Bernard Cazeneuve avait rencontré les GAFa début 2015 pour améliorer la collaboration dans le cadre de la lutte contre la haine sur internet - racisme, apologie du terrorisme, etc., concluant un accord opérationnel visant à supprimer les sites dans un délai de 24h après demande du Ministère et un accord technique visant à revoir les modalités et formulaires des réquisitions judiciaires⁷. Cela n'empêche pas les grands acteurs privés de s'opposer pour la façade à telle ou telle mesure, pour conserver la confiance de leurs utilisateurs, mais tous ces acteurs ont en commun l'utilisation de techniques de nature semblables pour la surveillance, le contrôle ou le façonnement des comportements.

Par la suite, juste avant les débats publics à l'Assemblée nationale sur le projet de loi relatif au renseignement, une réunion a été organisée par Bernard Cazeneuve, ministre de l'Intérieur, avec les hébergeurs français (Online, Gandi, OVH, etc.) qui se mobilisaient contre le système dit de "boîtes noires" susceptibles de porter gravement atteinte à la vie privée et au secret des correspondances de leurs utilisateurs - et donc à la soutenabilité économique de ces entreprises. Alors qu'aucune garantie réelle n'a été apportée officiellement, à part des promesses concernant les mesures prises dans un décret qui sera classé secret défense et dont le contenu ne sera donc pas connu, il est visible qu'un compromis a été trouvé, sans aucune transparence et sans d'ailleurs avoir atteint son objectif de rassurer les hébergeurs.⁸

Aujourd'hui le PPP est devenu planétaire, en raison de la création d'un marché de la surveillance contournant ce qui reste de protections des droits fondamentaux (« je

7 <http://www.itespresso.fr/haine-net-gouvernement-compte-cooperation-renforcee-gafa-89160.html>

8 <http://www.lebardegandi.net/post/2015/04/17/Comment-la-loi-sur-le-renseignement-est-elle-cens%C3%A9e-s-appliquer-pour-les-h%C3%A9bergeurs>

surveille tes citoyens, tu surveilles les miens »). Cela n'empêche pas bien sûr les services d'espionner pour leur propre compte pour ne transmettre que des informations filtrées aux autres pays.

Cela montre deux choses. D'une part, plus les machines sont puissantes, plus il est nécessaire de mettre en place une réglementation qui prenne en compte en premier lieu le respect des libertés fondamentales, puisqu'elles sont les premières victimes d'un abus de pouvoir ou d'un manque de règles claires. D'autre part, une évolution de la réglementation et des pratiques ne peut se faire sans la participation active de tous. Cette participation doit passer par une formation à ces enjeux et à leurs conséquences sur la liberté d'expression, d'information, de communication, de pseudonymat et de protection de la vie privée.

On parle de dérives sécuritaires et de surveillance généralisée, mais de quoi s'agit-il ?

- ***Qu'est-ce que la « surveillance généralisée » ?***

Comme George Orwell l'avait déjà noté, il n'y a pas besoin que toutes les informations de tout un chacun soient surveillées pour qu'il y ait surveillance généralisée. Il suffit que tout un chacun puisse l'être et ne sache pas s'il l'est ou non. C'est en cela que la surveillance algorithmique mise en place par l'article 851-4 du projet de loi sur le renseignement nous fait basculer dans une nouvelle ère de suspicion et surveillance, qu'il constitue comme l'a dit Antoinette Rouvroy une bifurcation fondamentale. A l'époque de Jeremy Bentham (fin XVIIIème siècle), il était envisageable de mettre en place des structures fermées panoptiques (prisons, usines) permettant de voir sans être vu. Aujourd'hui il est possible d'étendre considérablement ce dispositif puisque d'un lieu identifié et fermé, on est passé à la possibilité de surveiller - voir sans être vu et écouter sans être entendu - tous les continents, ce qui nous permet de parler de société panoptique.

Officiellement, la surveillance telle qu'elle se déploie aujourd'hui entend dissuader l'acte délictueux mais par son fonctionnement même, elle permet de normaliser les conduites, et donc d'éviter toute déviance. On met en place des techniques permettant de surveiller tout le monde qui associent a) la collecte massive de données multiples ainsi que b) la traçabilité en temps réel via le recoupement d'informations (antennes téléphoniques, connexions Internet, paiements en CB et utilisation de cartes de transports munies de puces), puis on met en place c) des algorithmes pour traiter ces « big data » et définir des modèles de comportements normaux et des modèles de comportements déviants, avec bien entendu le risque de faux-positif. Admettons que le taux de faux-positif - donc de personnes qui ne devraient pas faire l'objet d'une surveillance mais qui ressortent comme « potentiellement dangereuses » - soit de 1%, cela ferait donc 400 000 personnes sur une population de 40 millions d'habitants.

En France, le projet de loi relatif au renseignement comporte un article qui permet de mettre en place des techniques de surveillance dès qu'une communication est émise

ou reçue depuis l'étranger, sans contrôle d'une autorité judiciaire. Or le flou juridique sur ce qu'on entend par « émise ou reçue depuis l'étranger » permet de se poser des questions sur l'objectif du gouvernement qui n'a jamais voulu répondre de façon claire lors des débats au Sénat et à l'Assemblée nationale. Est-ce que cela implique que l'un des interlocuteurs soit physiquement hors de France ? Ou bien est-ce que cela implique que la communication passe par un canal situé hors de France ? La distinction est importante car personne ne peut garantir que les communications par internet entre deux personnes situées en France et ayant leurs emails hébergés en France passent uniquement par un réseau uniquement situé en France. Or la plupart des français ont la majorité de leurs moyens de communication sur internet hébergés à l'étranger (réseaux sociaux, emails, blogs et sites). Cette clause permettrait donc de mettre en place une surveillance généralisée de l'ensemble des français, avec un contrôle faible de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR).

De surcroît cet effet est considérablement renforcé par le fait que les gens se savent surveillés par le secteur privé à des fins commerciales et publicitaires et qu'il est maintenant prouvé que la frontière entre le privé et le public est perméable à l'échange d'informations.

Ces techniques poussées de surveillance généralisée ouvrent ainsi un nouvel âge du panoptisme. Or un certain nombre d'études ont montré que le comportement des individus est modifié lorsqu'il se sait surveillé ou lorsqu'il sait qu'il est susceptible d'être surveillé. Ainsi, les individus se contiennent de faire certains gestes ou de prononcer certaines paroles et cela entraîne une auto-censure qui nuit considérablement à leurs libertés fondamentales que sont les libertés de penser, de s'exprimer et de s'informer.

C'est pourquoi l'un des chevaux de bataille de La Quadrature du Net est d'empêcher d'une part l'escalade de la surveillance internationale non contrôlée : échange d'informations entre les services de renseignement sur les citoyens réciproques, absence de règles et de contrôle pour la surveillance en dehors des frontières, absence de règles strictes en France pour limiter les champs d'action des services de renseignement et mise en place de partenariats divers qui nuisent à la sûreté des citoyens, c'est-à-dire qui nuisent à leur vie privée. La Quadrature du Net a beaucoup travaillé avec d'autres organisations, notamment via l'Observatoire des Libertés et du Numérique (OLN), pour informer les gens en France et à l'international sur les risques que comporte le projet de loi relatif au renseignement. Elle a aussi mis en place une page⁹ pour donner des arguments contre le projet de loi et pour expliquer en quoi faire une croix sur ses libertés pour essayer de gagner un peu de sécurité n'est pas une solution.

Outre un mémoire pour accompagner la saisine parlementaire sur la loi sur le renseignement¹⁰, La Quadrature du Net a participé, en collaboration avec deux autres

9 <https://sous-surveillance.fr/#/>

10 <http://www.fdn.fr/pjlr/amicus1.pdf>

associations (la fédération FDN et French Data Network), à des recours juridictionnels :

- en février 2015 : dépôt devant le Conseil d'État d'un recours contre le décret d'application (du 24 décembre 2014) de la Loi de programmation militaire (LPM) sur l'accès administratif aux données de connexion¹¹
- Une Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC) a aussi été déposée en avril 2015 et a fait l'objet d'un renvoi devant le Conseil constitutionnel le vendredi 5 juin¹²
- Un recours en avril 2015 devant le Conseil d'État à l'encontre du décret relatif au blocage administratif des sites faisant l'apologie du « terroristes » du 5 février 2015¹³

- ***Sociologie « institutionnelle » du renseignement et rôle du secret-défense***

La production et la délibération des lois concernant le renseignement et toute forme de contrôle sécuritaire est viciée à la base par une logique institutionnelle qui mine toute possibilité d'authentique décision démocratique. Le fait de traiter dans le même panier les atteintes les plus extrêmes à la sécurité nationale et de simples intérêts économiques, industriels, scientifiques ou les actions de mouvement de contestation radicales aboutit à généraliser les législations et procédures d'exception des dimensions de la vie sociale. La loi est élaborée en secret¹⁴ avec un « input » prédominant des services. Les acteurs politiques concernés prennent un regard étroit sur la seule question « et s'il y avait un attentat que nous aurions pu prévenir ? » alors même qu'ils refusent d'enquêter sur les échecs de leurs pratiques actuelles : en témoigne par exemple le refus de la création d'une commission parlementaire d'enquête sur les failles ayant permis les événements parisiens de janvier 2015, les attribuant contre toute évidence au fait qu'on n'avait pas encore assez développé surveillance et suspicion. Les organismes de contrôle ne seront composés que de personnes habilitées au secret défense. Les recours seront très limités et ne révéleront jamais les pratiques réelles même quand elles auront été trouvées illégales.

On l'a vu dans le cadre des révélations Snowden, cette pratique du secret défense, si elle se justifie dans une certaine mesure, peut être utilisée pour augmenter en secret les pratiques de services de renseignement, permettre des actes illégaux (et non a-légaux comme essaie de le faire croire le gouvernement), et surtout de dévoiler les actions et techniques mises en place. Le champ du secret défense, s'il n'est pas très encadré, peut donc se révéler une arme redoutable contre les citoyens, autorisant

11 <http://www.fdn.fr/2014-1576/recours.pdf>

12 <http://www.fdn.fr/2014-1576/qpc.pdf>

13 <http://www.fdn.fr/2015-125/recours.pdf>

14 Pierre-Olivier Sûr, bâtonnier de Paris <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2015/03/17/01016-20150317ARTFIG00331-loi-sur-le-renseignement-une-loi-sur-le-secret-pensee-et-redigee-dans-le-plus-grand-secret.php>

des pratiques très arbitraires tout en réduisant au maximum le risque d'une quelconque mise en cause.

Yochai Benkler, dans un article sur les lanceurs d'alerte¹⁵ met en exergue trois faiblesses majeures du secret défense (ou tout simplement du secret comme meilleur outil de sécurité) :

1) Le secret est difficile à tenir. Plus le nombre de gens impliqués est grand, plus le secret a de chances d'être révélé.

2) Si le secret porte sur un mot de passe, le mot de passe une fois révélé peut être changé sans difficulté. Si le secret porte sur tout un système, une faille ou une fuite de l'une des parties du système peut mettre en danger tout le système dès lors que les parties du systèmes sont interdépendantes.

3) Le secret d'un logiciel ou programme empêche les corrections nécessaires. Au contraire d'un système robuste qui peut être diffusé puisqu'il ne peut pas (ou difficilement) être cassé. C'est notamment le pari des logiciels libres et d'un certain nombre d'outils de chiffrement (GPG) : le code source est disponible, donc chacun peut vérifier sa robustesse, voire proposer des correctifs.

Il faut faire un sort à l'idée qu'une « légalisation » d'actes déjà pratiqués serait un progrès. Toute l'histoire des services de renseignements montre que ce blanchiment ne conduit qu'au développement de pratiques illégales encore plus étendues. William Bourdon, dans une tribune dans le Monde du 22-23 mars 2015 rappelle que le texte prévoit de doter les SR français de prérogatives équivalentes à celles de la police judiciaire (écoutes, interceptions, géolocalisations, captation des courriels) alors « qu'il n'y a pas de meilleur antidote contre le risque d'arbitraire que le juge. Ce texte oublie que lorsqu'une démocratie cède aux services de renseignement, ceux-ci ne rendent jamais ce qu'on leur donne. »¹⁶

Cet argument consistant à dire qu'on ne fait que légaliser des pratiques déjà mises en œuvre est donc pernicieux, parce que, s'il est parfois nécessaire de légaliser des pratiques qui, autrefois, étaient punies de sanctions (que l'on pense à la contraception, l'homosexualité ou l'avortement) quand cela permet l'exercice de nouvelles libertés ou remédie aux graves conséquences de leur interdiction, cela ne saurait en aucun cas servir à installer des atteintes illégitimes aux droits fondamentaux.¹⁷

On a ici affaire à une sorte de blanchiment légal récurrent (LPM, loi géolocalisation, loi terrorisme) qui autorise de nouvelles pratiques auparavant illégales en créant de nouvelles brèches pour la mise en œuvre de nouvelles pratiques illégales.

Ne serait un progrès qu'une loi qui décrirait précisément celles des pratiques existantes qui sont illégales, créerait des sanctions pénales pour ceux qui

15 http://benkler.org/Benkler_Whistleblowerdefense_Prepub.pdf

16 <http://www.bourdon-forestier.com/wp-content/uploads/2015/03/article-Le-Monde.pdf>

17 <http://www.dalloz-actualite.fr/chronique/porte-ouverte-surveillance-et-suspicion-generalisees>

continueraient à les pratiquer et autoriserait à les dénoncer en cas d'abus.

Une loi doit être proportionnée à son objet ; or cette loi ne se fixe presque aucune limite : on écouterait qui on voudra, quand on voudra, dans les conditions que l'on voudra, sans aucun contre-pouvoir réel a priori par un magistrat et a posteriori uniquement par saisine de la CNCTR, soit bien trop tard, une fois que les techniques intrusives (boîtes noires, intrusions dans le domicile et mouchards, IMSI catcher) auront été mises en place. Une réelle capacité à empêcher la mise en place des techniques en amont doit donc pouvoir être mise en place.

Au prétexte de donner un statut légal à des pratiques existantes, on met en place un système très intrusif, disproportionné et limité sur le plan de l'efficacité.¹⁸

- ***Protection pour les lanceurs d'alerte ou contre les lanceurs d'alerte***

Dans ce contexte de contrôle de plus en plus difficile du traitement des données personnelles, et de mise en œuvre par les gouvernements de pratiques de surveillance très intrusives, la protection des lanceurs d'alerte dénonçant les illégalités et les comportements contraires à l'éthique est fondamentale. Les lanceurs d'alerte ont un rôle important, mais faute d'un statut spécifique, voire avec un arsenal législatif type secret-défense ou secret des affaires qui interdit et pénalise la divulgation d'actes illégaux, seul un très petit nombre de personnes, prêtes à mettre leur liberté sinon leur vie en danger, dénonceront de telles pratiques.

Les révélations d'Edward Snowden et plus généralement celles qui ont été diffusées par Wikileaks ont ouvert un grand débat sur la protection des lanceurs d'alerte. Le rapport Moraes adopté par le Parlement européen¹⁹ a demandé l'élaboration d'une directive européenne sur la protection des lanceurs d'alerte et diverses propositions existent également au niveau national. Mais en pratique, on assiste au développement frénétique de protection contre les lanceurs d'alerte : directive européenne sur le secret des affaires et amendement heureusement rejeté à la loi Macron, absence de sanctions pour les actes de surveillance illégale dans la loi renseignement et sanctions pour la révélation de l'existence d'une surveillance même quand celle-ci est illégale, etc.

En France, des lois très partielles sont adoptées après les scandales (Corruption au sein de l'entreprise, Mediator (loi limitée à l'industrie pharmaceutique), loi de 2013 pour les risques graves pour la santé publique ou l'environnement).

Le projet de loi relatif au renseignement prévoit de protéger les lanceurs d'alerte sous de trop nombreuses conditions pour rendre cette protection effective : le

18 http://abonnes.lemonde.fr/pixels/article/2015/05/13/la-note-interne-de-l-inria-qui-etrille-la-loi-sur-le-renseignement_4633142_4408996.html

19 Résolution du Parlement européen du 12 mars 2014 sur le programme de surveillance de la NSA, les organismes de surveillance dans divers États membres et les incidences sur les droits fondamentaux des citoyens européens et sur la coopération transatlantique en matière de justice et d'affaires intérieures <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2014-0230&language=FR&ring=A7-2014-0139>

lanceur d'alerte ne peut qu'être issu des services de renseignement. Il ne peut donc pas s'agir d'une entreprise, type FAI ou hébergeur ou autre (ou un salarié de l'entreprise) qui serait tenue de mettre en place les techniques de renseignement chez elle. Des poursuites pénales sont en effet prévues pour de telles dénonciations.

Ensuite, le lanceur d'alerte ne peut prévenir que la CNCTR qui pourra saisir le Conseil d'État si elle l'estime nécessaire. Edward Snowden travaillait pour une entreprise privée sous-traitante de la NSA. La loi en cours d'adoption en France prévoit donc que s'il avait été en France, il aurait fait l'objet de poursuites. Le statut proposé dans le projet de loi s'apparente donc bien à une protection contre les lanceurs d'alerte et non une protection des lanceurs d'alerte.

- **Conclusion**

Le projet de loi relatif au renseignement renforce la logique de suspicion qui se déploie en France et dans d'autres pays. On produit des suspects via des algorithmes (dispositifs identifiants des menaces sur la base de traitement de l'information) ainsi que des faux positifs et on met en place une société panoptique par incapacité à agir de façon positive sur les fondamentaux de l'économie, du social, du développement des technologies et de la culture.

Le fondement de l'autorité devient celui de la peur contre laquelle l'État serait le seul rempart, via des pratiques qui vont à l'encontre des droits fondamentaux et en supprimant progressivement la séparation des pouvoirs, seule garantie d'un contrôle du pouvoir établi et donc de dérives trop importantes.

Le travail de fond mené par La Quadrature du Net et d'autres organisations professionnelles ou citoyennes est fondamental pour sensibiliser et mobiliser les individus aux risques de dérives et aux techniques de protection disponibles. Mais ce travail de fond est lent et d'autant plus difficile qu'il se fait en grande partie contre le pouvoir économique et politique en place. Les différents recours devant le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel auraient dû amener les parlementaires à mieux réfléchir aux risques que comporte le projet de loi relatif au renseignement. Il est symptomatique que les sénateurs n'aient pas pris plus en compte le renvoi de la QPC devant le Conseil constitutionnel et n'aient pas majoritairement compris que les questions posées sur la LPM concernent tout autant un certain nombre de dispositions de ce projet de loi. Le fait que la QPC présentait un caractère sérieux selon le Conseil d'État est une première étape positive qui pourrait ouvrir la voie à une révision globale des mesures adoptées ces dernières années, comme cela a été le cas dans d'autres pays.

Agnès de CORNULIER

Coordinatrice de l'analyse juridique et politique, *La Quadrature du Net*

CNCIS ET CNCTR, QUEL CONTRÔLE ? LES APPORTS DE LA CNCDH²⁰

Les nouvelles technologies transforment les modes d'exercice du pouvoir et donc de sa régulation, ainsi qu'en attestent les récents débats autour de la loi relative au renseignement²¹, dont l'objectif était de légaliser « l'outil du pouvoir » qu'est la surveillance. A l'heure où le développement des nouvelles technologies permet, en nombre illimité, d'absorber, de stocker, d'intercepter, de trier en temps réel des conversations, des textos, des courriers électroniques et autres données numérisées, les bénéfices pour les services de renseignement peuvent, au moins en théorie, s'avérer immenses²². La tentation orwellienne d'une hypertrophie des yeux et oreilles de l'Etat ne doit jamais faire oublier l'avertissement lancé par la Cour européenne des droits de l'homme : « *la protection offerte par l'article 8 serait affaiblie de manière inacceptable si l'usage des techniques scientifiques modernes (...) était autorisé à n'importe quel prix et sans une mise en balance attentive des avantages pouvant résulter d'un large recours à ces techniques, d'une part, et des intérêts essentiels s'attachant à la protection de la vie privée* »²³.

Le 19 mars 2015, un projet de loi *relatif au renseignement* a été adopté en Conseil des ministres. Le Gouvernement a, le même jour, engagé la procédure accélérée et l'examen du texte a eu lieu dans des délais extrêmement contraints : les auditions devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale ont débuté le 24 mars avant l'adoption d'un texte amendé par cette même commission le 1^{er} avril 2015. La première lecture s'est déroulée du 13 au 16 avril et le projet a été soumis au scrutin public le 5 mai. La Commission des lois du Sénat a ensuite commencé ses travaux et rendu son rapport le 20 mai 2015. La discussion en séance publique a eu lieu les 2, 3, 4 et 9 juin 2015. Après passage en commission mixte paritaire, la loi a été définitivement adoptée le 24 juin par l'Assemblée nationale. Elle a été promulguée le 24 juillet 2015, le lendemain de la décision du Conseil constitutionnel validant l'essentiel de son contenu²⁴.

Ce bref rappel du calendrier parlementaire démontre amplement que la CNCDH (comme bien d'autres) a été contrainte de prendre connaissance du projet de loi dans la plus grande précipitation et de s'autosaisir immédiatement, vu l'extrême sensibilité de la matière au regard de la protection des droits et libertés fondamentaux. Elle a rendu un avis très étayé le 16 avril 2015²⁵, dans lequel elle rappelle notamment sa ferme opposition à la mise en œuvre de la procédure

²⁰ L'auteur remercie sincèrement Christine Lazerges, Présidente de la CNCDH, et Renée Koering-Joulin, membre de la CNCDH, pour leur aide dans la préparation de la présente étude.

²¹ Dans ce sens S. Henneute-Vauchez et D. Roman, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Dalloz 2015, n° 681, p. 533.

²² F. Heisbourg, *Espionnage et renseignement*, Odile Jacob 2012, pp. 124-125.

²³ Cour EDH 4 décembre 2008, *S. et Marper contre Royaume-Uni*, req. n° 30562/04.

²⁴ Voir M. Verpeaux, « La loi sur le renseignement entre sécurité et liberté. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015 », *La Semaine juridique éd. gén.* n° 38, 14 septembre 2015, doctr., p. 981.

²⁵ CNCDH 16 avril 2015, *Avis sur le projet de loi relatif au renseignement dans sa version enregistrée le 1^{er} avril 2015 à la Présidence de l'Assemblée nationale*, en ligne sur www.cncdh.fr

accélérée en relevant la pauvreté de l'*Etude d'impact* accompagnant le projet de loi²⁶. Plus fondamentalement, cet avis a eu le mérite de susciter un débat très riche, en raison de sa très grande résonance et de la réponse apportée par le ministre de l'intérieur aux recommandations de la CNCDH, dans un courrier de 14 pages rendu public²⁷.

L'*Exposé des motifs* précise qu'il est aujourd'hui nécessaire « de définir, dans la loi les principes et les finalités de la politique publique du renseignement, prérogative de l'Etat, pour reconnaître sa contribution à la sécurité nationale et à la défense des intérêts fondamentaux de la nation. Il reste surtout à encadrer l'utilisation des techniques de recueil de renseignement pour renforcer la protection des libertés individuelles tout en sécurisant l'action des services spécialisés »²⁸. En dépit de la récente création d'un code de la sécurité intérieure (CSI)²⁹, un récent rapport parlementaire a constaté de nombreuses lacunes et l'extrême dispersion des textes régissant la matière, avant d'insister fortement sur la nécessité de créer un cadre juridique protecteur pour régir l'organisation, et l'activité des services de renseignement³⁰. Ce document évoque au demeurant un « risque permanent » de condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CESDH) garantissant le droit au respect de la vie privée et imposant que les ingérences dans l'exercice de ce droit reposent, notamment, sur une base légale solide³¹. Dans ces conditions, si l'on peut aisément comprendre, eu égard au principe de prééminence du droit inhérent à la démocratie, qu'il soit aujourd'hui nécessaire de légiférer pour encadrer strictement le recueil du renseignement, cela ne doit en aucun cas, vu le caractère sensible de la matière au regard de la protection des droits et libertés fondamentaux, se faire dans l'urgence et la précipitation. Un travail législatif de qualité suppose de consacrer à l'élaboration de la loi un temps suffisant et une méthode. Celle-ci devrait favoriser un dialogue constructif avec toutes les composantes de la société pour éclairer durablement les politiques publiques à venir.

Le rythme accéléré de l'examen du projet de loi relatif au renseignement laisse l'impression plutôt désagréable d'un manque de concertation préalable. Le consensus dont font l'objet les enjeux sécuritaires et la lutte contre le terrorisme³² nuit par essence à la qualité du débat : tout se passe comme si la simple invocation d'une plus grande efficacité pouvait justifier l'adoption, sans aucune discussion, des

²⁶ *Ibid.*, §§ 3-4.

²⁷ Voir la lettre du 24 avril 2015 adressée par le ministre de l'intérieur à la Présidente de la CNCDH, mise en ligne sur le site du ministère de l'intérieur.

²⁸ *Exposé des motifs du projet de loi relatif au renseignement*, p. 4.

²⁹ Voir P. Mbongo et X. Latour, *Sécurité, libertés et légistique. Autour du code de la sécurité intérieure*, L'Harmattan 2012. Voir également E. Lepic, *Droit de la sécurité intérieure*, Gualino 2014.

³⁰ J.-J. Urvoas et P. Verchère, *Rapport d'information n° 1022 déposé par la commission des lois (...) en conclusion des travaux d'une mission d'information sur l'évaluation du cadre juridique applicable aux services de renseignement*, Assemblée nationale, 14 mai 2013, p. 13 et s.

³¹ *Ibid.*, pp. 29-32. Voir également *Etude d'impact*, pp. 20-26 et 47 ; Assemblée nationale, *Rapport n° 2697 fait au nom de la Commission des lois (...) par M. Jean-Jacques Urvoas*, Paris le 2 avril 2015, pp. 22-25.

³² Voir P. Berthelet, *Crimes et châtements dans l'Etat de sécurité. Traité de criminologie politique*, EPU 2015, p. 652 et s.

mesures les plus attentatoires aux libertés³³. Dans le contexte actuel marqué par des années de dérive sécuritaire³⁴, la CNCDH réaffirme avec force, dans son avis, que les Etats ne sauraient prendre n'importe quelle mesure, au nom d'intérêts considérés à juste titre comme primordiaux (notamment : la lutte contre le terrorisme ou la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation)³⁵. La plus grande victoire des « ennemis des droits de l'homme »³⁶ (terroristes ou autres) serait de mettre en péril l'état de droit³⁷ par l'émergence et la consolidation d'un état prétendu de sécurité qui se légitimerait par l'adoption de mesures de plus en plus sévères et de plus en plus attentatoires aux droits et libertés fondamentaux³⁸. La CNCDH soutient cet effort constant pour « raisonner la raison d'Etat »³⁹, faute de quoi les démocraties ruinteraient les principes qui les fondent et font leur force⁴⁰.

A l'instar de la Cour de Justice de l'Union européenne⁴¹ et de la Cour européenne des droits de l'homme⁴², la CNCDH estime que le droit au respect de la vie privée constitue un rempart contre les possibles dérives de l'état prétendu de sécurité. Elle est profondément attachée aux articles 7 et 8 paragraphe 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi qu'à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de Strasbourg affirme solennellement, en se fondant sur ce dernier texte, que : « *Caractéristique de l'État policier, le pouvoir de surveiller en secret les citoyens n'est tolérable d'après la Convention que dans la mesure strictement nécessaire à la sauvegarde des institutions démocratiques* »⁴³ avant de souligner « *que les États contractants ne disposent pas pour autant d'une latitude illimitée pour assujettir à des mesures de surveillance secrète les personnes soumises à leur juridiction. Consciente du danger (...) de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre, elle affirme qu'ils ne sauraient prendre, au nom de la lutte contre l'espionnage et le terrorisme, n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée (...) Quel que soit le système de surveillance retenu, la Cour doit se convaincre de l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus.* »⁴⁴. Pour la CNCDH ces garanties exigent bien évidemment un contrôle effectif des techniques de renseignement et de leur mise en œuvre.

³³ CNCDH 20 décembre 2012, *Avis sur la loi relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme*, en ligne sur www.cncdh.fr.

³⁴ CNCDH 27 mars 2014, *Avis sur le projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, *JORF* du 12 avril 2014, texte n° 48, § 86.

³⁵ CNCDH 25 septembre 2014, *Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, *JORF* n° 0231 du 5 octobre 2014, texte n° 45, § 5.

³⁶ Voir D. Hoeges, *Die Menschenrechte und ihre Feinde. Deutsche Profile zwischen Kaiserreich und Bundesrepublik*, Machiaveli Edition 2013.

³⁷ Dans ce sens voir C. Lazerges, *Dédoulement de la procédure pénale et garantie des droits fondamentaux*, Mélanges Bernard Bouloc, Dalloz 2007, p. 573.

³⁸ Voir P. Berthelet, *op. cit.*, p. 652 et s. Voir également J. Follorou, *Démocraties sous contrôle. La victoire posthume d'Oussama Ben Laden*, CNRS éditions 2014.

³⁹ Voir M. Delmas-Marty (dir.), *Raisonner la raison d'Etat*, PUF 1989.

⁴⁰ Dans ce sens E. Decaux, *Terrorisme et droit international des droits de l'homme*, in : H. Laurens et M. Delmas-Marty (dir.), *Terrorismes. Histoire et droit*, CNRS Editions 2010, p. 304.

⁴¹ Voir surtout CJUE (Grande chambre) 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources & autres*, n° C-293/12 et C-594/12.

⁴² Voir notamment Cour EDH 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, req. n° 5029/71.

⁴³ *Ibid.*, § 42.

⁴⁴ *Ibid.*, §§ 49-50.

A ce propos, la nouvelle loi instaure une autorité administrative indépendante (AAI) dénommée « *Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement* » (CNCTR)⁴⁵ remplaçant la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS). Ainsi que l'affirme très justement le Conseil d'Etat dans son avis sur le projet de loi, « *dès lors que cette Commission constitue l'une des garanties essentielles entourant la mise en œuvre des techniques de renseignement (...), sa composition, ses missions et ses règles déontologiques doivent être définies de manière à garantir l'effectivité de son contrôle* »⁴⁶. Plus précisément, la désignation d'une autorité administrative indépendante du Gouvernement constitue une garantie fondamentale pour l'exercice effectif du droit au respect de la vie privée, dans toutes ses composantes⁴⁷.

En tant qu'AAI, il va de soi que la CNCTR n'est rattachée ni au pouvoir législatif ni au pouvoir judiciaire ni surtout subordonnée au pouvoir exécutif, lequel ne dispose à son égard ni du pouvoir hiérarchique – il ne peut lui donner ni ordre ni instruction⁴⁸ – ni du pouvoir de tutelle⁴⁹. Il va également de soi que l'indépendance de la Commission doit être garantie dans son fonctionnement, sa composition et les moyens qui lui sont alloués pour mener à bien sa mission. A cet égard, la CNCDH exprime ses plus vives réserves à l'endroit de plusieurs des nouvelles dispositions destinées à figurer dans le code de la sécurité intérieure sous un Livre VIII. / Titre III. consacré à la CNCTR. Afin de garantir l'efficacité du contrôle de la CNCTR, il est nécessaire d'en améliorer l'organisation (I.). Quant à l'effectivité du contrôle réalisé par cette AAI, elle découlera d'un renforcement de ses prérogatives (II.).

I. Améliorer l'organisation de la CNCTR pour garantir un contrôle plus efficace de la mise en œuvre des techniques de renseignement

Afin d'assurer l'effectivité du contrôle de la CNCTR, la CNCDH s'est prononcée en faveur d'une composition resserrée de la nouvelle AAI (A.). Elle a également recommandé de mieux garantir l'indépendance et l'impartialité des membres de la CNCTR (B.).

⁴⁵ Voir L. Gautier (dir.), *Le renseignement en France : quelles perspectives ? Etude réalisée par le groupe Orion*, Fondation Jean Jaurès, avril 2012, qui soutient la création d'une AAI en matière de renseignement pour veiller à l'équilibre nécessaire entre les impératifs de sécurité et la garantie des libertés individuelles.

Voir également J.-J. Urvoas, « *Contrôler les services : ode à la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité* », in : CNCIS, 21^{ème} rapport d'activité. *Années 2012-2013*, La documentation française 2014, pp. 12-16.

⁴⁶ Conseil d'Etat, Assemblée générale, session du 12 mars 2015, *Extrait du registre des délibérations. Avis sur un projet de loi relatif au renseignement*, n° 389.754, §§ 6 et 9.

⁴⁷ Dans ce sens Cons. const. 26 juillet 1984, n° 84-173 DC, cons. n° 4 : « *Considérant que la désignation d'une autorité administrative indépendante du Gouvernement pour exercer une attribution aussi importante au regard de la liberté de communication que celle d'autoriser l'exploitation du service radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé constitue une garantie fondamentale pour l'exercice d'une liberté publique et relève de la compétence exclusive du législateur* ».

⁴⁸ Le nouvel article L. 832-1 du CSI dispose dans ce sens : « *Dans l'exercice de leurs fonctions, les membres de la commission ne reçoivent d'instruction d'aucune autorité* ».

⁴⁹ Voir dans ce sens C. Teitgen-Colly, « *Autorité administrative indépendante* », in : *Dictionnaire constitutionnel*, PUF 1992, p. 66.

A. Revoir la composition de la CNCTR

Pour ce qui est de la composition de la CNCTR, deux options sont envisageables :

- une composition resserrée de personnalités indépendantes disponibles à plein-temps et disposant de connaissances idoines en matière de nouvelles technologies et plus spécifiquement de techniques de renseignement (contrôle indépendant avec légitimité technique) ;
- une composition plus élargie comprenant également des parlementaires (contrôle indépendant avec une légitimité démocratique), la présence de membres du Parlement n'étant pas, comme l'a énoncé le Conseil constitutionnel, de nature à porter atteinte à la séparation des pouvoirs dès lors qu'ils sont astreints au respect de secrets, dont le secret défense⁵⁰.

C'est indéniablement la seconde option qui a eu la préférence du législateur. Le nouvel article L. 831-1 du CSI prévoit que siègeront à la CNCTR 9 membres (deux députés, deux sénateurs, deux membres du Conseil d'Etat, deux magistrats de la Cour de cassation et une personnalité qualifiée). L'article L. 831-2 du CSI organise en outre une formation plénière de la CNCTR et une formation restreinte, celle-ci ne comprenant pas les parlementaires.

Pour sa part, la CNCDH invitait, à l'instar du Conseil d'Etat, à adopter « *une composition resserrée de cinq personnalités indépendantes et disponibles et une présence à temps plein et permettant une présence suffisante parmi les membres de la commission comme au sein de ses services, de personnes possédant les qualifications idoines en matière de réseaux de communication et de protection des données personnelles* »⁵¹. Plus précisément, la CNCDH jugeait indispensable le recours au service de magistrats détachés et de personnes qualifiées disposant d'une expertise technique suffisante et de formations régulières dans ce domaine⁵². Cela correspond pleinement à l'objectif que doit poursuivre la création d'une telle AAI, à savoir décharger l'exécutif de cette mission pour en confier la régulation à des personnes aptes à traiter des problèmes qu'elle soulève⁵³.

Plusieurs raisons ont justifié le choix de la CNCDH.

En premier lieu, recourir à la compétence de personnes formées aux techniques et technologies de recueil du renseignement permettrait à la CNCTR de vérifier que les équipements, matériels et technologies (IMSI-catcher, dispositif algorithmique,

⁵⁰ Cons. const. 23 juillet 2015, n° 2015-713 DC, cons. n° 43.

⁵¹ Conseil d'Etat, Assemblée générale, *Avis précité sur un projet de loi relatif au renseignement*, § 9.

⁵² Dans ce sens Conseil national du numérique, « Renseignement : le Conseil national du numérique s'inquiète d'une extension du champ de la surveillance et invite à renforcer les garanties et les moyens du contrôle démocratique », en ligne sur : www.cnumerique.fr : « *La technique aura toujours une avance sur le droit. Si le Code fait la Loi, alors il est crucial de doter les autorités de contrôle de larges pouvoirs d'enquête et d'une expertise technique suffisante* », relève Benoît Thieulin, Président du CNNum.

⁵³ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires de St Louis 2002, p. 91.

sondes, etc.) sont conformes aux exigences légales et qu'ils sont mis en œuvre par les services compétents dans le plus strict respect des dispositions du code de la sécurité intérieure.

En deuxième lieu, une composition resserrée de la CNCTR permet de préserver le secret de la défense nationale : moins les membres sont nombreux, moins le risque de divulgation d'informations est élevé.

En troisième lieu, recourir aux services de magistrats, c'est recourir à des personnes fortement sensibilisées au respect absolu du devoir de réserve et à la préservation du secret des informations dont elles prennent connaissance dans l'exercice de leurs fonctions.

En quatrième lieu, il est préférable d'éviter la présence de parlementaires dont la disponibilité ne peut, en raison des contraintes découlant de l'exercice de leur mandat, être garantie. Dans ces conditions, la CNCDH craignait la survenance de difficultés de fonctionnement, surtout lorsqu'il s'agit de réunir la CNCTR dans un délai très bref⁵⁴.

B. Mieux garantir l'indépendance et l'impartialité des membres de la CNCTR

1. Prévoir de nommer les membres de la CNCTR par décret du Président de la République

Aux termes du nouvel article L. 831-1 du CSI, il est prévu :

- que les quatre parlementaires sont « désignés » par leurs assemblées respectives de manière à assurer une représentation pluraliste du Parlement ;
- que les magistrats de la Cour de cassation sont « nommés » conjointement par le Premier Président et par le Procureur général de la Cour de cassation ;
- que les membres du Conseil d'Etat sont « nommés » par le vice-Président du Conseil d'Etat ;
- que la personnalité qualifiée est « nommée » sur proposition du président de l'ARCEP.

Pour sa part, la CNCDH ne peut que se féliciter de la désignation des députés et sénateurs par leurs assemblées respectives. Elle regrette toutefois qu'aucune validation par les commissions des lois ne soit prévue pour ces derniers et aurait également souhaité que les magistrats de la Cour de cassation et les membres du Conseil d'Etat soient élus par leurs assemblées générales respectives, comme cela avait au demeurant été prévu par le Sénat.

Surtout, il convient de relever que, pour plus de la moitié des membres de la nouvelle AAI (les quatre parlementaires et la personnalité qualifiée), l'article L. 831-1 du CSI ne

⁵⁴ Selon les cas, l'avis de la CNCTR doit intervenir dans les 24 heures ou dans les 72 heures (article L. 821-3 du CSI).

prévoit que des règles de désignation. L'autorité chargée de la nomination et les modalités de celle-ci ne sont en effet pas mentionnées dans la nouvelle loi, alors que c'est le cas pour plusieurs autres AAI⁵⁵. C'est d'autant plus regrettable que de leur côté, les articles 13 et 21 de la Constitution de 1958 ne définissent pas davantage un cadre juridique clair et complet en matière de nomination à des fonctions et emplois régaliens⁵⁶.

A cet égard, la CNCDH estime que l'indépendance et l'impartialité de la nouvelle AAI ne peut être pleinement garantie que si ses membres sont nommés par une autorité différente de celle habilitée à décider du recours à une mesure de surveillance. Dès lors que la nouvelle loi attribue au Premier ministre une compétence de principe pour autoriser la mise en œuvre d'une technique de renseignement (article L. 821-4 nouveau du CSI), les membres de la CNCTR ne devraient en aucun cas pouvoir être nommés par décret du Premier ministre. En conséquence, la CNCDH recommande dans son avis que les parlementaires et la personne qualifiée soient nommés par décret du Président de la République, à l'instar du Président de la CNCTR. A défaut, l'apparence d'indépendance et d'impartialité des membres de la CNCTR n'est pas garantie.

2. Etendre le recours à la collégialité

L'indépendance de la nouvelle AAI devrait être garantie par le principe de collégialité dans le processus de délivrance des avis et recommandations⁵⁷. Or, la collégialité est, dans la nouvelle loi, bien plus une exception qu'un principe. En effet, aux termes des articles L. 821-3 alinéa 1^{er} et L. 832-3 alinéa 2 du CSI, un avis consécutif à une demande de mise en œuvre d'une technique de renseignement est en principe rendu par un seul de ses membres. S'il est prévu que ce dernier doit avoir la qualité de conseiller d'Etat ou de magistrat⁵⁸, il convient néanmoins de relever que les membres issus du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation n'interviennent pas à la CNCTR dans le cadre de leurs fonctions juridictionnelles.

En revanche, en cas de question « nouvelle » ou « sérieuse », ou encore si la validité de la demande n'est pas certaine, les nouvelles dispositions exigent la réunion de la CNCTR dans sa formation restreinte ou plénière (article L. 832-3 alinéa 3 du CSI). Autrement dit, la collégialité est prévue dans des hypothèses restreintes, ce qui peut aisément se comprendre au regard des exigences pratiques de fonctionnement de la

⁵⁵ P. Gélard, *Office parlementaire d'évaluation de la législation. Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, Assemblée nationale n° 3166 / Sénat n° 404, 2006, Tome I., p. 46 : « D'autres membres nommés par décret le sont sur proposition ou désignation des présidents des deux assemblées, qu'il s'agisse de parlementaires ou non. Le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat désignent ainsi respectivement : le député et le sénateur siégeant à la CADA, 3 membres du CSA1, 1 personnalité qualifiée au sein du collège de la CNIL, ou encore 2 membres de la HALDE ».

⁵⁶ Voir O. Schrameck, « Emplois régaliens et conditions de nomination », *Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz 2009, pp. 169-174.

⁵⁷ Dans ce sens s'agissant du CSA, voir G. du Puy-Montbrun, « La nouvelle composition du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *à paraître*.

⁵⁸ Voir sur ce point Assemblée nationale, *Rapport n° 2697, op. cit.*, pp. 54-55 et 59.

nouvelle AAI, dont la composition est élargie. Pour autant, il est curieux que la collégialité soit plus étendue, non pas dans l'hypothèse où un avis favorable à une atteinte au droit au respect de la vie privée est rendu, mais seulement dans celle où le Président ou le membre de la CNCTR estime que la licéité de cette atteinte est incertaine. Au regard de ce qui précède, ces nouvelles dispositions, combinées à celles relatives à la composition de la CNCTR et à celles relatives aux modalités de désignation/nomination de ses membres, ne garantissent pas l'apparence d'indépendance et d'impartialité de ces derniers⁵⁹. Un recours plus systématique à la collégialité aurait d'ailleurs pu être envisagé en retenant une composition plus resserrée de la CNCTR.

II. Renforcer les prérogatives de la CNCTR pour garantir un contrôle plus effectif de la mise en œuvre des techniques de renseignement

Pour la CNCDH, il est indéniable que le renforcement des prérogatives de la CNCTR constitue l'une des garanties essentielles entourant le recours aux techniques de renseignement et le contrôle de celles-ci⁶⁰. L'*Etude d'impact* souligne dans ce sens que les pouvoirs de la CNCTR « *doivent être élargis pour permettre à cette AAI de constituer un contrepoids efficace au Gouvernement dans l'utilisation des techniques de renseignement* »⁶¹. Pourtant certaines dispositions de la nouvelle loi limitent explicitement les prérogatives de la nouvelle AAI (A.), alors que d'autres le font implicitement (B.).

A. Les limitations explicites

1. L'absence de procédure d'avis conforme

A l'instar de la plupart des AAI⁶², la CNCTR est dotée d'attributions relevant de l'administration consultative. Elle est habilitée par la loi à formuler des avis (article L. 821-3 du CSI) ou des recommandations (article L. 833-6 du CSI), mais ceux-ci ne lient pas le Premier ministre, qui doit simplement informer sans délai la Commission des suites données à ses recommandations (article L. 833-7 du CSI). Autrement dit, la nouvelle CNCTR ne dispose d'aucun pouvoir de contrainte directe sur les opérations de recueil du renseignement qu'elle juge illégales⁶³. Par voie de conséquence, certains ont pu très pertinemment écrire que « *l'autorité administrative indépendante s'apparente à un géant du contrôle passablement désarmé et condamné à la magistrature d'influence, là où le juge (administratif ou judiciaire)*

⁵⁹ *Ibid.*, §§ 36-38.

⁶⁰ Conseil d'Etat, Assemblée générale, *Avis précité sur un projet de loi relatif au renseignement*, §§ 6 et 9.

⁶¹ *Etude d'impact*, p. 54.

⁶² Voir J.-L. Autin et E. Breen, « Autorités administratives indépendantes », *JCl. Administratif*, Fasc. n° 75, § 95.

⁶³ O. Desaulnay et R. Ollard, « Le renseignement français n'est plus hors la loi. Commentaire de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement », *Droit pénal* n° 9, septembre 2015, Etude n° 17, n°

disposerait de l'autorité nécessaire et des moyens de contrainte immédiats sur les autorités publiques »⁶⁴.

Ainsi, seul un avis préalable et conforme constituerait une véritable garantie⁶⁵, d'autant que si le Premier ministre ne donne pas suite aux recommandations de la Commission ou si les suites données sont insuffisantes, le Président de la CNCTR ou trois de ses membres ne disposent que de la faculté de saisir le Conseil d'Etat (articles L. 833-8, L. 841-1 et plus spécifiquement article L. 853-3, III. du CSI)⁶⁶. Pour la CNCDH, cela montre clairement que le pouvoir de décision du Premier ministre est exercé sous le seul contrôle du Conseil d'Etat⁶⁷. Dans sa réponse à la CNCDH, le ministre de l'intérieur indique que la procédure d'avis conforme « serait » d'une constitutionnalité douteuse, dès lors que le Conseil d'Etat a « *dans l'avis rendu préalablement à l'adoption de la loi de 1991 (...) semblé regarder une telle option comme contraire à la Constitution* »⁶⁸. A l'appui de cette affirmation, il relève qu'une procédure d'avis conforme aboutit à attribuer un pouvoir de décision à l'AAI. Cela nous conduit à aborder la question délicate du rapport qu'entretiennent les AAI avec la Constitution⁶⁹. Certes la jurisprudence constitutionnelle prohibe, en application de l'article 21 de la Constitution, tout partage du pouvoir réglementaire du Premier ministre par le biais d'une codécision avec une autorité publique habilitée à rendre un avis conforme⁷⁰. Mais elle ne s'oppose pas à ce que la procédure d'avis conforme porte sur des « *mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu* »⁷¹, et donc, à plus forte raison, sur les décisions administratives individuelles, y compris en matière de police administrative, aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne faisant au demeurant obstacle à ce qu'une AAI agisse dans le cadre de prérogatives de puissance publique⁷². Dans ces conditions, la consécration d'une procédure d'avis conforme pouvait être envisagée par le législateur. Il aurait également été utile que l'*Etude d'impact* aborde très précisément cette question.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Dans ce sens Union Syndicale des Magistrats, *Observations de l'USM sur le projet de loi relatif au renseignement*, Paris, le 26 mars 2015, p. 11 ; P. Gonod, « Loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement : quels contrôles ? », à paraître. Comp. B. Warusfel, « Pour un approfondissement du cadre juridique des interception de sécurité », in : CNCIS, 21^{ème} rapport d'activité, *op. cit.*, p. 21 qui propose de conférer à la CNCIS un pouvoir d'autorisation.

⁶⁶ Remarquons que la doctrine la plus autorisée voit dans les nouvelles dispositions relatives au contrôle juridictionnel des carences en termes de garanties des droits et libertés fondamentaux, notamment l'égalité des armes (voir P. Gonod, « La loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement : quels contrôles ? », à paraître ; P. Gonod, « Renseignement : le Conseil d'Etat, simple réceptacle d'une juridiction d'exception ? », *AJDA* 2015, p. 777).

⁶⁷ Dans ce sens Union Syndicale des Magistrats, *Observations précitées de l'USM sur le projet de loi relatif au renseignement*, p. 17.

⁶⁸ Courrier précité du ministre de l'intérieur, p. 9.

⁶⁹ Voir notamment C. Teitgen-Colly, « Les instances de régulation et la Constitution », *RDJ* 1990, p. 233 ; A. Rouyère, « La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : quelle signification ? », *RFDA* 2010, p. 887 ; P. de Montalivet, « Constitution et autorités de régulation », *RDJ* 2014, p. 316.

⁷⁰ Cons. const. 14 décembre 2006, n° 2006-544 DC, cons. n° 35-38. Voir également P. de Montalivet, *op. cit.*, p. 321.

⁷¹ *Ibid.* cons. n° 37.

⁷² Cons. const. 28 juillet 1989, n° 89-260 DC, cons. n° 6.

2. La procédure dérogatoire

Un article L. 821-6 du CSI disposait qu'en cas « *d'urgence liée à une menace imminente ou à un risque très élevé de ne pouvoir effectuer l'opération ultérieurement* », les services de renseignement pouvaient directement installer, utiliser et exploiter des dispositifs de géolocalisation et des dispositifs de proximité (« *IMSI-catcher* »), à charge d'en informer sans délai et par tout moyen la CNCTR et le Premier ministre⁷³. Le Conseil constitutionnel a censuré cette procédure d'urgence opérationnelle, dès lors qu'elle porte une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances (articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789), en ce qu'elle « *permet de déroger à la délivrance préalable d'une autorisation par le Premier ministre ou par l'un de ses collaborateurs directs habilités au secret de la défense nationale auxquels il a délégué cette attribution, ainsi qu'à la délivrance d'un avis préalable de la CNCTR ; qu'elle ne prévoit pas non plus que le Premier ministre et le ministre concerné doivent être informés au préalable de de la mise en œuvre d'une technique dans ce cadre* »⁷⁴.

En revanche, la procédure d'urgence absolue a été déclarée conforme à la constitution. En effet, les nouvelles dispositions ne prévoient pas le recueil préalable de l'avis de la CNCTR en cas « *d'urgence absolue* » et pour les seuls motifs de prévention du terrorisme, de prévention des atteintes à la forme républicaine des institutions ou de préservation de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et de la défense nationale (article L. 821-5 du CSI). Dans ce cas l'autorisation de recourir à une technique de renseignement est donnée par le Premier ministre ou les personnes spécialement déléguées par lui à charge pour eux d'en informer la CNCTR « *sans délai et par tout moyen* » et de faire parvenir à cette autorité, dans un délai maximal de 24 heures, des éléments de motivation relatifs au recours à la technique de renseignement et à la caractérisation de l'urgence. Aucune régularisation *a posteriori* n'est cependant organisée, si bien que le Premier ministre peut se passer de l'avis préalable de la CNCTR, pourvu que cela s'opère dans le strict respect des conditions posées à l'article L. 821-5 du CSI exposées ci-dessus⁷⁵.

⁷³ « *En cas d'urgence liée à une menace imminente ou à un risque très élevé de ne pouvoir effectuer l'opération ultérieurement, les appareils ou dispositifs techniques mentionnés aux articles L. 851-5 et L. 851-6 et au II de l'article L. 852-1 peuvent, de manière exceptionnelle, être installés, utilisés et exploités sans l'autorisation préalable mentionnée à l'article L. 821-4 par des agents individuellement désignés et habilités. Le Premier ministre, le ministre concerné et la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement en sont informés sans délai et par tout moyen. Le Premier ministre peut ordonner à tout moment que la mise en œuvre de la technique concernée soit interrompue et que les renseignements collectés soient détruits sans délai.*

L'utilisation en urgence de la technique concernée fait l'objet d'une autorisation délivrée, dans un délai de quarante-huit heures, dans les conditions définies au présent chapitre, après avis rendu par la commission au vu des éléments de motivation mentionnés à l'article L. 821-4 et ceux justifiant le recours à la procédure d'urgence au sens du présent article. À défaut, le Premier ministre ordonne l'interruption immédiate de la mise œuvre de la technique concernée et la destruction sans délai des renseignements ainsi collectés ».

⁷⁴ Cons. const. 23 juillet 2015, n° 2015-713 DC, cons. n° 29.

⁷⁵ O. Desaulnay et R. Ollard, *op. cit.*, n° 31.

La CNCDH est opposée à cette juxtaposition de deux régimes juridiques distincts⁷⁶. En effet, la mise en œuvre de la procédure d'urgence absolue reposant sur un critère extrêmement vague (« *l'urgence absolue* »), la CNCDH peut légitimement craindre qu'il y soit, en pratique, recouru de manière très large. En outre, l'actuelle CNCIS peut se prononcer extrêmement rapidement en cas d'urgence (en moins d'une heure)⁷⁷. Pour la CNCDH, opter pour une composition plus resserrée serait de nature à permettre un contrôle rapide et efficace de la CNCTR. La consécration d'une procédure d'urgence serait alors d'autant plus inutile.

B. Les limitations implicites

1. Les limitations découlant de l'étendue des données susceptibles d'être collectées

Si le contrôle de la CNCTR a toute sa pertinence pour le recours à des techniques ciblées sur des personnes préalablement identifiées, la CNCDH craint que son effectivité ne soit très fortement atténuée dans le cadre des techniques de renseignement permettant une collecte très étendue, voire massive, de données (dispositif de proximité, recueil en temps réel sur les réseaux des opérateurs, dispositif algorithmique)⁷⁸. A cet égard, la CNCDH formule plusieurs observations.

Premièrement, il n'est pas clairement établi que la CNCTR sera en mesure de faire face au flux des demandes individuelles qui lui seront adressées par le Premier ministre (articles L. 821-2 et L. 821-3 du CSI), même si en vertu d'un nouvel article L. 832-4 du CSI « *la commission dispose des moyens humains et techniques nécessaires à l'accomplissement de sa mission ainsi que des crédits correspondants, dans des conditions fixées par la loi de finances* ». En effet, l'*Etude d'impact*, qui se contente d'évoquer une augmentation des moyens de l'AAI⁷⁹, ne comprend malheureusement aucune analyse détaillée ni aucune projection documentée et chiffrée.

Deuxièmement, la loi et l'*Etude d'impact* sont totalement silencieuses sur les modalités du contrôle des technologies employées pour recueillir le renseignement. A titre d'exemple, la CNCDH se demande comment la CNCTR pourra vérifier si l'utilisation du dispositif algorithmique est réalisée conformément aux missions et critères prédéfinis (voir le nouvel article L. 851-3 II du CSI). La composition de l'AAI finalement retenue lui permettra difficilement de mener à bien cette mission.

⁷⁶ Voir CNCIS, 22^{ème} rapport d'activité. *Années 2013-2014*, La documentation française 2015, pp. 103-104, qui plaide pour une unification du cadre légal du recueil des renseignements.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 81.

⁷⁸ Dans ce sens voir également CNIL, *Délibération n° 2015-078 du 5 mars 2015. Demande d'avis n° 15005319*, en ligne sur www.cnil.fr, p. 10.

⁷⁹ *Etude d'impact*, p. 56.

Troisièmement, la CNCDH estime que les moyens de recueil du renseignement devraient être confiés à un service technique neutre qui n'est pas en charge de l'exploitation du renseignement⁸⁰. L'efficacité du contrôle de la CNCTR en dépend.

Quatrièmement, des dispositions spéciales (voir les articles L. 851-6, III et L. 852-1 IV. du CSI examinés plus haut) donnent compétence au Premier ministre pour procéder à la centralisation des données de connexion et à celle des correspondances interceptées. A ce propos, il est regrettable que *l'Exposé des motifs* et *l'Etude d'impact* passent sous silence la question cruciale des modalités concrètes de la centralisation des données brutes, notamment le lieu de leur stockage qui doit impérativement être un lieu neutre. Pourtant, de l'organisation de cette centralisation dépendra l'organisation d'un contrôle effectif du respect du cadre légal⁸¹. Dans sa réponse à la CNCDH, le ministre de l'intérieur précise utilement que les techniques de renseignement qui sont mises en œuvre de manière opérationnelle, le sont de manière décentralisée sur le terrain, par les services spécialisés compétents (cas de l'installation d'un dispositif de proximité par exemple). Il est donc prévu de conserver ces données dans un nombre limité de lieux, mais non dans un seul lieu⁸². Or, il ne faudrait pas que les modalités de stockage rendent difficile, voire entravent, l'accès de la CNCTR aux données.

Cinquièmement, si la CNCTR se voit reconnaître un droit d'accès permanent aux renseignements collectés (article L. 833-2, 2° nouveau du CSI), les nouvelles dispositions doivent, pour la CNCDH, être interprétées dans le sens d'un accès permanent aux données brutes collectées⁸³. Cela étant, ni la loi ni *l'Etude d'impact* n'explicitent les modalités concrètes de l'accès de la CNCTR à ces données brutes. Au vu de leur masse, seul un accès non seulement permanent, mais encore généralisé et immédiat, lui permettrait de mener à bien sa mission de contrôle. Cet accès sera d'autant plus facile si les données sont conservées à un seul et même endroit.

Sixièmement, toujours en raison de l'importance quantitative des données susceptibles d'être collectées, il apparaît indispensable de fixer des critères de pertinence (et de non pertinence) de celles-ci. A défaut, on peut légitimement douter que la CNCTR soit en mesure de déterminer rapidement si les données qui lui sont remises sont pertinentes ou pas. La Commission ne pourra davantage contrôler si les données sans lien avec la mission de renseignement ont été détruites conformément aux nouvelles dispositions. Dans ces conditions, la CNCDH craint que l'AAI ne puisse remplir efficacement et promptement sa mission de contrôle.

⁸⁰ CNCIS, 22^{ème} rapport d'activité, *op. cit.*, p. 88, qui précise utilement à propos du GIC qu'il offre une séparation claire et précise entre l'autorité qui demande la réalisation d'une interception, l'autorité de contrôle et l'autorité de décision (le Premier ministre).

⁸¹ Conseil d'Etat, Assemblée générale, *Avis précité sur un projet de loi relatif au renseignement*, § 6.

⁸² Courrier précité du ministre de l'intérieur, pp. 10-11.

⁸³ La version du projet de loi adoptée en Conseil des ministres évoquait explicitement un droit d'accès aux « données collectées ».

2. Les limitations découlant de l'augmentation des durées de conservation des données et renseignements collectés

Un nouvel article L. 822-2 du CSI fixe les durées maximales de conservation des données collectées.

S'agissant des interceptions de sécurité, il fait passer de 10 à 30 jours (à compter de leur recueil) le délai de conservation des correspondances enregistrées. En l'état actuel du texte, la brièveté du délai impose la transcription rapide de celles-ci, afin que la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS) puisse immédiatement remplir sa mission de contrôle, en confrontant le contenu des enregistrements à celui de leur transcription. Du fait de l'augmentation du délai prévue par la loi, des enregistrements pourront demeurer un mois sans transcription, ce qui entraîne un risque non négligeable de déperdition, ou au contraire de divulgation du renseignement. Cet allongement du délai aura surtout pour conséquence fâcheuse de retarder le contrôle de la nouvelle CNCTR et de le rendre ainsi quasiment inefficace. En pratique, des personnes pourraient être surveillées pendant de nombreuses heures, sans que cela soit justifié au regard des dispositions du code de la sécurité intérieure et sans que la nouvelle Commission puisse recommander promptement qu'il soit mis fin, tout aussi promptement, à l'interception. Par voie de conséquence, la CNCDH a estimé que les nouvelles dispositions sont de nature à porter une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée garanti à l'article 8 de la CESDH. C'est pourquoi, elle recommande instamment le maintien à 10 jours de la durée de conservation des correspondances enregistrées⁸⁴.

Le même article L. 822-2 du CSI fait passer de 3 à 4 ans la durée maximale de conservation des données de connexion. L'*Etude d'impact* est totalement silencieuse sur les raisons de cette modification, alors pourtant que la Cour de justice de l'Union européenne exige que des critères objectifs soient établis afin de garantir que la durée de conservation soit limitée au strict nécessaire⁸⁵. A cela s'ajoute qu'au-delà du risque de déperdition ou de divulgation inhérent à cette longue durée de conservation, il est indéniable que celle-ci pose problème au vu de la sensibilité des données concernées, notamment du fait de la possibilité d'une collecte très étendue⁸⁶. La CNCDH y voit un risque non négligeable de violation du droit au respect de la vie privée et recommande en conséquence une réduction de la durée de conservation des données de connexion.

⁸⁴ Dans ce sens voir déjà CNCDH 25 septembre 2014, *Avis précité sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, § 30.

⁸⁵ CJUE (Grande chambre) 8 avril 2014, Décision précitée *Digital Rights Ireland Ltd contre Minister for Communications, Marine and Natural Resources & autres*, § 64.

⁸⁶ Dans ce sens CNIL, *Délibération précitée n° 2015-078 du 5 mars 2015*, p. 6.

Enfin, la CNCDH a exprimé les mêmes réserves à l'endroit des renseignements collectés comprenant des éléments de cyberattaque ou des éléments chiffrés pour lesquels aucune durée de conservation n'est légalement fixée⁸⁷.

3. Les limitations découlant de l'insuffisante garantie du principe de sincérité

Le nouvel article L. 822-1 du CSI dispose dans un alinéa second que les services de renseignement établissent – sous l'autorité du Premier ministre et dans les conditions définies par lui - un relevé qui mentionne la date de mise en œuvre de la technique de renseignement, celle de son achèvement, celle de sa première exploitation, ainsi que la nature des renseignements collectés. Ce relevé est tenu à la disposition de la CNCTR qui peut y accéder à tout moment.

Si la CNCDH estime que les services de renseignement agissent en principe avec sincérité, elle relève néanmoins que les nouvelles dispositions ne garantissent pas que les relevés tenus à la disposition de la CNCTR épuisent l'activité réelle de ces services⁸⁸. De plus, rien n'est prévu s'agissant de la mention du contenu précis des données collectées, la référence à la « *nature des renseignements collectés* » étant extrêmement vague. Dans ces conditions, on peut légitimement craindre que le contrôle que la CNCTR doit effectuer sur les relevés ne soit pas effectif. C'est pourquoi la CNCDH a recommandé une amélioration des nouvelles dispositions.

En conclusion, si le recueil du renseignement n'est aujourd'hui plus « hors la loi », il ne faudrait pas qu'il soit en pratique hors contrôle. A l'heure où « la vie privée est paramétrée » et où « les données personnelles constituent « les particules élémentaires du monde numérique »⁸⁹, espérons que la CNCTR trouvera, par ses avis et recommandations, le juste équilibre entre l'impératif de sécurité et la protection des droits et libertés. L'avenir le dira.

Hervé HENRION-STOFFEL

Conseiller juridique

Magistrat en détachement à la CNCDH

⁸⁷ « En cas de stricte nécessité, pour les seuls besoins de l'analyse technique, ceux des renseignements collectés qui contiennent des éléments de cyberattaque ou qui sont chiffrés, ainsi que les données déchiffrées associées à ces dernières, peuvent être conservés au-delà de la durée mentionnée au premier alinéa du présent I, à l'exclusion de toute utilisation pour la surveillance des personnes concernées ».

⁸⁸ Dans ce sens Syndicat de la Magistrature, *Observations sur le projet de loi « relatif au renseignement » présenté en Conseil des ministres*, Paris le 1^{er} avril 2015, p. 17.

⁸⁹ I. Falque-Pierrotin, « Avant-propos de la Présidente », in : CNIL, *Rapport d'activité 2014*, La documentation française 2015, p. 5.

LOI DU 13 NOVEMBRE 2014 : ANALYSE JURIDIQUE

Dans l'histoire de l'antiterrorisme contemporain, la loi du 13 novembre 2014 n'est pas l'aboutissement d'un processus, sa fin, elle n'est qu'un moyen, énième étape d'une succession de modifications législatives entamées bien avant les attentats du 11 septembre 2001, introduisant toujours plus de dérogation dans un édifice pénal et administratif de neutralisation.

Ce processus de construction jamais assouvi d'un appareil d'état spécialisé et d'extension dans notre droit de poches d'exceptionnalisme ne se résume pas aux seuls temps législatifs. Ils en sont seulement des révélateurs d'autant plus intenses que les débats démocratiques y sont suspendus par l'urgence - tout à la fois urgence procédurale, par le recours à un examen parlementaire hâtif, et urgence discursive, la préservation de la sûreté de l'Etat ne souffrant aucun délai.

Ce processus imprime sa marque dans les structures de la pensée comme dans les structures de l'Etat, désignant un ennemi à neutraliser⁹⁰ et des moyens pour y parvenir, la croissance d'un arsenal préventif à deux faces : la répression pénale et la surveillance-répression administrative.

La construction politique d'un droit de neutralisation de l'ennemi n'a nul besoin de prisons ou d'exécutions secrètes, en bref de suspension du droit, pour relever d'une logique d'exception permanente. La diffusion d'un droit dérogatoire, prétendument temporaire mais jamais remis en cause - par effet de cliquet, érode et contamine le droit. Le développement exorbitant des pouvoirs quasi répressifs de l'Etat sur les citoyens, dans la surveillance comme dans l'entrave, doublé de la mutation prédictive du droit pénal, constituent les axes par lesquels la lutte anti-terroriste agit sur les libertés et sur les structures politiques.

C'est ainsi à une analyse certes attachée au texte dans ses détails et mécanismes juridiques mais assurément, et par nécessité, politique, qu'il faut se livrer.

1. L'anti-terrorisme : une architecture répressive hors du commun, entre surpénalisation, mutation prédictive du droit pénal, et contamination.

L'anti-terrorisme fait système. Chacun de ses outils, aussi anecdotique paraisse-t-il, apporte une pierre à un édifice d'exception.

⁹⁰ La terminologie guerrière de l'ennemi intérieur a bien été utilisée dans l'hémicycle par le premier ministre, Manuel Valls.

On aurait ainsi tort d'être indifférent, dans l'analyse de la loi du 13 novembre 2014, à **l'extension de la compétence des juges spécialisés à des infractions**⁹¹ qui relevaient jusqu'à présent de la compétence exclusive des juridictions de droit commun. Il ne s'agit pas là de mesures purement techniques ou pratiques destinées à soulager les juridictions locales de la pression de ces affaires. Par cet élargissement de compétence, la loi du 13 novembre 2014 assoit encore un peu plus une justice retirée aux principes du droit commun et confiée à une « chaîne pénale » hors du commun, qui n'a jamais aussi bien porté son nom.

A partir de 1986, l'anti-terrorisme français instaure une centralisation progressive mais continue des affaires entre les mains d'un pool de magistrats du siège et du parquet, du stade de l'enquête à l'application des peines, seuls les juges de la liberté et de la détention (JLD) échappant pour l'heure - sinon dans les faits, au moins dans les textes - à cette absorption. La complexité des affaires et la connaissance acquise par la pratique sont systématiquement invoquées pour légitimer ce choix politique. Ses écueils sont pourtant connus : le fonctionnement en vase clos entretient une proximité entre services policiers spécialisés - de renseignement et d'enquête - et magistrats du parquet du siège, créant des évidences et des réflexes communs.

Quoique progressif - la compétence étant concurrente⁹² et les règles dérogatoires ne s'appliquant pas (encore) - le glissement n'en est pas moins réel. Ces règles nouvelles ne tarderont pas à produire leur effet sur-stigmatisant et sur-pénalisant.

L'allongement de la liste des infractions visées à l'article 421-1 du code pénal, par l'ajout d'infractions relatives aux substances explosives, participe du même mouvement. Certes limité, cet accroissement renforce l'un des fondements de l'anti-terrorisme : la centralité du mobile comme instrument de dérogation du droit pénal. Un acte relève de ce système s'il est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur. Chacun des termes de cette expression gagne à être analysé et déconstruit. L'intentionnalité est assurément double : elle témoigne tant du caractère volontaire, délibéré de l'infraction, que de la focalisation sur l'intention, pénalisée de manière indépendante. L'insistance sur la dimension relationnelle de ces infractions est tout aussi importante : en cette matière, l'intention procède de la relation. Le « but » fonctionne quant à lui par accumulation de critères juridiquement flous (le trouble, l'ordre public, l'intimidation, la terreur), en prise avec des déterminants clairement politiques.

Caractériser ce mobile, c'est assigner à un acte et à des auteurs présumés une dangerosité sociale absolue pour les soumettre à une rigueur tout aussi entière. La ligne de fracture suit un chemin politique : celui-là même qui différencie un sabotage

⁹¹ Evasion, association de malfaiteurs en lien avec des faits d'évasion, violation d'assignation à résidence, violation d'une interdiction du territoire, infractions commises en détention par des personnes condamnées ou suspectées d'acte de terrorisme.

⁹² Les juridictions locales ont la faculté, et non l'obligation, de se dessaisir au profit du pôle anti-terroriste.

ferroviaire en 2008 d'une destruction de portique éco-taxe en 2013. Terrorisme ici, droit commun là.

Ne se satisfaisant pas de l'association de malfaiteurs à visée terroriste (AMT), introduite en 1986 et devenue la clé de voûte de l'arsenal répressif français⁹³, la loi du 13 novembre 2014 introduit enfin **une nouvelle infraction : l'entreprise individuelle terroriste** à l'article 421-2-6 du code pénal. Cette novation achève la pénalisation de l'intention : la logique prédictive introduite par l'AMT atteint des sommets. L'AMT est, comme le rappelle la circulaire du 5 décembre 2014, une « préméditation collective, un dessein formé ou un plan concerté se traduisant par des efforts coordonnés en vue de l'objectif à atteindre » : le texte ne requiert ni commencement d'exécution (condition juridique de la tentative), ni projet défini ou définissable. La plasticité de cette infraction, qui saisit une potentialité, a produit toutes les dérives auxquelles on pouvait s'attendre. Interpellations spectaculaires, « coups de pied dans la fourmilière⁹⁴ », mises en examen et placements en détention provisoire en série, pour aboutir à des non-lieux et relaxes en nombre dans l'affaire du réseau Chalabi ou des Moudjahiddines du peuple iranien, mais aussi à des condamnations bien fragiles⁹⁵.

S'appliquant à sonder l'esprit d'un individu seul, et non plus d'un groupe, la nouvelle entreprise individuelle à visée terroriste en est l'expression la plus dangereusement aboutie, même si le texte adopté prend les apparences de faits objectivables.

En effet, l'article 421-2-6 du code pénal se limite au projet de certaines infractions, les plus graves portant atteinte à la vie, à l'intégrité humaine ou à la liberté des personnes, l'entreprise individuelle. Deux conditions cumulatives sont en outre requises, en lien avec ce projet :

- détenir, rechercher, se procurer ou fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui. En somme, soit une infraction déjà punissable de manière indépendante (s'agissant de la détention ou de la fabrication), soit en amont de toute acquisition ou détention, une potentialité si large qu'elle concerne jusqu'à des produits inoffensifs en eux-mêmes (ainsi que le précise la circulaire précitée) ;

- et au moins un des faits matériels suivants : des repérages ou du recueil de renseignements sur des lieux ou des personnes ; l'entraînement au maniement d'armes, au combat ou au pilotage ; la consultation régulière de sites de propagande ou faisant l'apologie du terrorisme ; le séjour sur un théâtre d'opération de groupements terroristes.

⁹³ Cette infraction est relevée dans près de deux tiers des affaires.

⁹⁴ Selon l'expression de l'ancien juge d'instruction anti-terroriste devenu parlementaire UMP, Jean-Louis Bruguière, mentionné dans un rapport d'Human Rights Watch.

⁹⁵ Dénoncées dans le très instructif rapport d'Human Rights Watch, La justice court-circuitée. Les lois et procédures antiterroristes en France, 2008

Rares sont les faits qui, dans cette liste, signent incontestablement et de manière indépendante une action criminelle. Tout se confond, l'intention et la preuve de l'acte. Les éléments dits « objectifs » servent de paravent pour légitimer la répression de ce qui reste au stade de l'intention à peine formée, toujours indéterminée.

La prétention à arrêter les terroristes au stade de l'intention infuse le droit. La justice anti-terroriste adopte la technique de l'encerclement : c'est le sens de la **modification du régime procédural des infractions de provocation au, et apologie du, terrorisme**, exclus du régime protecteur de la loi sur la presse de 1881. La soumission de ces discours à un régime hybride, fait de droit commun (s'agissant des conditions de perquisitions mais aussi des durées de garde à vue et de prescription) et de droit dérogatoire (pour les techniques d'enquête), est bien plus significative que l'alourdissement - au demeurant conséquent - des peines encourues.

Ainsi, la loi autorise-t-elle la poursuite de faits de provocations non publiques, exclut la règle protectrice propre au droit de la presse, d'articulation et de qualification⁹⁶, tout en conservant la responsabilité en cascade qui en est le contrepoint traditionnel, fait passer la prescription de l'action publique d'une année (déjà dérogatoire depuis la loi du 21 décembre 2012) à trois années, rend applicable les techniques spéciales d'enquête (écoutes téléphoniques pendant l'enquête, infiltration, enquête sous pseudonymes...), ainsi que le recours à la détention provisoire et à la comparution immédiate.

En somme, un régime fait des dérives cumulées de la justice expédiée du droit commun, comme des pouvoirs hypertrophiés du droit dérogatoire. Dès janvier 2015, la machine à punir a ainsi fonctionné à plein, dopée par des objectifs policiers et une circulaire du ministère de la justice appelant fermeté et systématisme⁹⁷. Des condamnations lourdes ont ainsi été prononcées dans l'immédiat « après Charlie », sous un régime de discernement altéré. Tandis que l'exposé des motifs de la loi du 13 novembre 2014 prétendait n'avoir en ligne de mire que les seuls prédicateurs et autres propagandistes organisés, les tribunaux ont condamné plus d'une centaine d'« apologues » amateurs, plus emportés par l'alcool et le désir d'outrage que par une quelconque glorification du terrorisme.

Ces poursuites, plus nombreuses en quelques mois que sur les vingt années qui les précèdent, ont brièvement déplacé la focale jusqu'alors fixée sur Internet. La loi du 13 novembre 2014 n'avait quant à elle pas échappé à cette véritable panique du Net : y était notamment consacrée la surpénalisation des infractions commises sur les réseaux. L'apologie du terrorisme y est ainsi punissable de 7 ans d'emprisonnement.

⁹⁶ A peine de nullité, les citations en matière de droit de la presse doivent, dès la mise en mouvement de l'action publique, articuler des propos précisément et limitativement listés et les textes de lois fondant les poursuites.

⁹⁷ Quoique rappelant la nécessaire individualisation, la circulaire du 12 janvier 2015 fait assurément le choix de la fermeté en encourageant le recours, pour les majeurs comme pour les mineurs, aux procédures d'urgence autorisées par la loi du 13 novembre 2014.

Procédé classique en la matière, des dispositions sans lien avec le terrorisme aggravant les sanctions des infractions aux systèmes de traitement automatisé de données, et permettant le recours aux techniques d'enquête spéciales (réservées à la criminalité organisée) dans des conditions facilitées, ont été introduites dans la loi. Perquisitions des systèmes informatiques à distance, développement de la cyber-infiltration, extension des captations de données et des obligations de déchiffrement : l'effet d'autorité associé à la lutte contre le terrorisme permet l'érosion du droit commun et la diffusion de pouvoirs policiers accrus.

L'addition de ces dispositifs à l'arsenal existant continue à produire un droit pénal de l'ordre, qui s'arroge une mission de neutralisation, de répression préventive. La confusion règne entre la répression pénale et les formes d'une action administrative, flirtant avec la prévention punitive.

2. L'anti-terrorisme, laboratoire d'une mutation des pouvoirs de l'Etat vers un régime de prévention punitive

Le double registre étatique de la surveillance et de l'action (sous la forme de l'entrave) instaure les conditions d'une mutation de la notion de police administrative. Traditionnellement assumée dans sa dimension préventive, cette mission tend vers une logique prédictive où la pré-science administrative dicte l'action.

Le droit à la sûreté - protection fondamentale contre la possibilité d'un arbitraire étatique -, et la séparation des pouvoirs, cèdent alors devant l'invocation d'un ennemi intérieur contre lequel l'Etat doit pouvoir tout.

Le contrôle du monde virtuel constitue un enjeu crucial pour l'Etat qui ne voit dans ce vaste espace qu'un potentiel de diffusion, de contamination même, sur lequel il craint de n'avoir aucune prise. La loi du 13 novembre 2014 étend-elle ainsi aux sites faisant l'apologie ou provoquant à des actes de terrorisme les procédures de blocage administratif initialement introduites - mais jamais mises en œuvre - en matière de pédo-pornographie.

Curieux choix politique d'une majorité qui, quelques années auparavant, n'avait pas de mot trop dur contre cette procédure, inefficace car aisément contournable, et dangereuse pour les libertés. Mais l'urgence discursive légitime l'évitement du débat et occulte toute possibilité de renforcer la procédure judiciaire de référé permettant déjà le retrait des contenus jugés illicites, par un juge indépendant et à l'issue d'une procédure contradictoire. L'Etat s'arroge ainsi le pouvoir de bloquer des sites internet - après avoir imposé aux acteurs privés d'endosser une fonction de police du Net par la surveillance et l'action - sans débat contradictoire préalable.

Il se fait ainsi juge de ce qui peut être légitimement dit, de ce qui constitue une infraction pénale au demeurant, sans offrir au citoyen les garanties associées à la procédure pénale et à la procédure civile. Le contrôle du juge administratif est repoussé après le blocage : intervenant a posteriori, il ne revêt aucun caractère de systématisme. La faculté pour une personnalité qualifiée désignée par la CNIL de saisir le Conseil d'Etat n'est alors qu'un expédient.

Or, tracer la ligne de démarcation entre ce qui relève d'un discours radical, contestable mais légitime en démocratie, et de la promotion d'actes criminels, n'est pas chose aisée. Se priver du débat préalable et confier cette tâche à des autorités ayant pris pour engagement public d'appliquer un « principe de précaution » en la matière consacre l'abandon des libertés.

Le monde physique n'est pas épargné par cette offensive administrative. La frontière n'a certainement pas quitté sa place centrale dans la gouvernementalité sécuritaire : elle ne se dresse plus seulement contre l'étranger mais devient un outil de contrôle du national. La concomitance temporelle entre la discussion de la loi et l'adoption, le 26 septembre 2014, du décret instituant le fichier PNR (passenger name record) français, n'a rien d'un hasard. La surveillance et le contrôle des trajectoires citoyennes, réduites au rang de flux, ont trouvé dans la prévention du terrorisme une assise inattaquable.

L'étranger, sujet classique de la puissance étatique, fait l'objet d'un contrôle accru, qu'il soit hors des frontières ou assigné à résidence sur le territoire national.

La loi du 13 novembre 2014 a ainsi subrepticement confié au premier ministre le pouvoir d'interdire à une personne étrangère de pénétrer sur le territoire national, s'il constitue une « menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société » s'agissant des citoyens européens, et même, pour les non européens, une « menace grave pour l'ordre public, la sécurité intérieure ou les relations internationales de la France ». Ce pouvoir outrepassé assurément la lutte contre le terrorisme, son utilisation à des fins moins avouables de rejet de populations jugées indésirables ne tardera malheureusement pas.

Le contrôle s'accroît sur les étrangers présents sur le territoire national, condamnés à une interdiction du territoire national, ou objet d'une décision d'expulsion mais que la prévention contre les traitements inhumains ou dégradants interdit de renvoyer vers leur pays. Désormais assignables en tout lieu du territoire national, jusque dans l'isolement froid du lointain outre-mer, ils pourront se voir interdire, par l'autorité administrative, tout contact avec des « personnes dont le comportement est lié à des activités à caractère terroriste », sous peine d'emprisonnement. L'Etat flirte ainsi avec la logique pénale et soumet certains à une forme de contrôle judiciaire sans mise en examen ni débat préalable.

Le dévoiement de la police administrative en police prédictive atteint des sommets lorsqu'elle autorise l'Etat à interdire à ses propres citoyens de quitter ses frontières, sur la base de « raisons sérieuses de croire qu'(il) projette des déplacements à l'étranger ayant pour objet la participation à des activités terroristes ou sur un théâtre d'opération de groupements terroristes », si, dans cette deuxième hypothèse, le départ est effectué « dans des conditions susceptibles de (le) conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour sur le territoire français. Le nouvel article L 224-1 du code de la sécurité intérieure vient ainsi concurrencer l'interdit pénal associé au contrôle judiciaire : nul besoin d'une mise en examen et d'un débat contradictoire pour contrevenir à cette liberté fondamentale, la préscience administrative suffit à fonder la décision du premier ministre.

Etouffer toute potentialité à la source, en appliquant un bien inquiétant principe de précaution⁹⁸ : le dispositif de surveillance et d'entrave est ainsi parachevé au mépris des libertés consacrées aux articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. La confiscation des documents d'identité, et la pénalisation du non respect de cette interdiction de sortie du territoire, sont destinées à assurer une effectivité, pourtant largement illusoire à l'endroit de ceux qui seraient déterminés à quitter le territoire. Le contrôle a posteriori et non systématique du conseil d'Etat constitue un bien maigre garde-fou. D'autant plus que la définition des « activités terroristes » en cause ne se borne aucunement aux actions mettant en danger des vies humaines, mais reprend la plasticité d'une notion susceptible, à moyen terme, d'être utilisée au delà du terrorisme djihadiste, pour interdire à certains activistes de se rendre sur des lieux de rassemblement contestataires et radicaux.

Adoptée dans un quasi unanimité, la loi du 13 novembre 2014 n'a pas été déférée devant le Conseil constitutionnel. Elle signe ainsi un double rétrécissement du débat et du contrôle démocratique, renvoyé à des questions prioritaires de constitutionnalité au sort malheureusement quasi scellé par une jurisprudence peu soucieuse de la préservation des libertés. La mutation vers une logique prédictive et un accroissement insatiable des pouvoirs de l'administration sur les citoyens se poursuit avec la loi relative au renseignement adoptée au mois de juin 2015. La dénonciation en est d'autant plus indispensable que déjà, il est question d'étouffer toute faculté de contestation, en ajoutant à l'arsenal en place un pouvoir d'interdiction administrative individuelle de manifester⁹⁹.

Laurence BLISSON,
Secrétaire générale du Syndicat de la Magistrature

⁹⁸ L'expression a été adoptée en conférence de presse par le ministre de l'Intérieur, Bernard Cazeneuve.

⁹⁹ Selon les préconisations de la mission parlementaire constituée en réaction à la mort de Rémi Fraisse, manifestant à Sivens.

PERMANENCES ET RECONFIGURATIONS DE L'ANTITERRORISME

La justice anti-terroriste et les services de renseignement, avaient-ils véritablement besoin de nouvelles lois pour pouvoir exercer convenablement leurs missions ? À écouter les débats parlementaires qui précèdent le vote de la loi du 13 novembre 2014 et celle, plus récente, sur le renseignement, on pourrait le croire. Pourtant, font valoir les sceptiques, pas moins d'une quinzaine de textes législatifs en la matière avaient déjà vu le jour depuis 1986.

Pour expliquer cette nouvelle inflation, on peut se risquer à énoncer un principe général. Une proposition de loi articule généralement les pétitions de certains acteurs, une configuration politique qui les favorise et les résistances d'autres acteurs tentant de maintenir un *statu quo* ou de proposer des alternatives. Ceci reste bien sûr trop schématique, mais reprenons les termes de cette équation.

Les revendications des services de police et de renseignement vont régulièrement dans le même sens : le renforcement de leurs pouvoirs d'investigation et d'action et la limitation de ce qui les encadre ou les contrarie. Ceci concerne les avocats, mais vaut également pour les magistrats. L'examen minutieux des différents textes votés depuis 1986 montre le recul constant des garanties offertes aux prévenus, la dépossession des magistrats ordinaires au profit de juridictions spécialisées et la montée en puissance des mesures administratives plutôt que judiciaires (en matière d'expulsion, de gel des avoirs et désormais de surveillance)¹⁰⁰.

Or, ce type de pétitions trouve un terreau favorable auprès des gouvernants en période de violences politiques et plus encore lorsque des attentats sont commis sur le territoire national. Au delà d'une légitime inquiétude, ceux-ci peuvent difficilement « ne rien faire » (*i.e.* laisser les services spécialisés faire normalement leur travail). Il leur faut « réagir », montrer qu'ils sont « à la hauteur » de la situation. Or, en politique, agir c'est peut être d'abord dire que l'on fait des choses¹⁰¹. Cette dimension symbolique de l'action se retrouve par exemple avec des plans comme « vigipirate ». Le déploiement massif de forces de police et de militaires dans les transports en commun permet en réalité d'arrêter bien plus de sans-papiers que d'auteurs potentiels d'attentats, mais il permet d'accréditer l'idée que le Gouvernement a pris au sérieux la menace et qu'il déploie des mesures pour y répondre. Le vote de nouvelles lois constitue un autre volet ordinaire de cette dimension symbolique. Largement relayé par la communication gouvernementale et la presse, il autorise les prises de position martiales et la réaffirmation emphatique de l'autorité de l'Etat. Chaque vague d'attentat est ainsi généralement suivie du vote d'une nouvelle loi en matière antiterroriste. Or, dans des contextes marqués par l'émotion, l'urgence et le volontarisme politique, qui donne un contenu concret aux textes législatifs ? Essentiellement les professionnels de la sécurité, qui trouvent là des opportunités

¹⁰⁰ Laurent Bonelli, « Les caractéristiques de l'antiterrorisme français : Parer les coups plutôt que panser les plaies », in Didier Bigo, Laurent Bonelli et Thomas Deltombe (dir.), *Au nom du 11 septembre. Les démocraties occidentales à l'épreuve de l'antiterrorisme*, Paris, La Découverte, 2008, pp.168-187.

¹⁰¹ Murray Edelman *The Symbolic Uses of Politics*, Chicago, University of Illinois Press, 1985.

uniques pour faire avancer leurs revendications, au nom de la « gravité » de la situation. La loi du 9 septembre 1986, qui forme toujours la colonne vertébrale de l'antiterrorisme judiciaire français, doit ainsi beaucoup au travail de magistrats en charge de cette question au tribunal de grande instance de Paris, comme Alain Marsaud par exemple. Quant aux lois votées par la suite, elles viennent le plus souvent répondre aux doléances des services spécialisés (la centralisation de l'application des peines, l'élargissement des écoutes administratives ou de la garde à vue, etc.), exprimées bien avant la commission des violences qui déclenche l'examen d'un nouveau texte.

Dans ces configurations, où l'urgence prime, où la « menace » serait pesante et dans lequel l'ensemble des professionnels du renseignement, de la sécurité et de la politique déploient des discours de peur, on comprend que ni les propositions, ni même les protestations des défenseurs habituels des libertés publiques ne rencontrent beaucoup d'écho. Syndicats de magistrats, avocats, organisations de défense des droits de l'Homme ou des utilisateurs de l'Internet peinent à mobiliser au-delà de leurs rangs les plus immédiats. Certes, certains évoqueront avec nostalgie le temps où certains hommes politiques faisaient de la défense des libertés individuelles une priorité et rappelleront qu'en février 1981, lorsque la loi « Liberté et sécurité » porta la garde à vue de 24 à 48 heures, les députés socialistes et communistes la qualifièrent de « réactionnaire » et lui reprochèrent d'aller « plus loin dans l'escalade anti-liberté que ne l'avait fait le régime fasciste de Vichy »... Mais nous n'en sommes plus là et les votes de la loi de novembre 2014 et de celle sur le renseignement prolongent les dynamiques observables depuis le milieu des années 1980.

Des discours de guerre

Est-ce à dire que rien ne change et qu'il ne s'agit que d'un recul supplémentaire des libertés publiques ? Pas seulement, hélas. Ces deux lois apparaissent en effet dans un contexte un peu particulier, marqué à la fois par des attentats commis sur le territoire européen (par Mohamed Merah en 2012, Medhi Nemmouche en 2014, puis par les frères Kouachi et Amédy Coulibaly en janvier 2015), et par le départ de centaines de jeunes européens pour aller combattre en Irak et en Syrie. Sous le terme de « radicalisation », on tend à superposer les deux mouvements, qui pourtant ne se confondent pas complètement. Bien sûr, il peut exister une porosité entre les deux et l'on ne peut pas exclure que certains individus, engagés en Irak ou en Syrie passent à l'action violente en France ou en Europe. Pour autant, l'essentiel ne le feront pas et leur expérience doit plutôt être analysée sous l'angle d'un engagement transnational, assez fréquent en fait, puisque des volontaires étrangers sont présents dans un peu plus de 20% des conflits enregistrés entre le 19^e et le 21^e siècles¹⁰².

Le discours politique dominant assume pourtant largement cet amalgame. Les menaces viendraient d'agents extérieurs (L'État « islamique », AQPA – Al Qaeda dans la péninsule arabique – AQMI - Al Qaeda au Maghreb islamique, etc.) qui auraient

¹⁰² On trouvera des développements sur ce point dans Laurent Bonelli, « Des brigadistes aux djihadistes, combattre à l'étranger », *Le Monde diplomatique*, août 2015.

déclenché une guerre contre l'Occident en général et la France en particulier, au point que nous serions entrés dans une « guerre de civilisation », pour reprendre l'expression du Premier ministre, Manuel Valls. Simplistes et pour cela séduisants, ces grands récits civilisationnels ne correspondent pourtant guère à la réalité. S'il ne fait pas de doute que les exhortations d'un chef jihadiste à frapper peuvent inspirer des individus ou des petits groupes, elles ne sont pas le moteur de leur passages à l'acte. « *Cette décision ultime est la dernière d'une longue série de décisions antérieures, dont aucune prise isolément – et c'est là le point central – n'a paru étrange en elle-même* » rappelle ainsi le sociologue Howard S. Becker¹⁰³. Les entourages locaux, les dynamiques de petits groupes, les interactions avec les autorités publiques (et particulièrement la police et la justice) apparaissent beaucoup plus importants pour comprendre le basculement vers la violence¹⁰⁴. Les commissions d'enquête parlementaires sur les attentats de Londres du 7 juillet 2005 ont par exemple fait ressortir les caractères très locaux de leur préparation, leurs auteurs n'étant allés chercher une légitimation au Pakistan qu'au moment où tout était déjà prêt. En d'autres termes, ce n'est pas parce que des attentats sont « labellisés » par une organisation que celle-ci en est concrètement à l'origine. D'ailleurs, les frères Kouachi et Amédy Coulibaly ne semblent pas d'accord à l'heure d'attribuer la paternité de leurs actions, les premiers les imputant à AQPA, le second à l'Etat islamique. Au lieu de s'intéresser à ce qui conduit certains individus élevés ou vivant dans nos Etats à passer à la violence armée ou à s'engager pour une utopie lointaine, les discours politiques actuels – abondamment relayés par les médias – préfèrent jouer la partition de la polarisation, du « nous contre eux », de « la civilisation contre la barbarie ». Or, ce contexte supposément guerrier renforce considérablement le poids des services de police et de renseignement, autant qu'il affaiblit celui des groupes qui émettent des réserves, parlent du droit à l'anonymat, à la vie privée, etc. Que répondre en effet, lorsque les parlementaires – avant même les attentats de janvier 2015 – appellent, comme en 1914, à « *l'union sacrée de toute la représentation nationale* » ou, à l'instar de Alain Tourret (du groupe Radical, républicain, démocrate et progressiste), exposent posément « *Nous avons su, dans notre histoire, suspendre à un moment donné les libertés démocratiques. Celles-ci, en effet, ne peuvent pas avoir le même contenu en temps de paix et en temps de guerre. Or, lorsque la guerre nous est déclarée, les libertés démocratiques doivent être, sinon mises à l'écart, du moins appréciées en fonction du risque subi. (...) L'angélisme n'est pas une réponse efficace aux égorgeurs*¹⁰⁵ ».

Cette interprétation guerrière constitue une première piste pour comprendre ce qui se joue dans le vote des deux lois étudiées ici. Une seconde concerne la situation des services de renseignement en 2015, confrontés à la fois au développement exponentiel des communications Internet et à un affaiblissement de leurs capacités de repérage de certains individus potentiellement dangereux en raison d'une

¹⁰³ Howard S. Becker, *Les ficelles du métier*, Paris, La Découverte, 2002.

¹⁰⁴ Laurent Bonelli, « Les chemins de la radicalisation », *Le Monde diplomatique*, février 2015.

¹⁰⁵ Ces citations sont extraites du Compte rendu intégral des débats parlementaires du Journal officiel du 15 septembre 2014, qui relate les discussions concernant la loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, adoptée le 13 novembre 2014.

réforme de leur structure.

Le virtuel et le réel : les services de renseignement à la peine

Les services français n'échappent pas à un débat plus général qui traverse le monde de ces professionnels et qu'ont partiellement révélé les documents transmis par Edward Snowden. L'usage sans cesse accru des outils d'échange sur Internet (mails, sites, réseaux sociaux, chats, etc.) et de la téléphonie mobile (avec ses SMS, ses logiciels d'échange) reconfigure les méthodes traditionnelles de contrôle et d'interception.

L'impossibilité de traiter en temps réel les flux de données échangées débouche d'abord sur une volonté générale – tant technologique que légale – de les stocker le plus massivement et le plus longtemps possible. Ensuite, deux logiques peuvent être schématiquement identifiées, qui ne correspondent pas aux mêmes services. La première, sans doute la plus massive, prolonge les formes antérieures de travail policier. Elle consiste, pour des individus que l'on surveille, auxquels on est attentif, à regarder dans l'ensemble de ces données ce qui les concerne. Hier, on pouvait ouvrir leur courrier, le cas échéant les mettre sur écoute téléphonique pour savoir avec qui ils parlaient, avec qui ils échangeaient et ce qu'ils se disaient. Aujourd'hui, on fait la même chose avec les données électroniques, en s'intéressant davantage aux gens qu'ils peuvent connaître qu'à ce qu'ils se disent réellement. Le débat sur les « métadonnées » apparaît ainsi comme un faux débat. On se moque un peu de ce qu'il peut y avoir dans un email dès lors qu'on est capable de reconstituer le réseau des gens avec qui quelqu'un en échange, le volume de ces échanges et leur chronologie.

La seconde logique, sans doute plus spécialisée, plus spécifique à des services comme la NSA aux Etats-Unis, consiste à essayer de découvrir dans la masse des données collectées des individus qui ne seraient pas connus par les services de police et de renseignement, grâce à des algorithmes. L'idée est la suivante : est-ce qu'à partir des comportements numériques d'individus qui sont passés à l'acte, on peut fabriquer les profils et donc trouver dans l'ensemble de masse de données disponibles des gens qui correspondraient à ces profils alors même qu'ils sont inconnus et hors du radar des professionnels ? La fréquentation de certains sites, l'usage de cryptage ou d'outils de dissimulation d'adresse IP, de certaines langues, etc. seraient ainsi des manières d'anticiper et de repérer de suspects nouveaux. Cette logique demeure bien plus rare, sans doute plus aléatoire, mais converge avec la précédente sur la nécessité d'une *surveillance à grande échelle* des données numériques.

De là, les pétitions, en France, pour s'affranchir de la tutelle judiciaire. Dans le cadre d'une commission rogatoire, beaucoup de choses étaient déjà possible en matière d'interception. Mais la loi sur le renseignement élargit désormais le spectre de ces possibilités, tout en affaiblissant le contrôle externe sur la collecte et l'utilisation de ces données. Et sans présager de l'avenir, on peut craindre que la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) ne constitue qu'un faible contrepoids au pouvoir nouveau octroyé aux services.

La DCRI, ou le déclin du renseignement territorial

Ces enjeux liés aux nouvelles technologies ne sont toutefois pas séparables de l'organisation institutionnelle du renseignement, largement bouleversée par la réforme de 2008. Sans revenir sur le détail, retenons qu'il existait par le passé deux grands services de renseignement intérieur en France : les Renseignements généraux (RG) et la Direction de la surveillance du territoire (DST). Ces deux services ont été dissous et leurs personnels re-dispatchés entre un grand service, la Direction centrale du renseignement intérieur (DCRI) et un service plus déqualifié, plus dégradé, la Sous-direction à l'information générale (SDIG), placée au sein de la sécurité publique. Pour le dire rapidement, la réforme consacre le triomphe de la DST sur les RG. Les logiques de travail de la DCRI demeurent très largement celles de la DST, c'est-à-dire celles issues du contre-espionnage et par la suite déployées en anti-terrorisme. La focalisation sur les menaces intérieures, mais venant de l'extérieur, la logique du secret, la centralisation, l'utilisation de techniques dites de « milieu fermé » (écoutes, filatures, etc.), la coopération internationale caractérisent la nouvelle structure. En revanche, le renseignement dit « de proximité », c'est-à-dire la connaissance fine d'un certain nombre de milieux sociaux, politiques, économiques, associatifs locaux, avec lesquels les fonctionnaires des RG entretenaient des relations de longue durée s'affaiblit notablement.

L'affaire Merah en 2012 va être interprétée comme un échec de la DCRI sur ce terrain. Deux rapports parlementaires et un autre de l'inspection générale de la police nationale (IGPN) convergent en ce sens. Ils reconnaissent une grande compétence à la DCRI pour lutter contre des professionnels de la violence politique, c'est-à-dire des groupes structurés et actifs, notamment internationalement, mais lui reprochent son incapacité à repérer ce qu'elle appelle les « signaux faibles », à faire de la « détection précoce ». En d'autres termes, à observer des signes qui pourraient laisser penser que quelqu'un pourrait passer à l'acte localement, sans appartenir à un réseau transnational de violence.

Cette critique politique et administrative débouche sur une nouvelle réforme, en 2014. La DCRI est remplacée par une Direction générale de la sécurité intérieure (DGSI), et la SDIG par un Service central du renseignement territorial (SCRT). Cette réforme essaie de contrebalancer dans une certaine mesure les effets de la précédente. Le renseignement territorial gagne notamment quelques effectifs et voit ses compétences et ses capacités élargies. Mais en même temps, elle renforce aussi les logiques de celle 2008. La DGSI devient ainsi plus autonome, puisqu'elle s'émancipe de la tutelle de la Direction générale de la police nationale (DGPN) pour se rattacher directement au ministre de l'Intérieur. Elle devient ainsi une citadelle encore plus fermée et secrète, y compris pour les policiers des autres services. Une citadelle fascinante pour les hommes politiques qu'elle laisse regarder par l'entrebâillement de la porte, comme certains parlementaires qui se sont illustrés dans les débats de la loi sur le renseignement.

Vers un élargissement de la surveillance

Dans le climat guerrier entretenu par l'amalgame entre des attentats commis sur le territoire et les départs de quelques centaines de personnes vers la Syrie et l'Irak, une double tendance est observable au sein des services de renseignement : l'autonomie et l'enrôlement. La première consiste pour la DGSI à s'affranchir le plus possible des regards extérieurs pour traiter les individus et les groupes relativement professionnalisés dans la violence politique. Au fond, peu d'entre eux sont en dehors de leur radar. Ceci ne veut pas dire qu'ils puissent systématiquement les empêcher de frapper (les derniers attentats le montrent), mais ils sont déjà connus et repérés. L'élargissement, notamment administratif, des pouvoirs de la DGSI viendrait renforcer ces possibilités d'agir, dans la droite ligne de ce que l'on avait connu avec les lois antérieures.

En revanche, les départs vers ce qu'ils nomment les « théâtres de jihad » posent un autre problème, tant par leur ampleur que par les individus qu'ils concernent. De leur propre aveu, près de 50 % des gens sur zone leur sont inconnus. Evidemment, tous ne passeront pas à l'acte, mais la possibilité ne peut être écartée. Les services vont donc pousser à l'élargissement des filets de contrôle et c'est ainsi qu'il faudrait penser l'ensemble des dispositifs de « lutte contre la radicalisation » développés depuis 2014, du numéro vert et des cellules départementales jusqu'à l'enrôlement des services sociaux, judiciaires ou éducatifs dans le signalement de la « radicalisation », en passant par les dimensions législatives relatives aux contrôles des départs et des retours.

Cet élargissement du spectre du contrôle conduit à en déplacer la focale. On glisse de la surveillance de certains individus ou de certains lieux emblématiques de la violence politique (auxquels la DGSI continue de porter une grande attention) vers une attention plus générale aux discours. Jusque là, certains discours pouvaient attirer l'attention des services, dès lors qu'ils étaient reliés à certains actes, ou à certains groupes identifiés comme potentiellement subversifs. Désormais, c'est le discours en lui-même qui compte parce qu'il préfigurerait le passage à l'acte. L'exemple le plus emblématique est celui de « l'auto-radicalisation ». Il suffirait de regarder en boucle des vidéos sur Internet pour attraper le « virus du terrorisme », selon la jolie expression du ministre de l'Intérieur, Bernard Cazeneuve, et passer à l'acte. Les choses ne se passent heureusement pas comme cela. Contrairement à des clichés aussi souvent entendus que démentis par les sciences sociales, la violence à la télévision n'explique pas la délinquance juvénile, les paroles des chansons de Marilyn Manson, la tuerie de Colombine, les jeux vidéos l'engagement auprès de l'Etat islamique, ni même les vers de Lamartine, la Commune de Paris. Entre le discours et l'action, existent de multiples séries de médiations qui elles comptent réellement. Pour autant, cette croyance sourd dans les textes législatifs récents, qu'il s'agisse des blocages sites Internet, de leur déréférencement, ou les mesures concernant « l'apologie du terrorisme », dont Didier Liger a montré les premiers effets néfastes (voir sa contribution : « Analyse de la jurisprudence en construction sur la loi du 13 novembre 2013 : Patriot Act à la française ? »).

Le second effet de cet élargissement du contrôle est un déplacement vers la question religieuse et particulièrement vers celle de l'islam. Ainsi, certains dispositifs de « lutte contre la radicalisation » s'intéressent davantage à la pratique cultuelle des individus qu'à autre chose. On peut légitimement s'interroger sur l'utilité pratique d'interroger les professionnels de la protection judiciaire de la jeunesse (PJJ) sur le nombre d'adolescentes voilées ou de jeunes ne mangeant pas de porc qu'ils suivent. Sauf à confondre religiosité et radicalité. Or, en assimilant les deux, des politiques de prévention – dont la bonne volonté ne peut être mise en doute – pourraient avoir des effets inverses à ceux escomptés. Ainsi, en spécialisant des dispositifs publics vers des jeunes que l'on considère « en danger de radicalisation » en raison de leurs convictions religieuses, on contribue à les faire se penser avant tout par rapport à celles-ci, plutôt que de toute autre manière (comme jeune de quartier, comme élèves, voire même comme citoyens). Les politiques publiques, on l'oublie trop souvent, façonnent puissamment les identités sociales. Aussi, peut-on se satisfaire d'une réponse institutionnelle qui contribue à construire le monde comme divisé entre musulmans et non musulmans ? Au fond, cette partition n'est autre que celle proposée par des néoconservateurs américains (Samuel Huntington notamment), reprise en Europe par des formations d'extrême droite diverses (le Front national en tête). Elle est également celle que diffusent les organisations jihadistes, comme « l'État Islamique », qui expliquait dans sa revue *Dabiq* de juillet 2014 qu'il existait « deux camps et deux tranchées : celui de l'islam et de la foi et celui des mécréants et de l'hypocrisie ».

A l'évidence, nous sommes sortis avec la catégorie de « radicalisation » des débats limités au monde des professionnels de l'antiterrorisme et à celui de leurs opposants traditionnels. Certes, les dynamiques antérieures se poursuivent, mais elles se doublent désormais d'une reconfiguration du contrôle des populations dites « à risques » et de son élargissement. Ceci est bien entendu préoccupant. C'est peut être aussi une occasion d'élargir le front de résistance aux logiques portées par l'antiterrorisme. Débordant de leur sphère traditionnelle, elles viennent aujourd'hui envahir le travail de magistrats de la jeunesse, d'enseignants, d'éducateurs sociaux ou judiciaires, d'animateurs, d'élus locaux, etc. Traditionnellement peu mobilisés par les dimensions éthiques, techniques ou juridiques de l'anti-terrorisme, ils pourraient désormais avoir un mot à dire sur ces dernières, qui les affectent désormais directement. A condition toutefois de se donner les moyens de créer les ponts nécessaires.

Laurent BONELLI

Maître de conférences en science politique à l'université de Paris-Ouest-Nanterre
(Institut des Sciences sociales du Politique - UMR 7220)
Co-rédacteur en chef de la revue *Cultures & Conflits*.

ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE EN CONSTRUCTION SUR LA LOI DU 13 NOVEMBRE 2014 : *PATRIOT ACT* A LA FRANÇAISE ?

La loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions de la lutte contre le terrorisme, publiée au journal officiel du 14 novembre 2014 et entrée en vigueur le 15 novembre 2014, contient de nouvelles dispositions visant à mieux prévenir et réprimer les comportements de « **montée en puissance de phénomènes de radicalisation violente** », « **face à l'émergence de nouvelles menaces terroristes** »¹⁰⁶.

Elle a été complétée par une circulaire d'application du 5 novembre 2014, signée par le directeur des affaires criminelles et des grâces, M. Robert GELLI :

« Afin de lutter efficacement contre le « terrorisme individuel », théorisé et prôné activement depuis plusieurs années par les organisations terroristes internationales, a été créée une nouvelle infraction venant réprimer la préparation individuelle de certains actes de terrorisme ». Et « certaines dispositions visent à mieux appréhender la cybercriminalité et à renforcer la répression pénale des faits de provocation aux actes de terrorisme et d'apologie de ces actes »¹⁰⁷.

L'article 5 de la loi soumet la provocation et l'apologie du terrorisme aux règles de procédure de droit commun et à certaines règles prévues en matière de terrorisme, les délits de provocation aux actes de terrorisme et d'apologie de ces actes sont sortis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et introduits dans le code pénal dans un nouvel article 421-2-5.

1°) Éléments constitutifs des délits d'apologie et de provocation au terrorisme :

Le nouvel article 421-2-5 du code pénal réprime le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes.

La provocation directe et l'apologie n'étaient punissables, dans l'ancien alinéa 6 de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881, que lorsque l'un des moyens prévus à l'article 23 de la même loi avait été utilisé, ces incriminations imposant donc toujours un élément de publicité.

¹⁰⁶ Cf. Circulaire du 5 décembre 2014 de présentation de la loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014, page 1

¹⁰⁷ Idem

Désormais, la publicité n'est exigée que pour l'apologie du terrorisme consistant à présenter ou commenter des actes de terrorisme en portant sur eux un jugement favorable. Elle sera établie pour les faits commis sur le réseau internet, en cas de diffusion à destination d'un nombre indéterminée de personnes non liées entre elles par une communauté d'intérêt¹⁰⁸.

S'agissant de la provocation au terrorisme, le critère de la publicité n'est pas exigé par la loi de 2014. La provocation doit être une incitation **directe, non seulement par son esprit, mais aussi par ses termes**, à commettre des faits matériellement déterminés.

La peine, initialement fixée par l'article 24 de la loi de 1881 à 5 ans d'emprisonnement, est maintenue et portée à 7 ans lorsque les faits sont commis sur internet.

L'article 7 de la loi du 13 novembre 2014 modifie par ailleurs l'article 227-24 du code pénal qui réprime désormais le fait « *soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent, **incitant au terrorisme**, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger, soit de faire commerce d'un tel message lorsqu'il est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur* ».

2°) Procédure pénale applicable aux délits d'apologie et de provocation au terrorisme :

L'insertion de ces délits dans le code pénal permet de leur appliquer certaines règles de procédure exclues en matière de presse, comme la possibilité de saisies ou l'utilisation de la procédure de comparution immédiate :

- Compétence concurrente du pôle antiterroriste de Paris avec celle des juridictions compétentes à raison du lieu de diffusion des propos litigieux, pour la poursuite, l'instruction et le jugement des deux infractions (article 706-16 du code de procédure pénale) ;
- Règles dérogatoires d'articulation et de qualification des faits dans les actes de poursuite, prévues par les articles 50 et 53 de la loi de 1881¹⁰⁹, plus applicables au visa du nouvel article 421-2-5 du code pénal ;

¹⁰⁸ Cass Crim 5 novembre 2002, Bull crim n°200 p 745 ; Cass Civ 1^{ère} 10 avril 2013, Bull 2013 I n°70

¹⁰⁹ article 50 : articulation et qualification des provocations, outrages, diffamations et injures à raison desquels la poursuite est intentée, avec indication des textes applicables, et ce à peine de nullité du réquisitoire et de la poursuite ;

article 53 : idem pour la citation devant en outre comporter élection de domicile dans la ville où siège la juridiction saisie et être notifiée au prévenu et au ministère public

- Régime de prescription de l'action publique prévue par l'article 65-3 de la loi sur la presse d'un an à compter du jour de l'acte de publicité devant être écarté au profit du régime de prescription de droit commun de l'article 8 du code de procédure pénale, car l'article 8 de la loi du 13 novembre 2014 précise que le régime dérogatoire de prescription de l'action publique en matière de terrorisme de l'article 706-25-1 du code de procédure pénale¹¹⁰ ne s'applique pas aux délits prévus par le nouvel article 421-2-5 du code pénal, lesquels se prescrivent donc par trois années à compter du jour où ils auront été commis ou du jour du dernier acte d'instruction ou de poursuite s'il en a été fait, le point de départ étant la publication ou la diffusion du document litigieux ou par sa mise en ligne pour un contenu mis sur internet¹¹¹ ;
- Article 8 de la loi du 13 novembre 2014 introduisant un article 706-24-1 dans le code de procédure pénale excluant, pour les délits de provocation et d'apologie du terrorisme, l'application de certaines règles procédurales dérogatoires applicables en matière de terrorisme¹¹².

Pour le constat et la poursuite de ces deux infractions, pourront donc être utilisées :

- La surveillance (article 706-80 du CPP) ;
- L'infiltration (articles 706-81 à 706-87-1 du CPP) ;
- Les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications (article 706-95 du CPP) ;
- Les sonorisations de lieux et véhicules (articles 706-96 à 706-102 du CPP) ;
- La captation de données informatiques (articles 706-102-1 à 706-102-9 du CPP).

Par contre, sont exclus :

- Le régime dérogatoire de garde à vue de 96 heures (articles 706-88 à 706-88-2 du CPP) ;
- Le régime dérogatoire de perquisition (articles 706-89 à 706-94 du CPP).

De plus, le juge des référés pourra, sur le fondement du nouvel article 706-23 du code de procédure pénale, ordonner, à la demande du ministère public ou de toute personne ayant intérêt à agir, l'arrêt immédiat du service en ligne diffusant des messages appelant directement à la commission d'actes de terrorisme en cas de trouble manifestement illicite.

Enfin, le nouvel article 421-2-5 du code pénal prévoit que, lorsque les faits de provocation ou apologie du terrorisme sont commis par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle ou de la communication au public en ligne, la détermination des

¹¹⁰ prescription de l'action publique et de la peine de 30 ans pour les crimes de terrorisme et de 20 ans pour les délits de terrorisme

¹¹¹ Cass Crim 6 janvier 2009, Bull crim 2009 n°4

¹¹² Celles énumérées aux articles 706-88 à 706-94 du code de procédure pénale concernant la garde à vue et les perquisitions

personnes responsables se fait en application des règles spécifiques s'appliquant aux délits de presse :

- Pour la presse écrite, responsabilité « en cascade » prévue par les articles 42 et 43 de la loi de 1881 : les directeurs de publication ou éditeurs ; puis, à défaut, les auteurs, puis les imprimeurs, puis les vendeurs, distributeurs et afficheurs, les auteurs étant poursuivis comme complices des directeurs de publication ou éditeurs ;
- Pour la voie audiovisuelle, l'article 93-3 de la loi n°82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle prévoit aussi une responsabilité « en cascade » : le directeur de la publication, à défaut l'auteur, à défaut de celui-ci le producteur, l'auteur étant complice du directeur de la publication ;
- Pour les services de communication au public en ligne, article 6 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 relative à la confiance dans l'économie numérique qui, d'une part renvoie au régime en cascade des articles 42 et 43 de la loi de 1881, d'autre part prévoit une responsabilité des hébergeurs sauf l'exception de non connaissance de l'existence des données illicites hébergées.

3°) Application de la loi pénale dans le temps :

La loi du 13 novembre 2014 n'a pas d'effet sur les prescriptions déjà acquises lors de son entrée en vigueur, le 15 novembre 2014 et les délais de prescription ne sont donc pas réouverts. Ainsi, les faits prescrits en application du délai précédent de prescription d'un an prévu par l'article 65-3 de la loi sur la presse ne peuvent plus être poursuivis.

En revanche, le nouveau délai de prescription de trois ans remplace l'ancien pour les prescriptions non encore acquises à la date du 15 novembre 2014, l'article 112-2 4° du code pénal prévoyant l'application immédiate des nouvelles lois de prescription aux prescriptions en cours, sans distinguer selon qu'elles sont ou non plus sévères.

De même, selon l'article 112-2 du code pénal, les lois de compétence et de procédure sont d'application immédiate, même si les dispositions nouvelles aggravent la situation de la personne poursuivie.

En revanche, le principe de non rétroactivité des lois pénales plus sévères interdit que l'aggravation de la peine encourue, lorsque les faits sont commis sur internet, s'applique aux faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi.

4°) La circulaire de Mme le ministre de la Justice du 12 janvier 2015 relative aux infractions commises à la suite des attentats terroristes commis les 7, 8 et 9 janvier 2015 :

Le 12 janvier 2015, Mme TAUBIRA signait une circulaire aux Procureurs Généraux et Procureurs de la République, les invitant à faire preuve d'une grande réactivité dans la conduite de l'action publique envers les auteurs de « *propos ou agissements répréhensibles, haineux ou méprisants, proférés ou commis en raison de l'appartenance à une religion* », portant atteinte, « *quelle que soit cette religion, à la cohésion nationale et justifiant donc une attention particulière et une grande fermeté de la part des parquets et des parquets généraux* », « *à l'heure où la France est frappée en plein cœur par le terrorisme et où les fondements même de la démocratie sont visés* ».

La ministre demandait de « *veiller à ce qu'une réponse pénale systématique, adaptée et individualisée, soit donnée à chacun de ces actes* ».

Elle réclamait de privilégier la voie du déferrement, de la comparution immédiate pour les majeurs et de la présentation devant un juge des enfants pour les mineurs.

Lorsque la gravité des faits et la personnalité de l'auteur rendront pertinente une réponse pédagogique, elle encourageait les procureurs de la République à utilement recourir au stages de citoyenneté, soit à titre alternatif aux poursuites (article 41-1 2° du code de procédure pénale), soit de mesure de composition pénale (article 41-2 13° du code de procédure pénale), soit de peine principale (article 131-5-1 du code pénal) ou complémentaire.

Cette circulaire a été appliquée à la lettre par de nombreux parquetiers, requérant de lourdes condamnations, souvent suivies par les juges.

Interrogée par Libération¹¹³, Christiane TAUBIRA devait ensuite déclarer, mal à l'aise, que sa circulaire visait aussi à individualiser les peines, reconnaissant le 19 janvier : « *Il y a un défaut d'individualisation. Réponse ferme ne veut pas dire prison ferme.* » Et elle a demandé à ses services de lui faire remonter les moyens de défense des personnes condamnées depuis le 7 janvier. Selon Libération, il n'est pas étonnant que les prévenus envoyés en comparution immédiate, procédure d'urgence qui ne pouvait pas s'appliquer à l'apologie de terrorisme quand celle-ci relevait de la loi de 1881, n'aient pu bénéficier que d'une défense approximative (selon mes recherches concernant les dossiers jugés par la 23^{ème} chambre du TGI de Paris, aucun des prévenus condamnés pendant le mois de janvier 2015 n'aurait relevé appel de condamnations pourtant particulièrement sévères...!).

¹¹³ Journal Libération du 20 janvier 2015, page 5, « Cent cinquante procédures en deux semaines » par Sonya FAURE et Frantz DURUPT

5°) Des premières jurisprudence d'une sévérité excessive :

Les premières décisions prononcées, le plus souvent en comparution immédiate, concernant les délits de l'article 421-2-5 du code pénal, à savoir provocation et apologie du terrorisme, ont été d'une particulière sévérité.

Qu'on en juge¹¹⁴ :

- TGI Nancy : 13 janvier 2015, mise en examen et placement en détention par ordonnance du juge des libertés et de la détention confirmé par arrêt de la chambre de l'instruction d'un jeune homme de 30 ans, français d'origine converti à l'islam, ayant longtemps mené une vie d'errance en région parisienne où il avait été condamné à 3 ans de prison pour violences aggravées, était sorti de prison en avril 2014 et avait décidé de s'établir sur Nancy pour se rapprocher de sa mère, interpellé dans un hôtel de Nancy le vendredi 9 janvier 2015 ; la veille, alors que la première manifestation au lendemain de l'attentat contre Charlie Hebdo réunissait 10 000 personnes sur la place Stanislas, ce jeune homme, présent sur place et vêtu d'une djellaba, aurait tenu des propos déplacés en lien avec les attentats parisiens qui ont justifié son interpellation et un contrôle d'identité ; le lendemain il était interpellé par la brigade criminelle dans sa chambre d'hôtel où étaient saisis des DVD de Charlie Hebdo et des adresses de sites islamistes ; il est depuis lors toujours en détention provisoire¹¹⁵ ;
- TGI Strasbourg : 12 janvier 2015, jeune homme accusé d'avoir fait, sur les réseaux sociaux, l'apologie de l'attentat contre Charlie Hebdo ; renvoi du procès au 27 janvier 2015, avec placement en détention ; selon les médias, il s'agit d'un homme de 30 ans, marié et père de deux enfants, déjà condamné notamment pour des affaires de stupéfiants, qui a relayé une photographie montrant un fusil d'assaut posé sur le sol, avec plusieurs munitions et une phrase manuscrite : « *Bons baisers de Syrie, Bye bye Charlie* » et diffusé des messages sur internet comme : « *Les frères, réveillez-vous* » « *mettez-vous opérationnels pour défendre vos sœurs, vos mères* » ; devant le tribunal, il a regretté sa « *mauvaise blague* », assurant qu'il ne connaissait pas le délit d'apologie du terrorisme ; « je suis contre tout ce qui s'est passé », se disant prêt à présenter des excuses aux familles et ajoutant avoir manifesté pour Hervé GOURDEL, otage français assassiné par un groupe djihadiste algérien ; son avocat a déclaré : dans les annales judiciaires, je n'ai jamais vu quelqu'un placé en détention pour ce genre d'infraction », appelant la justice à garder son sang-froid face aux dizaines de milliers de messages sur les réseaux

¹¹⁴ Source pour les décisions du TGI de Paris : Me Emmanuelle HAUSER PHELIZON, avocat du Barreau de Paris

¹¹⁵ Source : Me Nataly MALTEZEANU, avocat du barreau de Nancy

sociaux, comparables à ceux du prévenu ; l'avocat s'est aussi dit choqué par les propos du président en fin d'audience soulignant que sa détention la protégerait de toute velléité de se rendre en Syrie, l'avocat insistant sur le fait qu'il s'agissait d'une personne qui travaille et n'est absolument pas un djihadiste (son avocat, contacté, ne m'a pas encore répondu sur les faits et la peine finalement prononcée)¹¹⁶ ;

- TGI Paris 23-1 : 12 janvier 2015, WADJI Abdellaoui, apologie directe et publique d'un acte de terrorisme, outrage et rébellion : 10 mois de prison ferme sans mandat de dépôt, 400 euros de DI à la partie civile ; selon un article de presse, cet homme de 31 ans, né à Tunis, s'est présenté ivre dans un commissariat parisien, affirmant avoir été victime d'une agression mais refusant les soins qui lui ont été proposés ; puis il a insulté les policiers, promis de les « *fumer à la kalachnikov* » et cautionné l'un des meurtres de policiers des frères Kouachi en déclarant : « *Sales africains, Allah Akbar, je nique la France, les Arabes sont là* », ajoutant en désignant l'arme de l'un des policiers : « *Ca c'est pas bon, kalachnikov meilleure, je vais vous fumer à la kalachnikov* » ; puis « *C'est bon chef* », en écho aux derniers mots d'Ahmed MERABET, brigadier en poste à la brigade VTT du commissariat du 11^{ème} arrondissement, tué par l'un des frères KOUACHI après l'attaque de Charlie Hebdo, dans des circonstances effroyables dont chacun a pu voir diffusées sur internet : « *C'est bien fait pour sa gueule* »¹¹⁷ ;
- TGI Meaux : 12 janvier 2015, 3 mois ferme sans mandat de dépôt ; selon un article de presse, il s'agit d'une touriste marseillaise âgée de 42 ans, en visite à Eurodisney avec sa fille de 4 ans, accusé d'avoir prétendu, le 10 janvier 2015 (le lendemain des assauts sanglants de Dammartin-En-Goële et dans l'épicerie casher du cours de Vincennes à Paris), alors qu'elle se trouvait dans une chambre du Sequoia Lodge dans le parc d'attraction, être la compagne d'Amédée COULIBALY, alors activement recherchée, et avoir menacé d'un attentat dans un hôtel du parc, lequel avait été évacué ; elle était accusée par un agent de sécurité d'avoir crié à la fenêtre : « *Je suis COULIBALY, je vais poser une bombe* », ce qu'elle contestait, affirmant s'être trouvée à la fenêtre pour fumer une cigarette et ne rien savoir des attentats, n'ayant pas regardé les informations; jugée en comparution immédiate pour communication ou divulgation d'une fausse information dans le but de faire croire à une destruction dangereuse, elle était condamnée à 3 mois sans le mandat de dépôt requis par le procureur, alors que son avocate avait plaidé la relaxe, compte tenu de la « fragilité du dossier » et du « manque de preuves réelles »¹¹⁸ ;

¹¹⁶ Cf. Le Point.fr, 12 janvier 2015, « Apologie du terrorisme : un homme maintenu en détention en attendant son jugement

¹¹⁷ Cf. Charentelibre.fr du 12 janvier 2015 citant une dépêche AFP

¹¹⁸ Idem

- TGI Toulouse, 12 janvier 2015, un jeune homme de 21 ans condamné à 10 mois de prison ferme, avec mandat de dépôt et révocation d'un sursis antérieure de 2 mois, pour apologie du terrorisme, pour avoir clamé, dans le tramway, sa solidarité avec les djihadistes ayant tué 17 personnes en quelques jours à Paris, après que le procureur ait déclaré : « *Nous avons appliqué pour la première fois la loi du 13 novembre 2014. La lutte contre le terrorisme doit se mener à tous les niveaux, c'est l'affaire des citoyens mais aussi des magistrats. Il ne faut pas reculer d'un centimètre* »¹¹⁹ ; ce jeune homme, qui voyageait dans le tramway sans titre de transport, s'en était pris aux contrôleurs en déclarant : « *Les frères Kouachi, c'est que le début, j'aurais du être avec eux pour tuer plus de monde* » ; un autre prévenu, âgé de 23 ans, a été condamné à 10 mois ferme et emprisonné pour violences sur agent, outrage, provocation à la haine, menaces de mort, pour avoir, le vendredi 9 janvier 2015 vers 23 heures, lancé devant des policiers mais pas en public, alors qu'il était en état d'ivresse et faisait l'objet d'un contrôle routier : « *On va tous vous niquer à la kalachnikov* » et « *je vais venir au commissariat pour faire comme à Paris* » ; et un troisième prévenu, palestinien âgé de 24 ans, sans domicile fixe, a été condamné, pour violences sur agent de la force publique et menace, à 3 mois ferme avec mandat de dépôt, après avoir été interpellé à la suite d'une dispute à la sortie d'une boîte de nuit et avoir crié qu'il voulait « *faire le jihad* » et « *tuer les agents à la kalach* »¹²⁰ ;
-
- TGI Valenciennes : 14 janvier 2015, un homme de 34 ans condamné à 4 ans de prison, annulation de son permis de conduire pendant deux ans et privation de ses droits civils et de famille pendant trois ans, pour avoir, lors de son arrestation en état d'ivresse après un accident de circulation, tenu des propos faisant l'apologie des actes de terrorisme, selon le parquet de Valenciennes, déclarant notamment : « *Il devrait y en avoir plus des Kouachi. J'espère que vous serez les prochains... Vous êtes du pain béni pour les terroristes* »¹²¹ ;
- TGI Nantes : 14 janvier 2015, une mineure de 14 ans mise en examen par un juge des enfants pour apologie du terrorisme, pour avoir menacé des contrôleurs dans le tramway de « *sortir les kalachnikovs* »¹²² en leur déclarant précisément : « *On est les sœurs Kouachi, on va sortir les kalachnikovs* » ; le juge des enfants a prononcé une mesure de réparation pénale que l'article ne précise pas ; la jeune fille majeure qui voyageait avec cette mineure a reçu une convocation devant le tribunal correctionnel pour menaces de mort entre les employés de la SEMITAN ;

¹¹⁹ Idem

¹²⁰ Idem

¹²¹ Idem

¹²² Idem

- TGI Paris 23-1 : 14 janvier 2015, SYLLA Moussa, apologie directe et publique d'un acte de terrorisme : 12 mois de prison dont 8 mois SMAE 2 ans, obligation de soins, de travail, d'indemnisation de la victime et d'accomplir un stage de citoyenneté ;
- TGI Paris 23-1 : 15 janvier 2015, BELHOUR Oussama, apologie d'un acte de terrorisme (propos antisémites grossiers « Heil Hitler »...) : 15 mois de prison ferme, mandat de dépôt, interdiction définitive du territoire français, 5 parties civiles recevables¹²³ ; Article du journal Le Monde mentionnant que la procureure a observé ; « *Soit il est complètement fou, soit il est dangereux* », à propos de cet algérien, marié et père de famille en Allemagne où il travaille et dispose d'un titre de séjour, arrêté à Paris pour défaut de papiers, placé en rétention à Vincennes où il a copieusement insulté les policiers : « *Fuck la police, fuck la France* », imité le cliquetis d'une mitraillette en les regardant « *d'un air provocateur* », puis s'en est pris à la femme médecin chargée de l'examiner : « *Tu as les yeux bleus, tu es juive, Hitler n'a pas fini son travail, je reviendrai te tuer* », avant d'agonir à nouveau d'injures l'escorte qui le ramenait au centre : « *Les frères Kouachi ont raison, je les soutiens, je vais mettre une bombe sur les Champs-Élysées* ». La Procureure a requis deux ans d'emprisonnement pour injures, menaces de mort et apologie du terrorisme ;
- TGI Paris 23-2 : 15 janvier 2015, X, apologie du terrorisme, homme aux lourds antécédents psychiatriques qui s'autoproclamait « *fils de Ben Laden* », 3 mois ferme, alors que le procureur avait émis quelques doutes : « *sa place n'est peut-être pas en prison* », avant de requérir néanmoins 4 mois d'emprisonnement, le tribunal condamnant le prévenu à 3 mois ferme avec mandat de dépôt¹²⁴ ;
- TGI Paris 23-1 : 19 janvier 2015, EL BOUCHAHTAOUI Mohamed, apologie d'un acte de terrorisme : 2 mois de prison ferme, mandat de dépôt ;
- TGI Paris 16 : 19 et 20 janvier 2015, Fahd J, accusé d'avoir incité au Jihad, risque 10 ans de prison pour association de malfaiteurs en vue de la préparation d'actes de terrorisme, accusé d'avoir diffusé sur internet (forums et Youtube) des messages violents écrits et filmés, contre la France et le régime de Mohammed VI, roi du Maroc ; il déclare à l'audience que « *le Jihad, c'est défendre son pays comme les Français contre les Allemands* » (son avocat, contacté pour avoir les éléments de fait et la peine finalement prononcée, ne m'a pas encore répondu) ;
- TGI Paris 23-2 : 21 janvier 2015, MENKASHANI Mohamed, idem, 6 mois avec sursis et TIG 210 heures durant 18 mois, exécution provisoire ;

¹²³ Cf. Le Monde, 19 janvier 2015, « Des peines très sévères pour apologie du terrorisme »

¹²⁴ Idem

- TGI Paris 23-2 : 21 janvier 2015, HEFAD Nasser, idem, 6 mois de prison ferme, révocation totale d'un SME de 2 et 10 mois, soit au total 18 mois de prison ferme, mandat de dépôt ;
- TGI Paris 23-2 : 26 janvier 2015, MAHMOUDI, idem, 10 mois avec SME 2ans ; DMILLA Jacques, idem, 6 mois de prison ferme, révocation totale de SME ; KAMBUESCA, idem, 8 mois dont 4 mois avec SME 2 ans ;
- TGI Bourgoin-Jallieu, courant janvier 2015, homme souffrant de déficience mentale ayant déclaré devant des policiers : « Ils ont tué Charlie, moi j'ai bien rigolé », 6 mois ferme pour apologie du terrorisme¹²⁵ ;
- Cour d'appel de Grenoble : 3 juin 2015 ; en première instance, requalification des faits d'apologie du terrorisme en outrage à agent de la force publique ; mais, en appel, réformation et condamnation, à une peine d'amende, pour apologie du terrorisme¹²⁶

6°) Critiques de la jurisprudence en construction :

L'avocat blogueur Me EOLAS écrivait : « *Le gouvernement est en train de profiter de l'affaire Charlie pour faire emprisonner pour des mots. Tout va bien* ».

Amnesty International a lancé une mise en garde aux autorités judiciaires françaises contre la notion « *trop vague* » d'apologie du terrorisme : « *Le risque est grand que ces arrestations violent la liberté d'expression* » a estimé l'association dans un communiqué du 16 janvier 2015, en rappelant que « *la liberté d'expression ne doit pas être réservée à certains. L'heure n'est pas à l'ouverture des procédures inspirées par des réactions à chaud, mais bien plutôt à la mise en place de mesures réfléchies qui protègent des vies et respectent les droits de tous.* »

En deux semaines, du 7 au 19 janvier 2015, 150 personnes ont été interpellées pour apologie du terrorisme¹²⁷ :

Au départ, il y a l'alcool et une interpellation. Comme cet homme, saoul, qui fouillait une voiture à Paris le matin du 13 janvier et a balancé aux policiers qui l'embarquaient : « *Je suis pour ce qu'ont fait les frères Kouachi* ». Ou cet autre qui réagit à la vue d'un uniforme de policier : « *Les policiers méritent de mourir, je suis le fils de Ben Laden* ».

¹²⁵ Idem

¹²⁶ Source Me Sylvain GAUCHE, avocat du barreau de Grenoble

¹²⁷ Journal Libération du 20 janvier 2015, page 5, « Cent cinquante procédures en deux semaines » par Sonya FAURE et Frantz DURUPT

La plupart des personnes interpellées depuis le 7 janvier 2015 et déclarées coupables d'apologie du terrorisme avaient surtout maille à partir avec les forces de l'ordre et pas vraiment le profil de cyber prosélytes du djihadisme.

Ces décisions sévères, prononcées essentiellement dans les 3 semaines ayant suivi les attentats terroristes des 7, 8 et 9 janvier 2015, semblent davantage relever d'une appréciation circonstancielle liée à la menace terroriste que d'une appréciation des faits réellement reprochés, à savoir de simples paroles, et des personnalités de leurs auteurs.

Selon le bilan établi par le ministère de la Justice, recensant 550 affaires et 509 auteurs, dont 72% de majeurs et au moins 126 mineurs, la moitié concerne des faits d'apologie du terrorisme ou provocation au terrorisme (298 affaires), un tiers des atteintes aux personnes (166 affaires), 10% des lieux de culte visés, 7% des faits commis en détention et 10% des faits commis dans ou aux abords immédiat d'un établissement scolaire.

Si 22 affaires ont été classées sans suite et 15 ont fait l'objet d'une procédure alternative aux poursuites, l'essentiel des poursuites ont été diligentées selon la procédure de comparution immédiate, concernant 48% des auteurs, et même 59% des auteurs lorsque les faits étaient en relation avec des personnes dépositaires de l'autorité publique ; par contre, la proportion d'affaires jugées en comparution immédiate n'est que de 38% lorsque seuls des faits d'apologie du terrorisme ou de provocation au terrorisme étaient poursuivis, sans autre infractions.

Sur 132 auteurs condamnés, 93 se sont vus infliger une peine d'emprisonnement ferme, total ou partiel, avec 100 mandats de dépôt recensés.

Pour les faits d'apologie du terrorisme ou de provocation au terrorisme étaient seuls visés, 23 auteurs sur 40 ont été condamnés à une peine de prison ferme, tous avec mandat de dépôt.

Enfin, sur 180 affaires signalées en lien avec les forces de l'ordre (violences sur personnes dépositaires de l'autorité publique, outrages, rébellions), 56 personnes ont subi un mandat de dépôt et 68 personnes ont été condamnées, dont 54 à une peine d'emprisonnement ferme, au moins partiel.

Pour conclure, je souhaite rappeler que la Commission nationale consultative des droits de l'homme a émis, le 25 septembre 2014, un avis unanime sur le projet de loi ayant abouti à la loi du 13 novembre 2014¹²⁸ dont je vous recommande la lecture, que sa présidente, Mme LAZERGES, a ainsi présenté :

¹²⁸ Avis de la C.N.C.D.H. du 25 septembre 2014 sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, à consulter sur www.cncdh.fr

« Notre avis rappelle le nécessaire et délicat équilibre entre la recherche de l'efficacité dans l'adaptation du cadre juridique aux nouvelles menaces pesant sur la France et la préservation - toujours impérative et consubstantielle de notre République - des droits fondamentaux et des libertés individuelles.

Ce qui fait l'honneur de notre République c'est de se concentrer sur ses fondamentaux quand d'autres se nourrissent des peurs.

L'avis rappelle que l'intention du gouvernement et du Parlement est louable dans sa lutte contre les nouvelles menaces terroristes qui pèsent sur la France, ses ressortissants et ses intérêts. Quand des menaces nouvelles apparaissent, il est du ressort et du devoir de l'Etat d'adapter les pratiques administratives, de réorienter des politiques publiques préventives, d'en créer de nouvelles, voire d'ajuster le droit et la procédure pénale.

Mais le devoir de la CNCDH c'est aussi et sans cesse de rappeler les règles de l'Etat de droit, le fait que toute poursuite pénale mérite d'être entourée de garanties procédurales réelles et effectives. Les risques majorés d'attaques terroristes sur le sol français, contre ses ressortissants ou les intérêts de la nation, ne doivent pas conduire à porter atteinte à l'Etat de droit, à le saper.

« Si le curseur protégeant les droits fondamentaux et les libertés individuelles venait à céder du terrain, ce serait là la plus flagrante et durable victoire du terrorisme sur les valeurs que nous portons ».

Didier LIGER

SAF Versailles

Président de la commission pénale de l'AED (Association Avocats Européens Démocrates)