

Paris, le 7 juillet 2017

« Projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme » : observations du Syndicat de la magistrature devant la commission des lois du Sénat

Alors que le Sénat et l'Assemblée viennent d'adopter presque sans débat le sixième projet de loi de prorogation de l'état d'urgence, le gouvernement soumet en parallèle un « projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme », dont l'objet affiché est de se substituer, à terme, à la législation d'exception que représente l'état d'urgence.

La lecture critique de ce texte ne peut dès lors se faire que dans une double référence à l'état d'urgence en vigueur depuis plus de dix huit mois et à un point – hélas – aveugle du débat public : l'architecture antiterroriste existante, du droit pénal à ses développements en matière administrative. Avant de détailler, article par article, les critiques du Syndicat de la magistrature contre ce texte – lesquelles doivent conduire à son retrait pur et simple – certaines affirmations gouvernementales doivent être dès à présent contestées : sur le recours à la procédure accélérée, sur l'impossibilité de sortir de l'état d'urgence et sur la nature globale du projet.

Une urgence procédurale intolérable sur le plan démocratique

Une remarque procédurale s'impose comme un préalable : la dénonciation du recours à la procédure d'urgence parlementaire, qui confisquera à nouveau le débat et privera les parlementaires, et notamment ceux récemment élus, de la capacité d'examiner avec le recul nécessaire ce projet de texte et ses incidences sur les équilibres démocratiques. Le recours à cette procédure accélérée est d'autant plus inacceptable que le calendrier parlementaire est serré et conduira vraisemblablement à concentrer sur la période estivale les débats « utiles ». En matière de législations antiterroristes, cette précipitation a hélas contribué à l'empilement de textes toujours plus dérogoires, votés sans véritable évaluation préalable des dispositifs

existants, de leur nécessité et de leur efficacité. A l'aube d'une nouvelle législature, il est de la responsabilité des parlementaires de refuser d'être ainsi pressés d'adopter une nouvelle loi antiterroriste, à peine une année après deux évolutions majeures, dont nul n'a même examiné l'application : la loi du 3 juin 2016 et la loi du 21 juillet 2016.

L'urgence pour sortir « rapidement » de l'état d'urgence : un marché de dupes

Le gouvernement prétend conditionner la levée – en novembre – de l'état d'urgence à l'adoption de ce texte et en tirer argument pour imposer la procédure accélérée. Il est dès lors indispensable de répéter que l'état d'urgence n'est ni efficace, ni nécessaire pour prévenir des actes de terrorisme. Il peut et doit être levé immédiatement.

Ce sont les enquêtes policières et judiciaires, fondées sur un travail préalable de renseignement, qui permettent de renvoyer devant un juge les personnes contre lesquelles sont réunis des indices graves ou concordants de la commission ou de la préparation d'une infraction. En l'occurrence, les moyens juridiques ne manquent pas – et certains mériteraient d'ailleurs un examen critique – pour une intervention dans le cadre de la loi et de la procédure pénale. Les perquisitions administratives menées en nombre (plus de 4 300) n'ont abouti qu'à l'ouverture de 30 procédures en matière antiterroriste, sans qu'il ne soit démontré de manière transparente que ces enquêtes – pour certaines évoquées dans l'étude d'impact - n'auraient pas pu intervenir dans un contexte intégralement judiciaire. L'exposé des motifs de la 6^{ème} loi de prorogation l'admet, précisant que les mesures administratives n'avaient pas nécessairement « *permis à elles seules de justifier l'ouverture de la procédure* », dans ces trente hypothèses. A titre d'exemple entre novembre 2015 et novembre 2016, tandis que seules 20 enquêtes étaient – partiellement – imputables à l'état d'urgence, 170 procédures d'information judiciaire avaient été ouvertes par le parquet de Paris.

A l'inverse, l'état d'urgence, régime d'exception, a produit et continue à produire des dérives largement documentées. La très grande majorité de ces perquisitions a donc, soit été détournée de son objectif initial dans un effet d'aubaine pour les services de police, soit visé des personnes contre lesquelles aucun élément n'a pu être mis à jour, à raison de leur pratique religieuse réelle ou supposée ou de leur fréquentations. Ces personnes ont subi l'intrusion violente des services de police à leur domicile et ces perquisitions ont causé des dommages de long terme, tant sur le plan psychologique que dans leur entourage, générant une suspicion à leur égard malgré l'absence de suites. En démocratie, il ne peut être déduit du nombre plus faible des intrusions récentes (137 mesures de perquisitions en 5 mois) « *le caractère relatif de l'atteinte aux libertés publiques* » comme le fait de manière éhontée l'exposé des motifs du projet de loi prorogeant l'état d'urgence. Le nombre des atteintes, qualifié de mesuré, n'est pas de nature à relativiser le fait que chaque atteinte est contraire aux principes fondamentaux. Cet exposé des motifs entretient d'ailleurs un rapport singulier aux chiffres, ajoutant qu'il « *serait réducteur d'apprécier l'utilité de cette*

mesure par le seul prisme de leur nombre », le ratio de 30 procédures pour 4300 perquisitions étant évidemment des plus gênants.

Les assignations à résidence et les interdictions de séjour ont été le foyer des mêmes dérives : entre les militants politiques (lors de la COP 21 ou de la mobilisation contre la loi travail) et les personnes assignées à raison de leurs pratiques religieuses, plus de 400 personnes ont été privées – souvent durablement – de liberté. Près de 70 personnes sont encore assignées aujourd’hui, dont plusieurs depuis plus d’un an, sans qu’aucun indice grave ou concordant d’une des nombreuses infractions terroristes (de préparation ou de soutien) n’ait été réuni contre les personnes concernées.

Les recours juridictionnels n’ont pourtant pas prospéré : le journal Libération a ainsi révélé les premières conclusions d’une étude du CREDOF (Centre de recherche et d’études sur les droits fondamentaux), qui sera publiée à l’automne. Analysant l’intégralité des décisions rendues, cette étude souligne le faible taux de recours des personnes visées et le faible succès des recours. Si 21% des requêtes trouvent une issue favorable, *« une partie d’entre elle consiste en une suspension uniquement partielle, qui ne remet pas en cause la décision concernée »*. L’explication réside, pour les chercheurs du CREDOF, dans le fait que les juges administratifs ont appliqué un *« contrôle de proportionnalité de façade »*, sur des décisions fondées dans près de la moitié des cas sur les seules *« notes blanches »* des services de renseignement, peu étayées et non sourcées.

Cette analyse ne traduit pas la justesse de l’état d’urgence : elle démontre au contraire que les prétendus *« garde-fous »* ou garanties procédurales de la loi du 3 avril 1955 ne constituent pas des voies de recours effectives. Dès lors que le texte confère au pouvoir exécutif un pouvoir exorbitant sur des bases définies de manière très vagues, que les juridictions admettent des modes de preuve dégradés (les notes blanches, contre lesquelles la défense est entravée) et une utilisation des mesures de l’état d’urgence à des fins opérationnelles (contre les militants politiques pendant les grands événements pour ne pas *« distraire »* les services de police), la démonstration est faite de l’impossibilité d’un contrôle réel – quel que soit le juge - dans un tel contexte.

Au demeurant, la France a, hélas, subi plusieurs attentats durant le temps de l’état d’urgence et même depuis l’importation, par la loi du 3 juin 2016, aggravée par la loi du 21 juillet 2016, de certaines mesures de l’état d’urgence dans le droit commun (notamment les assignations à résidence).

L’état d’urgence est donc un dispositif inefficace et dangereux auquel il est urgent de mettre un terme, sans que la sécurité collective n’en soit amoindrie. Celle-ci réside en réalité dans un travail moins visible et de plus long terme des services de renseignement, de police judiciaire et des magistrats en charge de ces contentieux complexes, selon des règles procédurales clairement définies en référence à des infractions pénales.

La focalisation sur l'état d'urgence éclipse les moyens juridiques existants dans le droit pénal antiterroriste : il est saisissant de constater que les débats autour de sa nécessité négligent quasi systématiquement de rappeler les propriétés de l'architecture pénale en la matière. Or, l'arsenal pénal antiterroriste français est l'un des plus développé en Europe : centralisé à Paris et fonctionnant en lien étroit avec les services de renseignement, doté de pouvoirs dérogatoires accrus par l'accumulation des textes (régime propre aux techniques d'enquête et de surveillance incluant des possibilités de perquisitions, de surveillance informatique et autres techniques policières élargies, durées de garde à vue et de détention provisoire allongées, régime des peines alourdi), il adopte une logique très majoritairement préventive. En effet, par exception, le droit pénal et l'activité judiciaire antiterroristes se caractérisent par la centralité des infractions préparatoires ou de soutien : association de malfaiteurs à visée terroriste, entreprise terroriste individuelle depuis la loi du 13 novembre 2014 et autres infractions de financement ou de préparation du terrorisme. Ces incriminations pénales sanctionnent des actes terroristes en préparation, sans requérir la caractérisation d'un fait accompli. L'association de malfaiteurs à visée terroriste, retenue dans plus de trois quarts des procédures judiciaires ouvertes, est caractérisée par la seule entente formée en vue de commettre un acte de terrorisme (par référence à une liste très large d'infractions), constituée par des actes préparatoires qui peuvent n'avoir rien d'illégal en eux-mêmes. Une manifestation supplémentaire de cette tendance est l'instauration d'un délit de consultation habituelle de sites djihadistes, dans lequel l'élément intentionnel du délit se réduit à rien : censuré par le Conseil constitutionnel pour cette raison, il a été immédiatement réintroduit par le législateur, avec une clause de style censée répondre à la critique. La jurisprudence a admis une appréciation très large de ces infractions pénales, au point de s'éloigner assez radicalement des principes directeurs du droit pénal. Cette évolution, si elle mérite une critique déterminée, n'en est pas moins une réalité qui doit être prise en compte au stade législatif. A droit constant, il est ainsi faux de prétendre que seul l'état d'urgence, ou l'action de police administrative serait en capacité d'intervenir pour "prévenir" un attentat, et non les outils relevant du judiciaire. Quotidiennement, les procureurs et juges d'instruction antiterroristes dirigent des enquêtes visant des personnes pour les projets qu'elles élaborent et non pour des actes déjà commis.

Une différence fondamentale, de nature, demeure avec l'état d'urgence et avec les mesures antiterroristes administratives (interdiction administrative de sortie du territoire, assignation administrative à résidence, retenue pour des contrôles administratifs) : les règles de procédure pénale sont dérogatoires mais clairement définies, elles organisent le débat contradictoire (au stade de la mise en examen puis tout au long de la procédure) sous le contrôle d'un juge indépendant et assurent que les éléments de preuve sont recueillis et compilés dans une procédure écrite et – en principe – intégralement soumise aux parties. Les auteurs des procès verbaux sont identifiables, de même que les témoignages, la retranscription répond à des exigences précises. Ces garanties sont certes en recul, compte tenu de l'extension des procédures d'enquête anonymisées ou de recueil des témoignages sous X, mais elles existent.

Un projet de contamination de l'état d'urgence

Tout en liant absolument la sortie (différée) de l'état d'urgence et le présent projet de loi, le gouvernement prétend que ce dernier se distingue par nature de ce régime d'exception, au motif qu'il aurait défini une « cible » restreinte : les terroristes. Cette affirmation doit être ici déconstruite : la continuité entre l'état d'urgence et le présent projet est évidente.

Il est d'abord étonnant de constater la dérive argumentative du gouvernement. Hier, l'état d'urgence était défendu dans les discours publics comme une exception raisonnée, ordonnée au nom de la lutte contre le terrorisme et ne s'appliquant donc qu'aux suspects de terrorisme, ce qui était supposé en assurer la légitimité. Cet argumentaire n'est pas repris aujourd'hui : l'état d'urgence – pour autant proposé à une prorogation à l'identique – sert de repoussoir. Dans l'analyse, la spécificité du présent projet de loi tiendrait à sa focalisation sur le terrorisme et non plus sur la sécurité et l'ordre publics.

Sur un plan formel, les critères de recours aux mesures d'assignations et de perquisitions ont été redéfinis et le terme de « terrorisme » apparaît désormais clairement. Mais il est insoutenable de prétendre s'appuyer sur un usage abusif de l'état d'urgence – en dehors de la « pure » lutte contre le terrorisme – pour prétendre à un resserrement des critères. Puisque, de l'aveu gouvernemental, l'état d'urgence n'aurait jamais dû être utilisé contre des personnes ne relevant pas du soupçon de terrorisme, alors, un nouveau texte visant ces seules personnes n'est pas radicalement différent de l'état d'urgence.

La filiation entre les conditions de recours aux mesures de l'état d'urgence et celles du présent projet de loi est claire. Elles relèvent de la même logique administrative et préventive : ce qui est en cause, c'est un comportement, une attitude, une simple relation habituelle ou une adhésion privée, ce n'est pas un acte positif d'infraction à la loi pénale.

Quant aux mesures elles-mêmes, elles ne diffèrent pas de celles de l'état d'urgence. Au moment de l'adoption de la loi du 3 juin 2016, le précédent gouvernement assumait bien plus explicitement l'intégration dans le droit permanent de pouvoirs relevant de l'état d'urgence : les assignations à résidence pour les personnes de retour d'un théâtre d'opérations terroristes et les retenues administratives pour procéder à des vérifications. Aujourd'hui, le discours procède par minoration : en témoigne le choix sémantique de disqualifier les assignations en « mesures individuelles de surveillance » et les perquisitions en « visites et saisies ».

Pourtant, il ne fait aucun doute que ces mesures sont la reproduction à l'identique, ou quasi à l'identique, des mesures de l'état d'urgence et qu'elles viseront les mêmes individus. Les près de 70 personnes encore assignées aujourd'hui sous le régime de l'état d'urgence seront, à n'en pas douter, les cibles de ces mesures à

venir. Interdiction de quitter un territoire défini par le ministre de l'intérieur, pointage ou port d'un bracelet électronique mobile, obligation de déclarer ses déplacements, ses identifiants : le dispositif est bien similaire à celui de l'état d'urgence dans sa nature. Il n'en diffère que par l'abaissement, très relatif, du degré de contrainte. En réalité, cette diminution est elle-même discutable : une contrainte lourde mais – en théorie du moins – temporaire et exceptionnelle est-elle réellement supérieure à une contrainte légèrement moindre mais applicable de manière permanente sans caractère exceptionnel ?

L'analyse des perquisitions aboutit évidemment à la même conclusion : la juxtaposition des deux textes (de l'état d'urgence et du présent projet de loi) est à cet égard éclairante. Le mécanisme y est strictement identique, à l'exception de l'introduction surprise - et concrètement indolore pour l'administration - du juge des libertés et de la détention.

L'étude d'impact reconnaît implicitement l'identité entre les mesures de l'état d'urgence et celles de ce projet de loi, puisqu'il est question de permettre aux services de continuer à user de certaines pratiques de « déstabilisation des réseaux terroristes » et de recueil d'informations. La perquisition a pour objectif l'accumulation de données informatiques hors des procédures judiciaires et l'assignation à résidence pour effet d'entraver concrètement la liberté de circulation et d'ainsi faciliter la surveillance de personnes contre lesquelles aucune procédure judiciaire n'a été ouverte.

Les « périmètres de protection », qui constituent en réalité des périmètres de surveillance (autre élément de novlangue) sont tout autant le prolongement des mesures de contrôle d'identité et de fouilles pouvant être ordonnés par les préfets dans le cadre de l'état d'urgence, avec quelques variations. En moins, la possibilité de contrôler l'identité, mais, en plus, l'extension des agents compétents pour procéder aux fouilles (police municipale, sécurité privée) et surtout la possibilité d'expulser de l'espace public une personne qui refuserait de s'y soumettre.

Le présent projet de loi procède bien à une normalisation de l'état d'urgence par sa contamination dans le droit permanent. Il approfondit la brèche ouverte en la matière par la loi du 3 juin 2016, et ouvre la voie à de nouveaux élargissements futurs, comme le démontre l'histoire des législations en la matière. A titre d'exemple, l'assignation à résidence introduite dans la loi du 3 juin 2016 a vu sa durée prolongée à peine un mois plus tard, dans la loi du 21 juillet 2016.

L'introduction du juge judiciaire ne change rien à l'affaire

L'un des arguments invoqués pour prétendre à une différence de nature entre l'état d'urgence et le présent projet de loi tient dans l'action du juge judiciaire. Cet argument ne mérite d'être examiné que pour les perquisitions (visites et saisies) : concernant les autres mesures, l'autorité judiciaire, prise en la personne du procureur de la République, est seulement informée, comme elle l'est déjà dans l'état d'urgence

pour des raisons (de coordination et de prise en charge des suites judiciaires éventuelles) plus opérationnelles que principales.

Ainsi donc, le juge des libertés et de la détention (JLD) a-t-il été introduit pour autoriser les perquisitions, dont le statut devient indéfini. Relevant pleinement de l'autorité judiciaire mais demeurant sur proposition administrative, les informations recueillies (notamment informatiques puisque c'en est, au fond, la raison d'être) sont destinées à une exploitation administrative par les services de renseignement, sauf identification d'une infraction pénale. Surtout, le critère d'intervention du JLD est identique à celui des assignations, mesures de police administrative, et sort donc de la trame de l'intervention judiciaire ; la référence à une infraction à la loi pénale se voit remplacée par la logique spéculative de la police administrative. Si l'intervention systématique et a priori d'un juge indépendant restreint en principe le pouvoir de l'administration, son contrôle s'opère sur des bases et dans des conditions qui contredisent dans les faits cette restriction. Dès lors que le critère d'autorisation est vague et spéculatif, le contrôle juridictionnel l'est tout autant, outre qu'il se fonde sur des exigences probatoires dégradées.

C'est la raison pour laquelle le Syndicat de la magistrature estime que l'introduction opportuniste du juge des libertés et de la détention ne sauve pas les perquisitions administratives. A l'inverse, en tirant l'autorité judiciaire dans la logique putative propre à ces nouvelles mesures de police administrative, le texte produit une hybridation dangereuse, qui accélère un basculement à l'œuvre depuis plusieurs années. Dans un numéro récent des Archives de politique criminelle, consacré au terrorisme en 2016, Pierrette Poncela a ainsi bien identifié les mécanismes par lesquels l'autorité judiciaire devient un « accessoire » de la répression administrative et une forme de « soumission du judiciaire au politico-administratif »¹.

Qu'elle intervienne pour autoriser des mesures de police administrative ou pour réprimer le non respect de ces mesures (les assignations notamment), l'autorité judiciaire se perd dans cette mission. Pierrette Poncela identifie ainsi clairement « *la naissance d'infractions administrativo-pénales pour lesquelles le droit pénal est sous la dépendance de l'activité d'autorités administratives et l'accessoire de mesures de sécurité administrative* ».

Ce mouvement double met en péril le droit à la sûreté : le droit pénal empiète sur le domaine de la police administrative par les incriminations et interventions préventives, tandis que se développe une police administrative clairement répressive, toujours plus étendue, qui tente d'asseoir certaines des mesures les plus restrictives de libertés sur un contrôle illusoire du juge judiciaire.

Un projet qui s'intègre dans un basculement plus large et dangereux

¹ P. Poncela, Les naufragés du droit pénal, in Archives de politique criminelle n°38, 2016

Les dernières évolutions législatives – et le présent texte – organisent un basculement, une évolution radicale de la police administrative. Les pouvoirs confiés aux autorités exécutives sont d'une nature particulièrement intrusive ou privative de droit. Qu'il s'agisse de la possibilité d'interdire à un citoyen français de quitter le territoire français, à un étranger d'y pénétrer, à une information d'être accessible sur un site internet (mesures introduites dans la loi du 13 novembre 2014) ou des assignations et retenues administratives (prévues par la loi du 3 juin 2016), un cran a clairement été franchi.

Traditionnellement attachée à des comportements collectifs – bien plus rarement individuels – susceptibles de générer des troubles à l'ordre public (selon une vision déjà spéculative), la police administrative voit son champ déplacé vers un trouble toujours plus virtuel, qui réside dans la personne censée le causer plus que dans sa caractérisation, elle-même étant de plus en plus souvent éludée, ainsi que le soutient Maxence Chambon².

Inspirée par un principe de précaution incompatible avec la matière à laquelle il s'applique, cette évolution constitue une rupture fondamentale avec les principes démocratiques de l'intervention étatique, fondée sur un droit pénal d'interprétation stricte et une police administrative mesurée.

C'est bien la mise en garde qu'opérait Mireille Delmas Marty dans une interview au Monde en avril 2016 « *l'anticipation dans le domaine pénal ne doit pas être sans limite. Il est nécessaire de tenter de prévenir le crime quand le risque est avéré, mais il est discutable d'intervenir en amont quand le risque est incertain* ». La même observation vaut évidemment pour le droit pénalo-administratif qui poursuit son dangereux développement.

Une nécessité : refuser ce texte aux implications lourdes et repenser l'architecture dans son ensemble

L'étude qui suit a vocation à expliciter, disposition par disposition, les raisons pour lesquelles ces mesures ne sauraient être introduites dans notre droit. Le rejet de ce texte s'impose donc, sans qu'une logique d'amendement ne puisse faire sens. Surtout, l'urgence est à la réflexion d'ensemble sur les dispositifs antiterroristes, plutôt qu'à la précipitation vers l'empilement de dispositifs aux conséquences lourdes pour les équilibres démocratiques. C'est bien la prudence à laquelle invitait la Cour européenne des droits de l'Homme lorsqu'elle affirmait que les Etats ne sauraient prendre, au nom de la lutte contre le terrorisme, n'importe quelles mesures jugées par eux appropriées, car elles prenaient le risque de saper les fondements de la démocratie au prétexte de la défendre.

² M. Chambon, "Une redéfinition de la police administrative", in J. Alix et O. Cahn, L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques, Actes du colloque de Lille des 9 et 10 février 2017, Dalloz, "Thèmes et commentaires", (à paraître, septembre 2017)

L'analyse du texte article par article sera ici classée en deux grandes catégories : les mesures dites « ciblées » et celles qui relèvent de formes de surveillance indifférenciées.

I. Les mesures dites ciblées : assignations, perquisitions et fermetures de lieux de culte

Sur les assignations (« surveillance et les autres obligations individuelles » article 3)

Cet article introduit définitivement le mécanisme de l'assignation administrative à résidence dans le droit commun. Il étend le dispositif introduit à l'article L 225-1 du code de la sécurité intérieure par la loi du 3 juin 2016 et aggravé par la loi du 21 juillet 2016, qui prévoyait une assignation à résidence pour une durée d'un mois, renouvelable deux fois, des personnes revenant d'un théâtre d'opération de groupements terroristes (non mis en examen et non suspectés d'une infraction pénale).

Déjà à l'occasion de l'examen de ce texte, le Syndicat de la magistrature dénonçait le déplacement grave opéré par la création de ces mesures administratives répressives, consistant à soumettre à des mesures privatives ou restrictives de libertés des personnes auxquelles aucune infraction pénale n'est reprochée. Il rappelait que ces mesures individuelles, inspirées d'un dangereux principe de précaution, bafouent les droits et libertés des personnes, aucun des prétendus garde-fou (critère, durée, possibilité d'un contrôle juridictionnel a posteriori) n'assurant les garanties minimales indispensables dans une démocratie.

Le texte prévoit la possibilité d'une assignation (l'expression minorée de surveillance ne devant pas éclipser la réalité concrète de la mesure) par le ministre de l'Intérieur :

- dans un périmètre déterminé (au minimum la commune)
- avec pointage périodique (au plus une fois par jour, potentiellement tous les jours de la semaine)
- pour une période de 3 mois renouvelable (sans que le texte ne limite le nombre de renouvellements possibles, au point que rien ne vient borner dans la durée ces assignations).

Contrairement aux allégations de « resserrement » du critère de l'assignation administrative, celui-ci est très concrètement élargi dans la mesure où il énonce un objectif général (la prévention des actes de terrorisme et plus seulement pour le retour de théâtre d'opérations) puis vise des situations toujours plus éloignées de la commission d'une infraction terroriste.

Dans ces conditions, la logique consistant, dans l'étude d'impact, à justifier que la durée maximale des obligations ainsi définies soit plus longue que dans le cadre du retour d'un théâtre d'opération, apparaît très largement contre-intuitive : la mesure vise des situations moins restrictivement définies, et sa durée est allongée...

En effet, la personne visée peut relever de deux catégories, sous des conditions communes. La mesure doit être prise « aux fins de prévenir des actes de terrorisme » et il s'agit d'une personne dont « il existe des raisons sérieuses de penser » (et non des indices, critère plus précis figurant dans le code de procédure pénale) que « son comportement » (et non ses actes) constitue « une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics », cette dernière notion étant très large.

Il s'agit peu ou prou de la définition retenue par l'article 6 de la loi relative à l'état d'urgence, laquelle a été étendue de manière extensive puisque des motifs dits « opérationnels » de prévention du terrorisme, ont permis de soumettre à cette mesure des personnes sans lien aucun avec des filières terroristes (militants politiques par exemple, un tel dévoiement ayant été validé par le Conseil d'Etat à l'occasion de la COP 21).

Outre ces conditions, la personne doit correspondre à l'un des critères suivants :

- la personne « qui entre en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme » : cette disposition vise de manière disproportionnée l'entourage de personnes ou même d'organisations (alors même que le droit pénal français ne connaît pas de liste d'organisations terroristes) sur la base d'activités qui ne relèvent pas uniquement de la participation à des actes de terrorisme mais aussi de l'incitation ou de la facilitation, deux notions très vagues. Il convient de relever que le texte ne définit nullement sur quelle base le ministre de l'Intérieur estimera cette participation/incitation/facilitation établie. Cette notion de relation habituelle est en outre ici exclusive d'une manifestation quelconque d'adhésion, encore moins d'une action à caractère terroriste, de sorte qu'il est loisible de penser que le Conseil constitutionnel serait amené à la censurer, en application de sa jurisprudence du 10 février 2017 sur QPC (DC2016-611 QPC). L'étude d'impact évoque notamment la proximité de personnes ayant fait l'objet de mesures administratives (assignations, perquisitions, qu'elles relèvent de l'état d'urgence ou du « droit commun »), au point pour l'administration de déduire l'existence de raisons sérieuses de ses propres décisions et non d'éléments factuels, dans une dangereuse circularité.

- la personne « qui soutient ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme en France ou à l'étranger ou faisant l'apologie de tels actes » : le lien avec des actes de terrorisme est ici extrêmement distendu puisqu'il est largement question de convictions (soutien ou adhésion) portant sur des « thèses » elles-mêmes relevant de l'incitation ou de l'apologie du terrorisme. La méthode utilisée pour établir ces « soutiens » ou « adhésions » amplifiera encore le risque de mesures liberticides, d'autant que l'étude d'impact vise, non pas des adhésions

exprimées publiquement mais bien celles réservées au cercle privé. Comment s'opérera alors l'objectivation de cette adhésion et de quels éléments disposera, a posteriori, le juge administratif ?

De surcroît, l'affirmation contenue dans l'étude d'impact, selon laquelle doit être rapportée la preuve d'une radicalisation – au demeurant largement indéfinissable – pour faire l'objet de ces mesures est fautive : ce critère ne résulte pas des différentes conditions posées, notamment parce que faire partie de l'entourage d'une personne soupçonnée d'actes de terrorisme ne permet pas de considérer que l'on est radicalisé à cette fin.

La possibilité, pour le ministre de l'Intérieur, c'est-à-dire pour l'Exécutif, d'ordonner des mesures entraînant des privations concrètes et bien réelles de liberté sur de telles bases, est d'autant plus disproportionnée que le droit pénal antiterroriste comprend déjà une série d'infractions de soutien au terrorisme très largement définies.

A l'occasion de sa décision du 10 février 2017, sur question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a ainsi utilement rappelé l'existence des infractions pénales d'association de malfaiteurs à visée terroriste (sanctionnant des actes préparatoires), d'incitation au terrorisme (par offres, promesses, menaces ou pressions, prévue par l'article L 421-2-1 du code pénal), de provocation ou d'apologie du terrorisme (article L 421-2-5 du code pénal) et d'entreprise individuelle terroriste (article L 421-2-6 du code pénal, lui-même partiellement censuré pour l'imprécision de l'un de ses éléments constitutifs). Le droit pénal antiterroriste comporte d'ailleurs d'autres infractions relevant soit du financement du terrorisme, soit même de la simple non justification de ressources.

Le gouvernement tente de justifier l'opportunité de ces mesures dans l'étude d'impact en produisant quelques chiffres, qui ne font aucunement la lumière sur la mise en œuvre des mesures d'assignation à résidence prononcées sous l'empire de l'état d'urgence. Cette transparence des données, d'ailleurs réclamée par un collectif auquel appartient le Syndicat de la magistrature dans un courrier à l'ancien Premier ministre, Bernard Cazeneuve, n'a jamais été obtenue.

Les données partiellement rendues publiques dans le cadre du contrôle parlementaire de l'état d'urgence réfutent la judiciarisation massive des assignés à résidence alléguée dans l'étude d'impact. C'est d'ailleurs au travers d'un exemple particulier, celui de « S, ressortissant albanais », que le gouvernement tente de faire la démonstration du bien fondé de la mesure par le recueil de renseignements permettant ensuite de « judiciariser » la situation.

Si on examine précisément les critères permettant de recourir à ces assignations administratives à résidence, les deux types de motifs n'étant pas cumulatifs, le régime est en réalité plus large que celui issu de l'état d'urgence.

Il étend par ailleurs une mesure contenue dans le texte issu de la première loi de prorogation de l'état d'urgence de novembre 2015, à savoir la possibilité de soumettre les personnes assignées à une mesure de placement sous surveillance électronique mobile. A notre connaissance jamais mise en œuvre - à raison de son caractère anticonstitutionnel évident - cette mesure de privation majeure de liberté paraissait insusceptible d'être appliquée dans la mesure où elle exige l'accord de la personne. Cette condition, classique et naturelle en matière de surveillance électronique, paraissait initialement faire obstacle à son utilisation, mais on peut imaginer que certaines personnes céderont, afin d'être assignées dans un périmètre plus large (puisque le périmètre minimal est alors fixé au niveau du département, et non plus de commune et que l'intéressé n'est alors soumis à aucun pointage). La disproportion est pourtant manifeste : rappelons qu'en droit commun, les mesures de placement sous surveillance électronique mobile (avec localisation en permanence pour déterminer si l'intéressé pénètre des zones interdites) sont réservées à des personnes condamnées pour certains crimes parmi les plus graves, dans le cadre de mesures de sûreté ou d'exécution d'une mesure d'aménagement de peine, donc sur décision du juge judiciaire.

La prétendue limitation du « pistage » à la seule identification de l'entrée dans des zones interdites, à l'exclusion d'une géolocalisation en temps réel est largement illusoire dans les faits. La technologie permettra évidemment ce pistage continu de sorte que de telles utilisations ne peuvent être exclues, l'assignation permettant alors de contourner les dispositions légales relatives à la géolocalisation en matière de renseignement.

D'autres mesures de surveillance et de contrôle sont prévues par le texte. Ainsi, le nouvel article L 228-4 du code de la sécurité intérieure emporte deux types d'obligations distinctes.

La première consiste à déclarer ses identifiants de tout moyen de communication électronique, ainsi que tout changement d'identifiant. Une telle disposition a été rejetée par le Parlement lors de l'adoption de la loi du 3 juin 2016, car elle contredit le droit des personnes à ne pas s'incriminer, certes peu explicite en droit français (en dehors des auditions et de l'audience pénale) mais qui ressort clairement de la jurisprudence européenne.

Cette mesure constitue un moyen, assumé dans l'étude d'impact, de contourner les dispositions juridiques existantes pour la surveillance numérique, en privilégiant une logique d'efficacité. Concrètement, les données ainsi recueillies sont destinées à faciliter le travail de surveillance et, potentiellement, à contourner certaines procédures d'identification en matière d'usage des techniques de renseignement, pour ensuite mettre en œuvre des mesures plus intrusives.

La seconde consiste à imposer des interdictions de contact (relation directe ou indirecte) avec des personnes désignées « dont il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre

publics ». Encore une fois, l'exigence de rattachement au terrorisme s'efface pour laisser la place au critère bien plus vague de sécurité et d'ordre publics.

Enfin, dans les hypothèses où la personne ne serait ni assignée à résidence, ni placée sous surveillance électronique mobile, le ministre de l'Intérieur pourrait faire obligation de déclarer son domicile et tout changement de domicile et de signaler les déplacements à l'extérieur d'un périmètre (au minimum le périmètre d'une commune).

Ces obligations peuvent être prononcées pour une durée de six mois, renouvelable (sans limitation textuelle du nombre de renouvellements, ni limitation de fait comme c'est le cas sous état d'urgence à la date des lois de prolongation), sur la base « d'éléments nouveaux », ou seulement « complémentaires ».

Aux termes de l'article L 228-5 du CSI, la décision doit être écrite et motivée, avec une phase contradictoire postérieure à sa notification, d'une durée de huit jours. Il convient de noter que cette phase contradictoire n'est pas préalable à la décision et n'implique pas un vrai débat.

Le Syndicat de la magistrature rappelle son opposition à ces mesures de facto privatives de libertés, prononcées sur des bases bien trop vagues, non rattachées à des indices graves ou concordants de la commission d'une infraction pénale (même préparatoire au terrorisme), sans débat contradictoire préalable devant un juge indépendant, sans être fondées sur une procédure contradictoirement discutée.

Il souligne le fort risque d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité de ces mesures, au regard du droit à la sûreté prévu par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme, des principes de légalité et de nécessité des délits et des peines prévus aux articles 7 et 8, et de l'article 66 de la Constitution. En effet, bien que le gouvernement mette en avant la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les assignations à résidence, les mesures telles le pointage quotidien, l'interdiction de sortir de la commune, le port du bracelet électronique ne peuvent être regardées de la même manière lorsqu'elles sont prévues dans le droit commun et non dans le régime « exceptionnel » et temporaire de l'état d'urgence. D'autre part, la CEDH exercera la plénitude de ses attributions en ce qui concerne ces dispositions, contrairement à celles prises en vertu de l'état d'urgence.

Le fait de subordonner le placement sous surveillance électronique à un accord de la personne, sous la menace potentielle d'une assignation plus restrictive (au niveau de la commune, avec pointage), accord qui la privera de pouvoir faire, comme dans les autres mesures, des observations suite à la notification de la décision (par exemple sur les modalités) peut aussi être questionné.

Le Syndicat de la magistrature conteste l'instrumentation de l'autorité judiciaire, qui est simplement « informée » de ces mesures (en la personne du procureur de la République de Paris) puis invitée à condamner - sévèrement - les personnes ayant manqué aux obligations administratives ainsi imposées. En effet, l'article L 228-6 du

code de la sécurité intérieure prévoit une peine de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende pour tout manquement à ces mesures administratives. L'objectif est clair : alors que rien ne permet de retenir une quelconque infraction pénale (même préparatoire), la mesure administrative crée les conditions de la commission d'un délit et ouvre la voie à une incarcération, sur la base de cette infraction pénalo-administrative.

Olivier Cahn, dans un article publié en 2016 résume ce dispositif en ces termes : « *l'ambition sous jacente, moralement déplorable mais empiriquement efficace, est qu'un individu contre lequel on ne dispose pas d'élément suffisant pour lui infliger une sanction pénale, mais dont l'indiscipline constitue une nuisance pour la communauté, va éprouver des difficultés à se conformer aux mesures qui lui sont infligées, et qu'en conséquence, il va y manquer, offrant aux autorités un motif pour en débarrasser la collectivité par la prison* ». ³

Sur les perquisitions administrative (« visites et saisies », article 4)

Le texte prévoit de transposer dans le droit commun le régime des perquisitions administratives de l'état d'urgence, aux fins de prévenir des actes de terrorisme, fondées sur les critères identiques à ceux posés pour les mesures d'assignation précédemment exposés et critiqués.

Le motif de la perquisition est tiré de ce qu'il existe « des raisons sérieuses de penser » qu'un lieu, y compris un domicile (à l'exclusion de certains locaux protégés à raison de certaines fonctions - parlementaires, avocats, magistrats, journalistes) est « fréquenté par » une de ces personnes.

De fait, les décisions de perquisitions pourront être prises - comme cela a été constaté durant l'état d'urgence - sur la base de vagues suspicions, de dénonciations infondées, dès lors que les critères inscrits dans la loi sont extensifs et imprécis.

Le fait d'introduire une autorisation par ordonnance motivée du juge des libertés et de la détention (JLD) de Paris, communiquée au parquet de Paris, pour ces visites, ne constitue aucunement une garantie. Le problème réside assurément dans les critères permettant de recourir à ces mesures et les modes de preuves qui seront rapportées par l'administration, qui portent en germes ces dérives. De plus, une hybridation est à l'œuvre, qui constitue un brouillage inédit des principes assurant jusque là le respect du droit à la sûreté : le droit pénal et la procédure pénale, édifiés sur le fait de ne pouvoir priver quelqu'un de sa liberté que lorsque des preuves sont rapportées de son implication dans la commission de faits précisément définis, sont en train de régresser au profit d'un droit « *malmené, défiguré* » (pour paraphraser Christine Lazerges), dans lequel est confié au juge, en raison de la

³ O. Cahn, « Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre ». Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi », in Archives de politique criminelle, n°38, 2016.

gravité des atteintes aux libertés permises, le pouvoir d'autoriser des privations de libertés sur la base de textes n'apportant aucune garantie.

Ce constat s'impose alors même qu'il n'y a aucune impuissance judiciaire en la matière. Rappelons qu'en procédure pénale, la perquisition est d'initiative policière (l'enquête étant placée sous le contrôle du procureur de la République et les perquisitions de nuit sous condition d'autorisation par le juge des libertés et de la détention) mais peut s'exercer dans un cadre large, assurant l'efficacité des enquêtes. En effet, le régime des perquisitions judiciaires (articles 56 et suivant du code de procédure pénale) permet, sans aucune difficulté procédurale ou technique, de mettre en œuvre des actions de police aux domiciles de toutes personnes, soit qui « paraissent avoir participé au crime » ou seulement « détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits incriminés ».

La présence d'officiers de police judiciaire (pour pouvoir exploiter, le cas échéant, des éléments laissant suspecter la commission d'une infraction, même sans lien avec le terrorisme) ou l'autorisation par le JLD ne rattachent en rien ces mesures à des mesures d'investigation légitimes dans un Etat de droit. Le JLD ne pourra jouer un autre rôle que celui d'alibi : le texte ne prévoit pas quelles pièces seront versées au dossier qui lui sera soumis et l'appréciation de l'autorité administrative résultera des éléments fournis par les services de renseignement. Sur quels éléments pourra-t-il se fonder pour valider, et plus encore, pour refuser d'autoriser des mesures dont l'autorité exécutive affirmera qu'elles sont nécessaires pour prévenir un acte terroriste ? On imagine mal que les services du renseignement, qui fonctionnent dans l'opacité, dévoilent leurs méthodes et les éléments en leur possession. A quoi correspondra donc le dossier remis au JLD ? Très vraisemblablement, à l'absence d'éléments sur lesquels asseoir une décision, au nom de la protection du travail de renseignement.

L'efficacité alléguée de ces mesures de perquisitions administratives pour prévenir les attentats terroristes n'est pas vérifiée à la lecture même des chiffres cités dans l'étude d'impact : 4300 perquisitions autorisées depuis le début de l'état d'urgence, 30 procédures ouvertes, avec cette précision : « *que cette mesure ait ou non permis à elle seule de justifier l'ouverture de la procédure* ». Le gouvernement ne prouve aucunement qu'il n'existait pas d'autre manière que la perquisition administrative pour passer d'éléments en possession des services de renseignement à l'ouverture d'une procédure judiciaire. Et pour cause : la réalité des éléments en possession des services de renseignement demeure inconnue. En toute hypothèse, les chiffres sont éloquentes quant à l'absence de liens entre procédure judiciaire et perquisitions administratives.

Le Syndicat de la magistrature est absolument opposé à l'introduction dans le droit commun de ce régime de perquisition que l'étude d'impact qualifie sans complexe de « préventive ». Il ne saurait être question d'ouvrir des possibilités de perquisitions, déconnectées de la recherche d'une infraction pénale et placées sous le contrôle fantôme d'une autorité judiciaire alibi de l'exécutif.

Dans l'étude d'impact, c'est à tort que le gouvernement indique que le Conseil constitutionnel ne rattache plus la protection du domicile à la liberté individuelle et à l'article 66 de la Constitution. En effet, la décision du Conseil constitutionnel en date du 19 février 2016 ne l'a fait que dans le cadre exceptionnel de l'état d'urgence, sans qu'il soit possible d'affirmer que sa jurisprudence trouverait à s'appliquer dans le droit permanent. Quant à la décision du Conseil citée par en matière de visite de véhicules prévues par l'article 78-2-4 du code de procédure pénale, elle ne dit rien concernant les visites de domicile, l'ouverture du coffre d'un véhicule n'étant pas, de jurisprudence constante, assimilé à une perquisition car le véhicule n'est pas un domicile. C'est ainsi que la Cour de cassation considère que l'ouverture d'un coffre d'automobile n'a pas le caractère d'une perquisition domiciliaire et n'est donc pas soumise aux dispositions du code de procédure pénale sur les perquisitions⁴. En feignant d'ajouter, par l'introduction du JLD dans le dispositif, une disposition garantiste et non nécessaire, le gouvernement procède à une opération de communication, pour mieux masquer le basculement réellement produit par le texte.

Le dispositif prévoit également la possibilité de perquisitions informatiques, impliquant l'intervention du JLD préalable à l'exploitation des éléments saisis. Bien qu'en apparence plus garantiste, compte tenu du caractère préalable et donc systématique du contrôle, cette disposition ne suffit pas à légitimer ces perquisitions informatiques. En effet, outre que le critère de recours reste le même, l'autorisation est donnée par le juge « au vu des éléments relevés par la perquisition », c'est-à-dire sous une condition si imprécise qu'elle est susceptible de donner lieu à des autorisations quasi incontrôlées. Ainsi, au mois d'octobre 2016, 70 demandes d'exploitation sur 80 avaient été accordées (Rapport d'information sur la mise en œuvre de l'état d'urgence sous la présidence de Dominique Raimbourg et Jean Frédéric Poisson), par exemple sur la base de contacts par communication électronique avec une personne se trouvant en zone de combat syro-irakienne (ni la présence dans cette zone, ni la communication avec cette personne ne constituant en soi une infraction à la loi pénale).

La durée de conservation pour exploitation demeure disproportionnée : elle est de trois mois et peut être prorogée pour la même durée.

Le texte prévoit enfin les conditions dans lesquelles les personnes peuvent être retenues le temps de la perquisition. Alors que le texte de loi relatif à l'état d'urgence ne permet de retenir la personne que lorsqu'il existe des raisons de penser que son comportement constitue une menace, le critère introduit à l'article L229-4, « lorsqu'elle est susceptible de fournir des renseignements sur les objets, documents et données présents sur le lieu de la perquisition » est beaucoup plus large. Il s'agit du critère retenu par l'article 56 du code de procédure pénale, mais il convient de rappeler alors que la perquisition est en lien avec la recherche d'une infraction pénale, pas avec une suspicion de menace. Le seul fait que le JLD soit informé de cette retenue et puisse y mettre fin ne suffit pas à rendre cette

⁴ Notamment Cass. Crim., 8 novembre 1979

disposition légitime, pour les motifs déjà exposés précédemment, ni d'ailleurs les droits afférents d'information.

Sur la fermeture des lieux de culte (article 2)

Le texte crée un article L 227-1 du code de la sécurité intérieure qui autorise le préfet à « prononcer la fermeture des lieux de culte » sur des bases extrêmement larges.

En effet, les motifs de cette décision sont liés non seulement à l'apologie ou à la provocation à la commission d'actes de terrorisme mais aussi à l'incitation à la violence. Ces provocations peuvent être déduites des :

- propos tenus au sein de ces lieux
- idées ou théories qui y sont diffusées
- activités qui s'y déroulent.

Le texte permettrait ainsi des mesures de fermeture, qui contreviennent au principe de liberté de culte et d'organisation, dans des conditions disproportionnées puisqu'elles pourraient être tirées de « propos tenus » ou d' « activités » sans autre précision, notamment quant à leur auteurs. Leur objet est, lui-même, extrêmement large puisque ne se bornant absolument pas à la seule apologie ou provocation au terrorisme.

Dans le cadre de l'état d'urgence, c'est la loi du 21 juillet 2016 qui a permis la fermeture de lieux de culte (mais aussi des lieux de spectacles, débits de boissons et lieux de réunion de toute nature - heureusement non visés par le présent texte) sur la base des propos provoquant à la haine, la violence, à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie. Le texte de l'état d'urgence ne vise donc pas les idées ou théories, ni les activités. Les lieux de culte visés sont ainsi beaucoup plus larges compte tenu des critères pouvant être invoqués.

Le régime instauré par le présent projet est différent sur deux points.

- une procédure contradictoire préalable est prévue avant la décision du préfet. Toutefois, il convient de s'interroger sur les documents qui seront fournis à l'occasion de cette procédure préalable et sur la possible exclusion de nombreux éléments d'information, au prétexte qu'ils seraient couverts par le secret ou susceptibles de révéler les méthodes des services de renseignement,
- le principe du caractère suspensif du recours en référé-liberté fondamentale lorsqu'il est formé dans un délai de 48 heures.

L'étude d'impact évoque les éléments qui pourraient justifier le recours à ce type de fermetures d'établissement, dont elle rappelle que le pouvoir de police administrative classique l'autorise déjà, mais de manière exceptionnelle. Au nombre de ces éléments

figure la fréquentation par des personnes faisant l'objet de mesures relevant tant de l'état d'urgence que du droit commun (assignations, perquisitions administratives...) : la circularité ainsi produite est inquiétante. L'administration serait ainsi fondée à tirer d'une mesure qu'elle a elle-même ordonnée un indice de dangerosité pour en fonder une nouvelle contre un tiers.

La violation de cette décision administrative de fermeture constitue une infraction à la loi pénale (comme c'est le cas dans l'état d'urgence), les personnes visées pouvant être sanctionnées de six mois d'emprisonnement et 7500 euros d'amende, et relever de la comparution immédiate et de l'incarcération, pour le non respect d'une mesure administrative fondée sur des critères flous.

Le Syndicat de la magistrature s'oppose à l'extension continue des pouvoirs de police administrative et l'instrumentalisation judiciaire qui en découle par la création d'une infraction *pénalo-administrative*.

II. Les mesures indifférenciées de contrôle et de surveillance

Sur les arrêtés instituant des « périmètres de protection » (article 1)

Le nouvel article L 226-1 du code de la sécurité intérieure institue des zones, définies de manière très large par référence à « *un lieu* » ou « *un événement* » dans lesquelles la liberté de circulation sera limitée sur décision du préfet.

Le texte indique que « *l'accès et la circulation des personnes sont réglementés* », « *afin d'assurer la sécurité d'un lieu ou d'un événement soumis à un risque d'acte de terrorisme à raison de sa nature ou de l'ampleur de sa fréquentation* ». L'arrêté définira le périmètre incluant « *les lieux soumis à la menace, leurs abords, ainsi que ses points d'accès* », ajoutant une condition de proportionnalité « *aux nécessités que font apparaître les circonstances* ».

Compte tenu de la prégnance de la menace terroriste et de son caractère diffus, ces précisions textuelles, d'ailleurs plus larges que dans le projet initial puisqu'il n'est plus question de « l'exposition particulière à un risque de terrorisme », ne seront pas de nature à limiter les espaces susceptibles d'être définis comme des « périmètres de protection ». Il s'agira bien d'espaces publics, la notion de périmètre ne renvoyant pas à des espaces délimités par des barrières mais à la description de lieux. Tout lieu ou événement entraînant une affluence est ainsi susceptible d'entrer dans le cadre défini.

En outre, le texte ne fixe aucune limitation de durée, se référant uniquement « *aux nécessités que font apparaître les circonstances* », alors même que les textes du droit commun (article 78-2-2 du CPP) et de l'état d'urgence fixent une limite de 24

heures. Ces limites, déjà bien trop larges, sont en pratique fréquemment contournées par la production de réquisitions successives de contrôle.

Or, l'arrêté instituant le périmètre de protection emportera des conséquences lourdes, puisqu'il autorisera certaines forces de police à mettre en œuvre des mesures de fouilles et de contrôle très larges et potentiellement à interdire à des personnes d'accéder au lieu.

La surveillance qui s'opérera ainsi dans l'espace public visera toutes les personnes, en en faisant de potentiels suspects. Indifférenciées par nature, ces mesures risquent fort de laisser la place à une application discriminatoire, dès lors que les fouilles ne requièrent aucune base objective ou simplement objectivable, tirée d'éléments liés à l'action des personnes visées. Une autre utilisation apparaît clairement : celle qui consistera à étouffer les dynamiques de contestation politique impliquant des rassemblements sur la voie publique, soit des manifestations classiques, soit des pratiques militantes moins classiques connues non seulement à l'occasion de « Nuit debout » mais aussi dans certains lieux de mobilisation qualifiés de « zones à défendre ». L'invocation du risque terroriste prendra alors une dimension dissuasive de l'action collective, bien au delà des possibilités d'interdiction des rassemblements déjà existantes dans le droit. Cet article viendrait alors institutionnaliser des pratiques de contrôles dévoyés pour empêcher physiquement des militants de se rendre sur un lieu de mobilisation, qui ont été à plusieurs reprises dénoncées par des institutions telles que le Défenseur des droits.

Ce risque est d'autant plus grave que les agents susceptibles de mettre en œuvre ces mesures sont, comme détaillé ci-dessous, largement définis, jusqu'aux agents de police municipale (placés sous le contrôle du maire qui détermine l'ampleur de leur présence dans l'espace public) et aux agents de sécurité privée, destinés à faire nombre.

Des pouvoirs supplémentaires seront ainsi confiés aux policiers et aux gendarmes dont la réserve opérationnelle et les adjoints de sécurité, mais également aux agents de police municipale, sur seul accord du maire. Pour les palpations de sécurité, inspection visuelle et fouilles de bagages, ces agents seraient même « assistés » d'agents privés de gardiennage, alors même que cette disposition vise des lieux publics.

Seront possibles, dans ce périmètre, des mesures de palpation de sécurité, inspection visuelle et fouilles des bagages mais aussi des fouilles de véhicules. Ces fouilles seraient effectuées par les OPJ ou APJ et APJA, avec le consentement du propriétaire, qui pourra toutefois se voir privé d'accès s'il refuse.

De manière générale, toute personne refusant ces mesures à l'entrée ou à l'intérieur du périmètre sera privée de sa liberté d'y circuler (interdiction d'y entrer ou « reconduite d'office à l'extérieur »).

Le procureur de la République se voit transmettre l'arrêté : il s'agit d'une simple information, sur laquelle l'autorité judiciaire n'a, de fait, aucune prise et n'exerce donc aucun contrôle.

Dans le droit commun actuel, les possibilités de fouilles, inspections visuelles de bagage par des agents de gardiennage sont d'ores et déjà possibles, mais « à l'intérieur des bâtiments ou dans la limite des lieux dont ils ont la garde » (article L 613-1 du CSI). En application de l'article L 613-2 du code de la sécurité intérieure sur la base d'une habilitation et d'un agrément spécial et en cas de « circonstances particulières liées à l'existence de menaces graves pour la sécurité publique » constatées par un arrêté préfectoral, des palpations peuvent être opérées avec le consentement exprès des personnes.

Dans l'étude d'impact, le gouvernement tente de justifier l'extension de leurs attributions en indiquant que les « lieux dont ils ont la garde » comprennent déjà des « lieux ouverts au public, tels perrons, abords, devantures ». Le gouvernement entretient ainsi savamment la confusion entre lieux publics et privés : comment comparer les abords immédiats d'une propriété privée, dans lesquels peuvent pénétrer des personnes sur l'invitation de ceux qui ont un titre pour y demeurer, à des zones plus larges dans lesquelles seront contrôlées des personnes circulant pour certaines sur la voie publique simplement pour aller d'un point à un autre ?

L'embarras du gouvernement est patent concernant les fondements de l'intervention des agents de sécurité privée sur la voie publique au point qu'il en propose deux dans l'étude d'impact, le second étant particulièrement de mauvaise foi : puisque des mesures restreignant les libertés seront prises dans les périmètres de sécurité, ces derniers ne pourraient plus être considérés comme des lieux publics mais des lieux dont les agents ont la garde. Les restrictions des libertés permettraient donc de disqualifier l'espace public qui deviendrait un espace de nature... indéterminé. L'argument produit à la fois une inversion des principes et une circularité : puisqu'il y a des restrictions, c'est donc qu'il n'y a plus d'espace public et il serait alors possible d'y imposer toute mesure supplémentaire de surveillance.

Le fait de permettre aux agents de sécurité privée de procéder aux contrôles permet de multiplier les zones dans lesquelles les contrôles peuvent avoir lieu. C'est d'ailleurs ainsi que l'étude d'impact présente l'intérêt de la mesure : "pour optimiser l'utilisation des forces de sécurité intérieure". Le gouvernement estime ainsi à 140.000 agents les forces en réserve. Il estime suffisant, pour que ces 140.000 agents entrent en lice dans de larges zones de l'espace public, que quelques heures de formation leur soient dispensées.

On ne peut affirmer qu'il y aura effectivement un agent de la force publique à côté de chaque agent de sécurité. L'expression « sous l'autorité d'un officier de police judiciaire » l'implique-t-elle ? Il semble que cette disposition oblige seulement à la présence sur place, dans le dispositif, d'agents des forces de l'ordre à qui référer des problèmes, sachant que les périmètres de sécurité pourront recouvrir des zones géographiquement larges. Le gouvernement prévoit d'ailleurs dans l'étude d'impact

que cela décharge les agents de la force publique pour leur permettre de se consacrer à autres tâches.

Quant aux agents de police municipale, aucune formation obligatoire ne leur sera dispensée sur les fouilles et palpations. Elles seront offertes dans le cadre de la formation continue, sur choix de l'agent.

Pour les services de police et gendarmerie, les dispositions sont prévues par le code de procédure pénale, qui ouvre déjà très – trop – largement les possibilités de fouilles, inspections visuelles de bagages et fouilles de véhicules. Il s'agit de :

- l'article 78-2-2 du code de procédure pénale, qui prévoit des mesures sur la base de réquisitions du Procureur de la République « aux fins de recherche et de poursuite » d'une série d'infractions dont fait notamment partie l'ensemble des infractions de nature terroriste (des articles 421-1 du code pénal à 421-6 du code pénal).
- l'article 78-2-4 du code de procédure pénale, qui autorise les OPJ, APJ et APJA à procéder, soit avec l'accord de la personne, soit, à défaut, sur instruction du procureur de la République, à des visites de véhicules, inspections visuelles et fouilles de bagages. Le motif de recours à ces mesures est la prévention d'une « atteinte grave à la sécurité des personnes et des biens ». Jusqu'à la loi du 23 mars 2016, ces dispositions visaient les seules visites de véhicules, mais le dispositif a fait l'objet d'une extension continue par les lois de 23 mars 2016 et 3 juin 2016.

L'article 8-1 de la loi relative à l'état d'urgence, dans sa version issue de la loi du 21 juillet 2016, a instauré la possibilité pour le préfet de délivrer des « réquisitions » de contrôles d'identité, inspections visuelles, fouilles de bagages et inspections de véhicules dans des lieux définis et pour une durée de 24 heures. Ces pouvoirs ont été utilisés massivement depuis leur introduction dans le texte de l'état d'urgence, sans qu'aucun élément ne permette de conclure à leur efficacité en matière de lutte contre le terrorisme.

Le Syndicat de la magistrature s'oppose avec vigueur à l'extension continue des facultés de fouilles de bagages et de véhicules. Les critères très larges – sans lien avec la recherche d'une infraction pénale sur la base d'éléments objectifs tirés de l'action de la personne – font le nid de pratiques discriminatoires. Ces pratiques de contrôle au faciès ont été objectivées par des études et sont régulièrement dénoncées par des autorités telles que le Défenseur des droits. Elles sont inefficaces pour la prévention des actes de terrorisme qui relèvent de l'action coordonnée des services de renseignement et des services d'enquête judiciaire, non pas de mesures aléatoires de fouilles.

Le texte entérine un glissement en ce qu'il transfère à l'autorité administrative, en droit commun, la faculté de réglementer la circulation des personnes dans l'espace public, le procureur de la République étant alors seulement avisé. Le critère de l'exposition particulière à un risque d'acte de terrorisme permet, dans les faits, de définir ces périmètres en tous lieux dans lesquels circulent des personnes.

Sur le fichier PNR (Passenger name record) (Articles 5 à 7)

L'article 6 modifie les règles existantes du code de la sécurité intérieure sur le fichage des transports aériens et maritimes en opérant la transposition d'une directive européenne tout en élargissant les finalités de ces fichiers. En effet, alors que le fichage des citoyens était motivé par « les besoins de la prévention et de la constatation des actes de terrorisme », des infractions permettant la délivrance d'un mandat d'arrêt européen et des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation, le nouveau texte procède par référence à la directive UE 2016/681 du Parlement européen et du conseil du 27 avril 2016 relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR), tout en y ajoutant une dimension plus nationale.

En tout état de cause, cette modification n'altère pas la logique du PNR qui consiste, en vertu de grands objectifs, à opérer un fichage intégral de l'ensemble des données de réservation et d'enregistrement des passagers, étant précisé que l'article étend cette obligation aux « agences de voyage » et distingue les mesures de contrôle aérien et celles spécifiques aux transporteurs maritimes. La durée de conservation de cinq ans est maintenue, malgré son caractère excessif.

Il convient de rappeler que les transporteurs maritimes sont déjà soumis à de telles obligations, que ce soit de communication des données d'enregistrement ou de réservation. Le texte nouveau détaille cependant les transporteurs maritimes concernés.

Surtout, il a pour effet d'inscrire définitivement ces mesures dans le droit : en effet, ce fichage n'était, en vertu de la loi du 18 décembre 2013, applicable que jusqu'au 31 décembre 2017.

Le Syndicat de la magistrature rappelle son opposition à ces mesures de fichage indifférencié et massif de l'ensemble des citoyens. Tandis que ces mesures sont contournables par les réseaux terroristes et criminels, ce sont les informations sur les déplacements de l'ensemble des citoyens qui sont ainsi conservées par les Etats, sur des durées extrêmement longues. Ces mesures pré-constituent chaque citoyen en suspect potentiel, non seulement au regard des actes réprimés par la loi à la date de leur enregistrement mais aussi de ceux qui seraient susceptibles d'être réprimés à l'avenir, par des gouvernements plus autoritaires.

Si certaines données sont explicitement exclues de ce fichier, il n'en demeure pas moins que la liste des informations recueillies, dès le stade de la réservation puis au moment de l'enregistrement, fait de cet outil un fichier de population auquel il convient de s'opposer, comme l'a fait pendant plusieurs années la commission libertés civiles du parlement européen.

Sur la surveillance des communications hertziennes (Articles 8 et 9)

Le texte vient une nouvelle fois élargir le champ des techniques de renseignement prévues par la loi du 24 juillet 2015. Les critiques élaborées alors demeurent évidemment d'actualité. Elles visaient :

- le caractère disproportionné des finalités permettant de recourir à ces techniques intrusives qui ne se limitent aucunement à la prévention des actes de terrorisme mais sont susceptibles de viser des personnes à raison de leur militantisme (en matière économique, de politique étrangère ou même de manière plus générale),
- la nature disproportionnée des techniques de surveillance utilisées, en raison de leur caractère indifférencié et des critères permettant d'y recourir,
- l'absence de véritable contrôle juridictionnel préalable par une autorité indépendante, la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) ne donnant qu'un avis simple au Premier ministre, laissant à l'Exécutif toute latitude pour opérer la mesure. Le contrôle a posteriori par le Conseil d'Etat y est absolument insuffisant au regard de la nature de la mesure et des modalités dans lesquelles s'opère ce contrôle.

Deux possibilités sont ouvertes par le texte.

La première relève d'un nouvel article L 852-2 du code de sécurité intérieure : la procédure classique, avec l'avis de la CNCTR et la décision du Premier ministre est applicable pour « *les interceptions de correspondances échangées au sein d'un réseau de communications électroniques empruntant exclusivement la voie hertzienne et n'impliquant pas l'intervention d'un opérateur de communications électroniques, lorsque ce réseau est réservé à l'usage d'un groupe fermé d'utilisateurs* ». L'étude d'impact détaille les communications qui seront visées par ce texte, par référence à la liste constituée par les organisations requérantes à la question prioritaire de constitutionnalité en cette matière (la quadrature du net, FDN et FFDN). L'objet principal du texte paraît être de constituer des « doublons » pour assurer une forme de sécurité juridique : en effet, à l'issue de la lecture, il est permis de se demander quelles interceptions ne sont pas déjà permises. Il est toutefois indispensable de rappeler que ce texte n'apporte aucune amélioration procédurale (par référence aux écueils listés ci-dessus) en matière d'utilisation des techniques de renseignement.

La seconde introduit un nouveau chapitre relatif à la surveillance de certaines communications hertziennes et paraît destiné à la direction du renseignement militaire : cette fois-ci, aucune autorisation préalable du Premier ministre, ni avis de la CNCTR, qui se borne à se voir « présenter » le champ et la nature des mesures prises en application de cet article, semblant viser les interception radio et satellites. Le texte s'inspire directement du régime de la surveillance internationale, avec ses durées de conservation disproportionnées (6 ans, et jusqu'à 8 ans pour les données chiffrées).

Le Syndicat de la magistrature réitère les critiques formulées à l'encontre de la loi du 24 juillet 2015 et de ses suites, rappelées plus haut, s'agissant tant du caractère disproportionné de leur champ d'application, de leur nature et de l'insuffisance du contrôle juridictionnel opéré, a fortiori s'agissant de celles ne donnant lieu à aucune autorisation préalable.

Sur les contrôles dans les zones transfrontalières (Article 10)

Le texte introduit de nouvelles modifications au régime des contrôles d'identité tel que prévu aux articles 78-2 et suivant du code de procédure pénale et 67 du code des douanes.

Il étend les possibilités de contrôles d'identité dits frontaliers « aux abords des gares » et double la durée pendant laquelle les contrôles pourront être effectués concernant les titres autorisant le séjour, qui passent de six heures à douze heures.

Un nouvel alinéa est ajouté concernant les passages frontaliers qui ne représenteraient pas une frontière terrestre de la France avec les Etats parties à la convention de Schengen, autorisant dans les mêmes conditions que le précédent alinéa les contrôles d'identité.

Des modifications similaires sont introduites dans le code des douanes.

Le Syndicat de la magistrature s'oppose à cette nouvelle extension des facultés de contrôle d'identité, tant dans la durée que dans l'espace, qui constituent des mesures disproportionnées et susceptibles de produire les conditions de contrôles discriminatoires. Alors que ce projet est présenté comme « renforçant la lutte contre le terrorisme », ce type de contrôles d'identité ne constitue pas une mesure de nature à empêcher la commission d'attentats, à l'inverse il est de nature à renforcer le légitime sentiment d'exclusion des victimes de contrôles discriminatoires. Ils sont en réalité mis au service des politiques d'immigration, toujours guidées par des politiques du chiffre.

Les conditions dans lesquelles se déroulent actuellement les contrôles d'identité aux frontières (notamment à la frontière italienne, dans les trains), sur des bases clairement discriminatoires (liées à l'apparence des personnes) doivent conduire à refuser clairement une telle extension dans l'espace et dans le temps. Au demeurant, il est à craindre que de telles dispositions contreviennent au droit de l'Union européenne, qui n'autorise la mise en œuvre de tels contrôles qu'à la condition que les mesures ne s'apparentent pas à un rétablissement des contrôles aux frontières, contraire au principe de libre circulation des personnes. Or, le régime juridique prévu doit être mis en regard des déclarations politiques qui le soutiennent, lesquelles cherchent à soumettre, en certains points, toute entrée sur le territoire à un contrôle, en somme à rétablir un contrôle systématique aux frontières.

Comme pour l'ensemble des dispositions de ce texte, le Syndicat de la magistrature est hostile à de telles mesures de contrôle indifférencié et généralisé des personnes.