



Antiterrorisme et Etat de droit: menace sur l'action militante?

L'extension de l'antiterrorisme aux activités militantes et à la parole politique menace la démocratie libérale comme espace d'épanouissement des libertés de citoyens dotés du droit et des moyens de s'opposer à la puissance publique. Analyse.

Julie ALIX et Olivier CAHN, professeurs de droit pénal,
université Paris-Nanterre, Centre de droit pénal et de criminologie-CDPC (EA 3982)

La conception française de l'Etat de droit, fondée au début du XX^e siècle sur les travaux de Duguit, Hauriou et Carré de Malberg, combine des dimensions formelle, matérielle et substantielle⁽¹⁾. Formellement, l'Etat de droit implique que, afin de préserver l'individu de la contrainte arbitraire de l'autorité publique, l'Etat agisse au moyen du droit, qui résulte de procédures d'élaboration et de mise en œuvre de la norme juridique fondées sur la séparation des pouvoirs et le respect de la hiérarchie des normes, sous le contrôle d'un pouvoir juridictionnel impartial et indépendant. L'acceptation matérielle assujettit l'Etat selon un principe de limitation de la puissance publique par le droit et des mécanismes garantissant la prééminence du droit. Dans sa dimension substantielle, l'Etat de droit consacre une conception libérale, fondée sur la garantie de la sécurité juridique et des droits fondamentaux, qui limite l'action de l'autorité publique en prohibant les ingérences injustifiées ou disproportionnées dans les droits imprescriptibles des individus.

Comment s'inscrit l'Etat français dans ce triptyque ? Pour Carré de Malberg, la France est un Etat légal plus qu'un Etat de droit dès lors que les limites du contrôle de constitutionnalité ne permettent pas d'assurer pleinement le respect de la hiérarchie des normes. R. Libchaber ajoute que le système français constitue

plutôt un Etat d'administration dans lequel l'exécutif, plus que le juge, est chargé de trancher les questions sociétales importantes. L. Jaume, enfin, montre que le libéralisme français est étatique, et non individualiste, de sorte que l'Etat est appréhendé comme la source et le protecteur des libertés individuelles.

Il en résulte une vulnérabilité particulière des institutions françaises au défi du terrorisme. La réponse étatique à ce qu'Aron définit comme «*une action de violence dont les effets psychologiques sont hors de proportion avec les résultats purement physiques*» doit être d'une grande fermeté pour prévenir le basculement de l'opinion publique vers une demande d'autoritarisme. Mais, paradoxalement, le terrorisme tend un «*piège*» (Badinter) à la démocratie, l'ambition des terroristes étant de pousser l'Etat à renoncer à l'autolimitation dans l'expression de sa puissance, le conduisant à se soustraire aux exigences de l'Etat de droit et à nourrir ainsi le ferment de la violence intercommunautaire.

Des libertés prises avec l'Etat de droit

Depuis les années 1990, la lutte contre le terrorisme se caractérise, en France, par un dispositif procédural dérogatoire et l'anticipation de la répression au stade de la préparation – l'association de malfaiteur terroriste. Le paradigme de l'antiterrorisme a toutefois été restructuré au début des années 2000 sous l'influence de la «guerre contre le terrorisme», déclarée par les Etats-Unis et largement validée par les organisations internationales, puis, en France, de la confrontation au terrorisme islamiste en 2012, pour devenir un *droit répressif de la sécurité*⁽²⁾. D'une part, s'est substituée à la distinction sécurité intérieure/sécurité extérieure, héritée de la Modernité, la doctrine de la sécurité globale qui postule que, pour répondre aux «nouvelles menaces contemporaines», l'Etat est autorisé à déployer l'ensemble des moyens et outils de sécurité – civils et militaires, administratifs et de renseignement ou judiciaires – dont il dispose, selon une pratique utilitariste. D'autre part, la répression pénale du terrorisme s'articule autour, d'abord, de l'anticipation de la répression, y compris au stade

«La jurisprudence judiciaire trahit une tendance marquée à privilégier l'efficacité et la symbolique de la répression sur la légalité de celle-ci. Les autorités de contrôle se conçoivent davantage comme des institutions étatiques chargées d'accompagner les politiques de lutte contre le terrorisme que comme des remparts de l'Etat de droit.»



Aujourd'hui, la qualification « terroriste » d'un acte dépend de la seule décision du procureur de la République antiterroriste d'exercer sa compétence. Ci-contre rassemblement du 26 août 2023 au Champ-de-Mars du « Convoi de l'eau », organisé par Bassines non merci, la Confédération paysanne et les Soulèvements de la Terre.

d'actes préparatoires de faible consistance matérielle et situés très en amont sur l'*iter criminis*⁽³⁾, ensuite, d'une procédure pénale privilégiant l'efficacité opérationnelle au détriment de la garantie des libertés fondamentales et, enfin, d'un abaissement de l'exigence de proportionnalité des peines, ces dernières sanctionnant la dangerosité de l'auteur plutôt que la gravité de l'acte commis⁽⁴⁾. Outre qu'un tel système de répression rompt avec les principes du droit pénal libéral, la combinaison de ces deux doctrines modifie l'équilibre institutionnel et place l'antiterrorisme sous la domination de l'exécutif et des administrations répressives – renseignement, polices spécialisées, parquet national antiterroriste. L'ascendant systémique pris par l'exécutif est facilité par l'abaissement des exigences des autorités de contrôle, mues par une sorte de suivisme – sauf franchissement de la ligne rouge. Ainsi, depuis 2012, le Parlement s'est distingué par une surenchère répressive dans l'élaboration des normes relatives à la lutte contre le terrorisme. Le Conseil constitutionnel, considérant que la lutte contre le terrorisme participe de l'objectif de valeur constitutionnelle de

prévention des atteintes à l'ordre public, opère un contrôle cosmétique des atteintes aux droits fondamentaux. Invoquant de façon parfois rhétorique la gravité des actes de terrorisme, il conclut quasi systématiquement que les atteintes aux droits constitutionnels ne sont pas disproportionnées. Si le Conseil d'Etat conserve une forme d'exigence envers les autorités chargées de lutter contre le terrorisme, ses modalités de contrôle ne s'en analysent pas moins en un « *droit administratif de l'ennemi* » (S. Hennette-Vauchez et S. Slama) qui s'observe dans le contentieux des MICAS⁽⁵⁾ ou dans celui des dissolutions. Enfin, la jurisprudence judiciaire trahit une tendance marquée à privilégier l'efficacité et la symbolique de la répression sur la légalité de celle-ci. Les autorités de contrôle se conçoivent davantage comme des institutions étatiques chargées d'accompagner les politiques de lutte contre le terrorisme que comme des remparts de l'Etat de droit. Soumis au régime de l'Etat de droit dans son acception formelle, l'antiterrorisme s'y inscrit parfois difficilement dans ses dimensions matérielle et substantielle. C'est d'autant plus vrai lorsque

« L'attraction de certaines formes d'action politique dans le champ arbitraire de l'antiterrorisme est aujourd'hui bien plus qu'une "petite musique" entonnée par le ministre de l'Intérieur. Le maintien de l'ordre public est désormais contaminé par les logiques de l'antiterrorisme. »

(1) V.J. Chevallier, *L'Etat de droit*, 7^e éd., LGDJ, 2023.

(2) J. Alix et O. Cahn, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* (RSC), n° 4, 2017, p. 845.

(3) A savoir les différentes étapes que franchit un délinquant dans la commission d'une infraction. L'*iter criminis* sert ainsi à déterminer le stade d'implication d'un individu dans l'accomplissement de son geste.

(4) J. Alix et O. Cahn, « Les procès, révélateurs des mutations de la lutte contre le terrorisme », in *Les 20 ans de l'AJ pénal*, 2023, p. 33.

(5) Mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance.



les pouvoirs constitués⁽⁶⁾ sont tentés d'étendre le champ d'application de la lutte contre le terrorisme à des militants, notamment écologistes, dont les répertoires d'action impliquent ou tolèrent le recours à la violence. De fait, sans que soit formellement réprimé l'écoterrorisme ou appliqué l'arsenal antiterroriste aux activistes violents durant les manifestations, la lutte contre le terrorisme est dorénavant porteuse de menaces avérées et émergentes contre l'action militante.

Des menaces avérées contre l'action militante

Contrairement aux services de renseignements qui ont élaboré une typologie des violences militantes articulée entre la désobéissance civile, la subversion violente, l'action directe et le terrorisme, le juge pénal refuse de préciser la définition du terrorisme et de le distinguer de la violence politique⁽⁷⁾. Ainsi, si l'acte de terrorisme est défini comme une des infractions que l'article 421-1 du Code pénal énumère, perpétrée « *intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* », cela ne suffit pas en soi à distinguer l'acte terroriste de la violence politique perpétrée dans le cadre d'une action militante ou d'un mouvement social⁽⁸⁾. Le refus de limiter le terrorisme aux actes de violences graves contre les personnes crée un dangereux point d'intersection avec certaines formes de délinquance politique. Aujourd'hui, la qualification terroriste dépend de la seule décision du procureur de la République antiterroriste d'exercer sa compétence.

Malgré le fiasco de l'affaire de Tarnac, la sous-direction antiterroriste de la Direction centrale de la Police judiciaire a soumis à des gardes à vue dérogatoires les militants écologistes qui, en avril 2024, ont mené des actions d'intrusion dans des sites de production de Lafarge. Certes, la jurisprudence judiciaire ébauche une timide - mais encore assez floue - distinction entre les actions violentes et celles de désobéissance civile. Depuis 2021⁽⁹⁾, la chambre criminelle impose aux juges du fond saisis d'infractions

(6) Y compris le Parlement: F. Boudié, rapport n° 1824, Ass. nat., 7 nov. 2023; J. Iordanoff et E. Pouliat, rapport n° 1864, Ass. nat., 15 nov. 2023.

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

(8) J. Alix et O. Cahn, *Terrorisme et Infraction politique*, Mare & Martin, 2021.

(9) X. Pin, « Légitimation des infractions expressives : neutralisation de l'incrimination ou atténuation de la peine ? C'est selon... », in *RSC*, n° 4, 2023, p. 817.

(10) Convention européenne des droits de l'Homme.

(11) Direction générale de la sécurité intérieure.

(12) Rapport Boudié, précit.

(13) Art. R. 236-11 s et R. 236-21 s. du Code de la sécurité intérieure ou création d'une fiche S au sein du Fichier des personnes recherchées (FPR).

(14) Crim. 25 avril 2017, E. Dreyer, « Comment le délit d'apologie du terrorisme toute personne qui s'inquiète du sort réservé aux terroristes », *Légipresse* 2017, p. 392.

(15) P. Spinosi, « Terroriste intellectuel », in *La Semaine juridique-édition générale (JCP G)*, n° 14, 2023, p. 438.

(16) En application d'une circulaire du ministre de la Justice et sur dénonciation du préfet.

(17) TJ Lille, 5^e ch. corr., 18 avril 2024, n° 2024-2003 CP-MP c. D.

(18) O. Cahn, « Apologie du terrorisme : résoudre la complexité du monde à coup de bâton de justice », in *Recueil Dalloz*, 2024 (à paraître).

(19) M. Moucheron, « Délit politique et terrorisme en Belgique : du noble au vil », in *Culture & Conflits*, n° 61, 2006, p. 77.

(20) Cons. const., n° 2020-845 OPC, 19 juin 2020, J. Alix, « Aux confins de la répression pénale », in *Recueil Dalloz*, 2020, n° 5.

tions non violentes commises dans un cadre militant de contrôler la proportionnalité de la répression. L'article 10 de la CEDH⁽¹⁰⁾ fonde ainsi un fait justificatif d'exercice de la liberté d'expression politique susceptible d'exonérer de sa responsabilité l'auteur d'une infraction bénigne d'atteinte aux biens au service d'une cause politique, dont le champ est toutefois encore incertain. Par ailleurs, après la manifestation de Sainte-Soline, l'exécutif a, en juillet 2023, désigné le service national du renseignement territorial comme chef de file de la lutte contre la subversion violente. A l'instar de l'antiterrorisme, placé sous le chef de filat de la DGSI⁽¹¹⁾, la lutte contre l'action militante violente est désormais confiée à un service de renseignement, auquel les services de police judiciaire sont de facto subordonnés - impliquant continuum répressif administratif-judiciaire et atteintes aux règles du procès équitable. De son côté, la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement a autorisé la surveillance des activistes dès lors que sont caractérisés « *la vraisemblance d'un risque de violences* », leur caractère collectif ou leur degré de gravité. Depuis mai 2023, elle autorise la surveillance de membres d'ONG ou de partis politiques « *qui, sans prôner la violence, l'acceptent* », ou lorsqu'existe un risque d'atteinte aux biens « *dans un contexte d'aggravation des violences* »⁽¹²⁾ : les fichages politiques en sont corrélativement accusés⁽¹³⁾.

Une menace émergente contre l'action militante

Ultime motif de préoccupation : la pratique judiciaire de l'infraction d'apologie du terrorisme. Née au lendemain des attentats de 2015 sur fond de recrudescence des attentats islamistes, cette pratique procède d'une acceptation extensive des éléments constitutifs de l'infraction, combinant interprétation évanescante de la notion d'apologie, interprétation créative de la publicité des actes et marginalisation de l'élément intentionnel⁽¹⁴⁾.

Dans la période récente, la pratique se meut en dérive et prétend réduire au silence toute parole jugée illégitime, surtout lorsqu'elle interroge les causes du terrorisme⁽¹⁵⁾. C'est ainsi que le secrétaire général de l'Union des syndicats CGT du Nord a été déclaré coupable⁽¹⁶⁾ d'apologie du terrorisme et condamné à un an de prison avec sursis pour avoir publié, après le déclenchement des représailles israéliennes contre les attentats perpétrés par le Hamas le 7 octobre 2023, un tract dans lequel était notamment écrit : « *Les horreurs de l'occupation illégale se sont accumulées. Depuis samedi elles reçoivent les réponses qu'elles ont provoquées.* »⁽¹⁷⁾ Par-delà des faiblesses juridiques que recèle cette décision⁽¹⁸⁾, elle illustre l'usage du droit pénal par les institutions comme un moyen de définir les formes acceptables de l'expression politique⁽¹⁹⁾.

S'il est heureux que le Conseil constitutionnel ait mis un terme aux velléités judiciaires de contourner la censure du délit de consultation habituelle de sites jihadistes en réprimant le recel d'apologie du terrorisme⁽²⁰⁾, l'attraction de certaines formes d'action politique dans le champ arbitraire de l'antiterrorisme est aujourd'hui bien plus qu'une « petite musique » entonnée par le ministre de l'Intérieur. Le maintien de l'ordre public est désormais contaminé par les logiques de l'antiterrorisme.

Les violations des principes de légalité, de proportionnalité et de séparation des pouvoirs qui résultent de cette extension de l'antiterrorisme aux activités militantes sont autant de coups à l'État de droit que seule une définition stricte du terrorisme et un plein contrôle de ses acteurs et modes d'action peuvent corriger. ●