

Paris, le 22 septembre 2017

**Projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte  
contre le terrorisme**  
**Observations du Syndicat de la magistrature sur le texte issu  
de la commission des lois de l'Assemblée nationale**

Les commentaires sur les amendements adoptés par la commission des lois de l'Assemblée figurent dans des encadrés qui viennent compléter les observations déjà formulées. En fin de document, sont listées les nouvelles dispositions introduites depuis nos dernières observations de juillet 2017.

Le « projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme », adopté par le Sénat et présenté à l'Assemblée a pour objet affiché est de se substituer, à terme, à la législation d'exception que représente l'état d'urgence. En fait de substitution, il en installe les mécanismes de manière permanente dans notre droit.

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 près de deux années 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 options gouvernementales doivent être dès à présent contestées : le recours à la procédure accélérée, la prétendue impossibilité de sortir de l'état d'urgence sans adoption de ce texte et 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 confisque à nouveau le débat et prive 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 serré risque de conduire à des marchandages en commission mixte paritaire, et à l'intégration de dispositions encore plus lourdement attentatoires aux droits.

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.

Le choix gouvernemental de ne procéder à cette évaluation qu'en 2020, par le biais d'une clause de revoyure, au demeurant réservée à deux mesures, défie toute rationalité. L'histoire des législations antiterroristes témoigne de l'incapacité des gouvernements à revenir sur des dispositifs adoptés, suivant un effet cliquet, de sorte que le caractère temporaire de ces dispositifs peut être qualifié de leurre.

## **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 ne constitue une mesure ni efficace, ni nécessaire pour prévenir des actes de terrorisme. Il peut et doit être levé immédiatement.

Ce sont essentiellement 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 4 500) 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<sup>ème</sup> 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 – imputées 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 leurs 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. Pour le voisinage ou la clientèle, l'intervention des services de police spécialisées a fait naître une suspicion qui ne sera pas éteinte par l'absence de suite : « l'erreur administrative » continue à avoir des conséquences. Le sort de ces personnes ne peut pas être balayé d'un revers de main, comme si des dommages collatéraux étaient inéluctables et, finalement, acceptables.

En démocratie, il ne peut être déduit du nombre plus faible des intrusions récentes (137 mesures de perquisitions en cinq 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 4500 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 libertés. Près de 35 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 dans son intégralité au début de l'année 2018. 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, constituées par des affirmations (sur les fréquentations et les idées des personnes visées) non objectivées, peu étayées et non sourcées.

Cette analyse ne signe pas une juste application du droit : 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 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 chargés 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 existant 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 - antiterroriste se caractérise 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 comportements à visée terroriste en préparation, sans requérir la caractérisation d'un acte 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 rapidement 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 dérogoires 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 du droit commun par 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 qu'il 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 prorogé 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, il est vrai que les critères de recours aux mesures d'assignations et de perquisitions ont été redéfinis de manière resserrée, et le terme de « terrorisme » apparaît désormais clairement.

La filiation entre les conditions de recours aux mesures de l'état d'urgence et celles du présent projet de loi n'en est pas moins 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 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 ordonnées 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 diffusion 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 principielles.

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 contredit 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 <sup>1</sup>».

Qu'elle intervienne pour autoriser des mesures de police administrative ou pour réprimer le non-respect de ces mesures (les assignations à résidence 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 double mouvement 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**

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 pas 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 Chambon<sup>2</sup>.

Inspirée par un principe de précaution incompatible avec la matière à laquelle il s'applique, cette évolution constitue une rupture fondamentale avec les principes

---

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

<sup>2</sup> 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)

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 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 quelle mesure jugée par eux appropriées, risquant ainsi de saper les fondements de la démocratie au prétexte de la défendre.

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 à résidence, perquisitions et fermetures de lieux de culte**

### **Sur les assignations à résidence (« 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'opérations de groupements terroristes (non mis en examen et non suspectés d'une infraction pénale). Le Sénat a d'ailleurs modifié ces dispositions en prévoyant que le procureur

de la République du lieu de résidence de la personne devait être avisé en plus du procureur de Paris.

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-fous (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. Le texte issu de la commission des lois de l'Assemblée nationale en aggrave significativement le régime, soit par retour au projet initial, soit par ajout.

Ainsi, l'assignation se fait :

- dans un périmètre déterminé (au minimum la commune)
- avec pointage quotidien (tandis que le Sénat prévoyait un maximum de trois fois par semaine,
- pour une période de 3 mois renouvelable. Le texte subordonne le renouvellement à « l'existence d'éléments nouveaux ou complémentaires », mais uniquement à compter de six mois, ce qui constitue une régression par rapport au texte sénatorial. Il introduit toutefois une limitation à douze mois au total de la mesure, qui contraste avec la durée indéterminée précédemment contenue dans le texte. C'est un moindre mal, qui ne conduit toutefois pas à valider la mesure dans son principe.

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'opérations, 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 la commission d'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 largement étendue 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, diffuse 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 - à des fins terroristes 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 commission des lois de l'Assemblée nationale a ajouté la « diffusion » de thèses incitant ou faisant l'apologie du terrorisme au titre des comportements pouvant

justifier la mesure. Cet ajout manifeste une confusion entre la matière pénale et la matière administrative : en effet, la diffusion de telles idées peut d'ores et déjà faire l'objet d'une réponse pénale. Elle relève :

- soit de l'article 421-2-5 du code pénal relatif à la provocation et à l'apologie publique du terrorisme, punie de 5 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende, portée à 7 ans et 100 000 euros d'amende sur internet ;
- soit de l'article 421-2-5-1 du code pénal qui sanctionne le « fait d'extraire, de reproduire et de transmettre intentionnellement des données faisant l'apologie ou provoquant au terrorisme » afin d'entraver des blocages ou retraits de contenus sur internet.

Cet ajout démontre le caractère absolument superfétatoire de ces mesures : si une infraction pénale existe, pourquoi se refuser à utiliser cette voie, sauf à acter le choix d'une procédure dans laquelle les garanties manquent ? La diffusion étant parfaitement objectivable, comment justifier que l'autorité judiciaire et la matière pénale soient écartées ?

Au prétexte de saisir une prétendue « zone grise » (qui n'est autre que le temps de l'enquête et du recueil d'éléments contre une personne, ce qui ne prive pas de la possibilité d'une intervention urgente dès qu'un projet terroriste est élaboré), ce texte brouille dangereusement les frontières entre le droit pénal et le droit administratif.

Comment entendre que le ministre de l'Intérieur pourrait prendre une mesure privative de liberté à l'encontre d'une personne suspectée d'avoir commis une infraction pénale que cette même autorité est dans l'obligation de signaler au procureur de la République compétent (en vertu de l'article 40 du CPP) ?

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 les infractions 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, et, à l'initiative du Sénat, en cas de fonctionnement altéré du dispositif technique, 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, réintroduites par la commission des lois. C'est le cas de l'obligation de déclarer ses numéros d'abonnement et identifiants techniques (à l'exclusion des mots de passe). Il convient de rappeler que cette disposition avait été rejetée par le Parlement lors de

l'adoption de la loi du 3 juin 2016. 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 publique » (et non plus « dont le comportement est lié à des activités à caractère terroriste »). On observe ici l'effet du cumul de critères flous, liés à la personne assignée et plus encore à ses fréquentations. Pour ces dernières la référence est encore plus vague puisqu'elle vise la « menace pour la sécurité publique ». Ces personnes n'ont au demeurant aucun recours contre une telle mesure, alors qu'elle peut avoir des conséquences importantes sur le plan familial ou professionnel.

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).

La commission des lois a ajouté dans ce cadre une troisième obligation : celle de « ne pas paraître dans un lieu déterminé » hors domicile de la personne et en considération de sa vie familiale et professionnelle. Cette interdiction de paraître, introduite par amendement, est présentée comme une « alternative à des mesures plus restrictives », l'assignation et le pointage. Outre que la multiplication des facultés d'atteinte à la liberté d'aller et venir est préoccupante, le caractère moins contraignant est discutable, selon le périmètre défini, le texte ne fixant pas de bornes, hormis l'exclusion du domicile. Ces obligations peuvent être prononcées pour une durée de six mois, renouvelable. Le texte subordonne le renouvellement à « l'existence d'éléments nouveaux ou complémentaires », uniquement au delà d'une durée cumulée de six mois. Elle introduit toutefois une limitation à douze mois au total de la mesure, qui contraste avec la durée indéterminée précédemment contenue dans le texte. C'est un moindre mal, qui ne conduit toutefois pas à valider la mesure dans son principe. Si les décisions concernant ces mesures doivent être écrites et motivées, et lorsqu'elles sont renouvelées, notifiées cinq jours avant leur entrée en vigueur, les conditions du recours ont toutefois été restreintes dans le texte de la commission des lois. Il n'est suspensif que s'il est formé dans les 48 heures de la notification de la décision (et non plus 72 heures). Dans ce cas uniquement, si la personne saisit le juge administratif d'un référé liberté, la procédure est suspensive jusqu'à la décision du juge. Pour la mise en place initiale de la mesure,

la phase contradictoire est postérieure à sa notification, d'une durée de huit jours pendant laquelle la personne peut présenter au ministre ses observations. Il convient de noter que cette phase contradictoire n'est pas préalable à la décision et n'implique pas un véritable 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 relève au demeurant que le délai de recours ouvert pour la mesure principale d'assignation (un mois) est réduit par rapport à celui de deux mois, habituel en matière administrative.

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 Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a d'ailleurs adressé aux sénateurs un courrier en indiquant que le projet de loi devait être mis en conformité avec la CEDH.

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 des procureurs de la République de Paris et territorialement compétent) 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 »<sup>3</sup>.

#### **Sur les perquisitions administratives (« 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 et de leur domicile) 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 rapport de la commission des lois l'affirme d'ailleurs clairement : « ce dispositif doit prendre le relais des perquisitions administratives (...) et permettre d'agir dans le cadre d'opérations de levée de doute, quand les informations dont disposent les services ne permettent pas d'engager une procédure judiciaire ».

Les infractions terroristes ayant pour beaucoup une dimension préventive, il est faux de considérer que le recours aux perquisitions judiciaires est difficile, d'autant plus qu'elles sont d'initiative policière (sauf pour celles intervenant la nuit, qui doivent être autorisées par le juge des libertés et de la détention).

La « levée de doute » évoquée ne saurait justifier une telle intrusion : elle doit soit relever d'une procédure judiciaire impliquant la révélation par les services de renseignement des éléments en leur possession, soit de la poursuite du travail de renseignement pour en obtenir d'autres.

Le fait d'introduire une ordonnance motivée du juge des libertés et de la détention (JLD) de Paris prise après avis du parquet de Paris, communiquée au parquet de Paris

---

<sup>3</sup> 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

et au procureur de la République territorialement compétent, pour ces visites, ne constitue pas une garantie suffisante. 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 germe 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 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 – désormais anonymisés par principe, ce qui n'est pas sans poser de difficultés, (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 pour prévenir les attentats terroristes n'est pas vérifiée à la lecture même des chiffres cités dans l'étude d'impact : 4500 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 éloquents quant à l'absence de liens entre procédure judiciaire et perquisitions judiciaires.

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 en matière de visite de véhicules prévues par l'article 78-2-4 du code de procédure pénale, elle ne dit rien des visites de domicile, l'ouverture du coffre d'un véhicule n'étant pas, de jurisprudence constante, assimilée 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 perquisitions<sup>4</sup>. 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.

---

<sup>4</sup> Notamment Cass. Crim., 8 novembre 1979

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 dans le projet initial du gouvernement 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 Sénat a modifié cet article pour circonscrire la retenue aux personnes pour lesquelles il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics.

La commission des lois est revenue sur ce contrôle de la retenue par le juge des libertés et de la détention, au prétexte qu'un tel contrôle serait compliqué pour les perquisitions se déroulant en province. L'accord exprès est remplacé, sauf pour les mineurs, par une information. Quand bien même le JLD pourra y mettre fin à tout moment, il est improbable qu'un tel contrôle s'exerce.

#### **Sur le caractère provisoire des mesures de visite et surveillance (article 4 bis)**

Le Sénat a ajouté à la loi un article 4 bis prévoyant que ces mesures sont applicables jusqu'au 31 décembre 2021, porté au 31 décembre 2020 par la commission des lois et que leur application donne lieu à un rapport annuel du Gouvernement au Parlement.

Le Syndicat de la magistrature rappelle que ces dispositions transposent dans le droit commun des mesures figurant dans la loi relative à l'état d'urgence.

Des commissions parlementaires se sont penchées sur l'application des mesures de l'état d'urgence, au regard de leur utilité dans la lutte contre le terrorisme et la prévention d'actes terroristes. Un collectif auquel le syndicat appartient a par ailleurs demandé au Premier ministre en février d'obtenir un certain nombre de statistiques détaillées sur la mise en œuvre de ces mesures – courrier demeuré sans réponse.

Malgré ce manque de transparence, les différents rapports des missions de contrôle parlementaire sur le suivi de l'état d'urgence, ont pointé l'inutilité des mesures de l'état d'urgence. C'est ainsi que Sébastien Pietrasantra, député, rapporteur de la commission d'enquête relative aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015, a indiqué « Force est de constater que les mesures prises pendant l'état d'urgence n'ont pas été évoquées par les spécialistes de la lutte contre le terrorisme comme jouant un rôle particulier dans celle-ci ».

Plusieurs enseignements doivent être tirés de ce constat : d'abord, si nous disposons des éléments d'évaluation montrant l'inutilité de ces mesures, pourquoi adopter une nouvelle prolongation, et cette fois pour quatre ans, qui plus est dans le cadre du droit commun, avec un effet cliquet dévastateur pour notre ordre juridique ? Que nous dira de plus un rapport du gouvernement sur ces mesures d'ici 2020 que nous ne sachions déjà ? Ensuite, même si les prochains rapports ne nous instruisent pas davantage, cela n'arrêtera pas la spirale de l'adoption de mesures semblables. Tout simplement parce que ces dispositions sont adoptées dans le cadre d'une stratégie de communication sur la réponse au terrorisme, et que cette logique ne peut avoir de fin.

C'est la raison pour laquelle le Syndicat de la magistrature considère que le Sénat, en introduisant ce caractère provisoire des perquisitions et assignations, trahit ses doutes sur l'utilité et l'innocuité de ces mesures, tout en continuant à nourrir le mécanisme d'une surenchère sans fin.

### **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 la provocation à la violence. Ces provocations peuvent être déduites des :

- propos tenus au sein de ces lieux,
- écrits,
- idées ou théories qui y sont diffusées, la commission des lois ayant réintroduit ces deux termes initialement présents dans le projet gouvernemental,
- 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 », « d'idées ou théories » ou d'« activités » sans autre précision, notamment quant à leurs 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), la commission des lois a lourdement aggravé les sanctions encourues, portées de six mois d'emprisonnement et 7 500 euros d'amende à 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende. Cette infraction pourra désormais non seulement relever de la comparution immédiate et de l'incarcération qui peut en découler, mais aussi d'une mesure de détention provisoire dans le cadre d'une information judiciaire. C'est l'argument qui a été soutenu à la commission des lois. Alors même qu'aucune infraction proprement terroriste, même celle d'apologie, n'aurait pu être retenue, il est ainsi envisagé que ces décisions servent de base à des privations judiciaires de liberté, 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 (la précision ajoutée par le Sénat limitant aux abords « immédiats » a été retirée), 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.

La suppression de la précision d'abords « immédiats » a été soutenue par le gouvernement au motif qu'il faudrait pouvoir créer des « zones tampons » permettant d'intercepter des véhicules avant qu'ils n'arrivent sur les lieux de l'événement, afin de prévenir des attentats du type de celui qui s'est produit à Nice. Cette affirmation interroge : en effet, en quoi la fouille du véhicule permettrait-elle d'exclure par principe ce type d'attentat?
--

En outre, le texte fixe, à l'initiative du Sénat, une durée maximale d'un mois renouvelable si les conditions de la mesure continues d'être réunies, 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. La précision de durée apportée par le Sénat sur un délai aussi long pose une unité de mesure totalement disproportionnée et dévoile la nature de ces périmètres de protection, à savoir une transformation durable de larges pans de l'espace public.

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 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, pratiques 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 bagages 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'embaras 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 indéterminée. 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 ces 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 140000 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 qu'elles 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 (derniers alinéas de l'article 8 et article 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 (six ans, et jusqu'à huit 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.

Le Sénat a ajouté que le contrôle ne peut constituer un contrôle systématique des personnes présentes ou circulant dans les zones : cet ajout, destiné à éviter une contradiction avec le droit de l'Union européenne, ne changera rien au fait que les contrôles seront opérés indépendamment du comportement des personnes contrôlées, en l'absence de critère d'intervention.

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.

### **III. Sur les nouveaux articles introduits**

#### **Les structures de la prévention et lutte contre la radicalisation (article 4 bis A)**

La commission des lois de l'Assemblée nationale a édulcoré les obligations que le Sénat avait fait peser sur les structures intervenant en matière de radicalisation (reconnaissance d'utilité publique et délivrance d'un agrément, obligation de déclaration d'intérêts des dirigeants de l'association, applicabilité aux associations déjà constituées).

Seules demeurent dans le texte des conditions tirées de l'octroi de subventions (conclusion d'une convention, production d'un compte rendu financier, dépôts et publication de ces documents), au motif que les exigences sénatoriales auraient été trop contraignantes.

En l'occurrence, s'agissant d'une matière à la fois sensible et qui a suscité un intérêt très large, de structures et d'organisations dont le fonctionnement a pu être décrié, il apparaît que les précautions imposées par le Sénat étaient pertinentes.

#### **Poursuite d'effet des investigations à l'ouverture d'une information (article 4 ter)**

La loi du 3 juin 2016 a introduit un dispositif visant à prolonger les effets, en matière de terrorisme, de certaines mesures particulières d'investigation pendant 48 heures à compter de l'ouverture d'une information, afin d'éviter leur interruption et de permettre au juge d'instruction de disposer d'un délai pour évaluer la pertinence de les ordonner sur commission rogatoire.

Cette mesure nécessitait une décision « spécialement motivée » du procureur de la République. Le texte ici présenté propose de substituer à cette expression celle de décision spéciale et motivée. Surtout, le projet ajoute une mesure à la liste de celles pouvant être prolongées pour 48 heures : la géolocalisation en temps réel (article 230-32 à 230-35 du code de procédure pénale).

Cette faculté de poursuite des effets de l'enquête initiale après le réquisitoire introductif n'est pas anodine. L'économie très contestable de cet article apparaît encore plus distinctement avec la modification qui en est proposée : elle consiste à permettre au juge d'instruction de ne pas verser au dossier cette décision spéciale et motivée du procureur de la République « si les nécessités de l'instruction l'exigent » et ce « pour le temps du déroulement des actes dont la prolongation a été autorisée en application du même article » donc bien au delà du moment de la prolongation. De fait, cela permet de saisir le juge d'instruction d'une procédure non clôturée, dans laquelle les retranscriptions d'un certain nombre d'actes ne figureront pas au dossier, et la modification envisagée donnera encore plus de souplesse au parquet pour n'ouvrir l'information judiciaire qu'en dernier recours, après avoir mis en place lui-même toute la stratégie d'enquête, dont les effets pourront se poursuivre au delà de sa période de compétence. La procédure pénale incite de fait le juge d'instruction à poursuivre l'enquête dans le même sens que celui imprimé par le parquet.

Au regard de l'organisation des juridictions, des permanences mises en œuvre à l'instruction, il n'existe aucun obstacle technique à la continuité des actes d'enquête lorsque celle-ci est nécessaire au moment de l'ouverture de l'information. Aucun élément ne vient donc sérieusement justifier cette bizarrerie juridique, qui aboutira dans les faits à remettre de la main à la main au juge d'instruction, une pièce de procédure qui ne figurera pas dans le dossier.

Le déplacement du centre de gravité de la procédure pénale se poursuit, donnant un champ d'intervention toujours plus large au ministère public alors que les garanties attachées à l'enquête initiale sont encore très restreintes par rapport à celles qui entourent la phase de l'instruction. C'est la raison pour laquelle le Syndicat de la magistrature réitère, à l'occasion de la modification de cet article, son opposition à cette disposition.

#### **Dispositions relatives à l'octroi d'identité d'emprunt aux repentis (article 4 quater)**

Le texte présenté par la commission des lois vise à compléter les dispositions relatives aux repentis, en matière non seulement d'infractions terroristes mais également de celles relevant de la criminalité organisée.

Seraient ainsi sanctionnées, non plus seulement la révélation de l'identité d'emprunt d'une personne mais également la révélation de « tout élément permettant son identification ou sa localisation ». L'aggravation de la sanction lorsque ces révélations ont « causé directement ou indirectement » des violences ou la mort de la personne ou ses proches fait également l'objet d'une nouvelle rédaction, plus large, plus qu'il y est question d'avoir « eu pour conséquence, directe ou indirecte », notion plus large que celle de causalité.

Cette modification n'est pas sans susciter des interrogations : pour pouvoir sanctionner une personne pour ces faits, encore faut-il déterminer que la révélation est non seulement volontaire et délibérée, notamment pour l'infraction aggravée, mais aussi définir le champ de ces informations, en l'occurrence peu défini.

La seconde disposition contenue dans cet article pose des problèmes encore plus ardu, en permettant non seulement que soit ordonné le huis clos (d'office ou à la demande de la personne faisant l'objet d'une identité d'emprunt) mais surtout que les modalités de la comparution puissent garantir « l'anonymat de leur apparence physique » ou de leur voix, selon des formes comparables à celles appliquées aux témoins anonymes. Le motif permettant de recourir à ces dispositifs prévus à l'article 706-61 du code de procédure pénale est défini de la manière suivante : « lorsque cette comparution est de nature à mettre gravement en danger leur vie ou leur intégrité physique ou celle de leur proche ».

Le huis clos constitue déjà une dérogation importante qui ne saurait être appliquée largement, tout comme la comparution à distance. Toutefois, c'est à la possibilité d'anonymat de l'apparence physique et de la voix qu'il convient de s'opposer.

En effet, elle porte une atteinte très forte à l'exercice des droits de la défense et peut nuire à la manifestation de la vérité. Comment les personnes mises en cause par ce coauteur pourront-elles se défendre des accusations portées contre elles (accusations en partie intéressées puisqu'elles ouvrent droit au statut de repentis et à des exemptions ou réductions de peine) si elles ne disposent d'aucun moyen de l'identifier ? Si la protection de l'identité d'emprunt est légitime, la possibilité - au demeurant mal dénommée - « d'anonymat de leur apparence physique » a clairement pour conséquence d'empêcher l'exercice des droits de la défense. Elle permettra d'ailleurs à certaines personnes de « manipuler » la justice, en obtenant le statut de repentis sur la base d'affirmations fausses accusant des tiers pour se prémunir d'une condamnation. Il convient de souligner que ces dispositions n'existent à ce jour - et pour cause - que pour les personnes témoignant sous X, la différence fondamentale étant la condition posée par la loi : elles ne doivent pas être suspectées d'avoir pu participer aux faits.

Le Syndicat de la magistrature estime que les mesures de huis clos ne doivent être rendues possibles qu'à titre très exceptionnel et s'oppose à tout « anonymisation de l'apparence physique » et de la voix des personnes qui ont obtenu le statut de repentis.

Si le statut de repentis mérite une réflexion afin de garantir au mieux sa protection, notamment sur le plan des mesures qui peuvent être mises en œuvre par l'Etat pour assurer sa sécurité après la fin de la procédure, il convient de ne pas adopter des dispositions qui, pour être indolores sur le plan budgétaire, auraient indiscutablement un coût sur le plan de la fiabilité des procédures et des droits de la défense.

## **Extension des techniques spéciales d'enquêtes aux délits portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation (article 4 quinquies nouveau)**

Plusieurs articles du code pénal sont ajoutés à la liste de l'article 706-73, qui permet le recours aux techniques spéciales d'enquête, à savoir l'ensemble des crimes portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation (titre Ier du livre IV du code pénal).

Par le biais de l'extension de l'article 706-73-1 du code de procédure pénale, qui permet le recours à des techniques spéciales d'enquête (hors garde à vue prolongée), d'autres infractions sont visées : intelligence avec une puissance étrangère (article 411-5 du code pénal), livraison d'informations à une puissance étrangère (article 411-7 et 411-8 CP), complot (article 412-2 CP), provocation des forces armées à passer à l'ennemi (article 413-1 CP), révélation d'une identité d'emprunt d'un agent (article 413-13 CP).

L'extension des procédures spéciales d'enquête ne cesse de s'opérer par ajouts successifs, qui étendent le champ de la procédure pénale dérogatoire à des faits qui peuvent recouvrir des réalités très diverses, comme par exemple le sabotage. L'affaire dite « de Tarnac », ouverte sous une qualification terroriste qui a été définitivement écartée par la Cour de cassation démontre combien la tentation est grande pour les services d'enquête d'utiliser des procédures hautement dérogatoires pour des faits finalement qualifiés de dégradations (et d'association de malfaiteurs). Cette brève observation doit conduire à un avis très réservé sur l'extension prévue par cette article, même s'il est vrai qu'elle vise des crimes et délits qui présentent une gravité importante dans l'échelle des sanctions pénales.

Le Syndicat de la magistrature estime indispensable une mise à plat des articles 706-73 et 706-73-1 du code de procédure pénale, qui ne cessent d'enfler par l'effet d'un empilement législatif.

## **Procédure d'enquête et de radiation visant les fonctionnaires (article 4 sexies)**

A l'initiative du gouvernement, une disposition nouvelle a été introduite par la commission des lois, qui vise à autoriser (à l'article L 114-1 du code de la sécurité intérieure) des enquêtes administratives concernant des fonctionnaires en poste afin de « s'assurer que le comportement des personnes physiques ou morales concernées n'est pas devenu incompatible avec les fonctions ou missions exercées, l'accès aux lieux ou l'utilisation des matériels ou produits ».

Sur la base de ces enquêtes et de l'incompatibilité qui en découlerait, des habilitations ou agréments pourraient être retirés ou abrogés après une procédure, voire même suspendus sans délai « en cas d'urgence ».

Une procédure spéciale est prévue pour le « fonctionnaire occupant un emploi participant à l'exercice de missions de souveraineté de l'Etat ou relevant du domaine de la sécurité ou de la défense » permettant des mutations dans l'intérêt du service dans un autre emploi après une procédure contradictoire, tout en se réservant la possibilité, « eu égard à la menace grave qu'il fait peser sur la sécurité publique » de le radier des cadres, après avis d'un organisme paritaire. La même possibilité est prévue pour les agents contractuels de droit public, et, dans des conditions un peu différentes, aux militaires de carrière et réservistes.

Ces dispositions contribuent à l'extension d'une procédure disciplinaire dégradée : en effet, rien n'empêche aujourd'hui de suspendre puis de radier un fonctionnaire qui serait mis en cause dans une procédure pénale pour sa participation à des infractions de nature terroriste (ou autre d'ailleurs). Ouvrir une possibilité de radiation sur la base de la seule « incompatibilité » du « comportement », deux notions floues, avec l'exercice des fonctions constitue une mesure absolument disproportionnée, susceptible d'être utilisée dans des situations bien éloignées de celles mises en avant par les promoteurs du texte (notamment contre des actions syndicales, qui ne sont étonnamment pas exclues).

Le délai pour saisir le juge administratif, puis pour l'appel et la cassation, est fixé à seulement quinze jours, ce qui constitue assurément un frein à l'accès au juge. Si ce recours est suspensif, il n'en demeure pas moins que le critère permettant de mettre en œuvre ces procédures et les éléments de preuve qui seront débattus devant le juge administratif ne constituent pas des fondements nécessaires et proportionnés.

Le Syndicat de la magistrature est opposé à ces dispositions : il rappelle à nouveau que l'administration n'est pas impuissante lorsqu'un fonctionnaire ou agent exerçant de telles fonctions est mis en examen pour des infractions pénales, notamment terroristes.

### **Sur certaines techniques de renseignement (premiers alinéas de l'article 8 et article 8 ter)**

Le présent article modifie à nouveau l'article L851-2 du code de la sécurité intérieure, relatif au recueil en temps réel par les services de renseignement sur les réseaux des données de connexion, avec une entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> novembre 2017. Cette technique, introduite dans notre droit par la loi renseignement du 24 juillet 2015 pour les seuls besoins de la prévention du terrorisme avait été étendue par la loi du 21 juillet 2016 (de prorogation de l'état d'urgence) à l'entourage des personnes « susceptibles d'être en lien avec une menace ».

Dès son adoption en 2015, le Syndicat de la magistrature avait manifesté son opposition à une telle technique. En tout état de cause, il avait dénoncé son extension à l'entourage. Le Conseil constitutionnel ayant invalidé cette disposition comme disproportionnée (dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité portée par la Quadrature du Net et autres - N° 2017-648 QPC du

4 août 2017), le législateur a décidé de la réintroduire avec des aménagements absolument insuffisants.

Suivant la voie tracée par le Conseil constitutionnel, qui avait rendu une décision résultant d'une interprétation minimaliste du principe fondamental de protection de la vie privée, le législateur propose simplement de limiter le nombre des autorisations délivrées s'agissant de l'entourage, sur le modèle des interceptions de sécurité. Au passage, le critère de recours est légèrement modifié puisque qu'il vise les « personnes appartenant à l'entourage de la personne concernée par l'autorisation (*sont*) susceptibles de fournir des informations au titre de la finalité ». Cette expression très large ne constitue en rien une garantie contre une telle extension de la surveillance, pas plus que la limitation du nombre de personnes susceptibles d'être ainsi simultanément surveillées, qui est fixé par l'autorité décisionnaire, le Premier ministre. En tout état de cause, la détermination de ce nombre ne devrait pas reposer que sur une seule autorité, le Premier ministre, la commission nationale de contrôle des techniques de renseignement ne délivrant, là encore, qu'un simple avis.

Une autre disposition lourde de conséquences vient d'être introduite par amendement : elle vise la surveillance de masse introduite à l'article L 851-3 du code de la sécurité intérieure par la loi du 24 juillet 2015, qui autorise la mise en œuvre, via des algorithmes, d'un sondage généralisé des réseaux « afin de « détecter des connexions susceptibles de révéler une menace terroriste ». Avec d'autres, le Syndicat de la magistrature avait alors exprimé son opposition absolue à la mise en œuvre de ces techniques de surveillance indifférenciée de l'ensemble des citoyens sur les réseaux. La loi avait imposé au gouvernement d'adresser un rapport sur son application au plus tard le 30 juin 2018 et limité son application à une période se terminant le 31 décembre 2018. Le présent projet de loi entend prolonger cette période jusqu'au 31 décembre 2020 et retarder ainsi le rapport au 30 juin 2020.

Plutôt que d'abroger un dispositif qui ne se justifie pas au regard des principes de nécessité, proportionnalité et non excessivité, le gouvernement prolonge la période pendant laquelle ces techniques peuvent être mises en œuvre sans contrôle véritable par le parlement. Le Syndicat de la magistrature rappelle sa ferme opposition à ce texte.