

N° 6761¹**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2014-2015

PROJET DE LOI

**portant mise en oeuvre de certaines dispositions de la
Résolution 2178 (2014) du Conseil de sécurité des Nations
Unies et portant modification du Code pénal et du Code
d'instruction criminelle**

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Dépêche du Procureur Général d'Etat au Ministre de la Justice (2.4.2015)	1
2) Avis de la Cour supérieure de justice (19.2.2015)	2
3) Avis du Juge d'instruction directeur de Luxembourg (26.2.2015).....	4
4) Avis du Procureur d'Etat	
– Dépêche du Procureur d'Etat au Procureur Général d'Etat (3.2.2015).....	5
5) Avis du Procureur Général d'Etat (2.4.2015).....	7

*

**DEPECHE DU PROCUREUR GENERAL D'ETAT
AU MINISTRE DE LA JUSTICE**

(2.4.2015)

Monsieur le Ministre,

Le 16 janvier 2015 vous avez fait parvenir au soussigné pour avis le projet de loi repris sous rubrique.

Sur cette demande ont été transmis au Parquet Général:

- l'avis de la Cour supérieure de justice du 19 février 2015;
- l'avis de Monsieur le Juge d'instruction directeur de Luxembourg du 26 février 2015;
- l'avis de Monsieur le Procureur d'Etat à Luxembourg du 3 février 2015.

Ces documents sont joints à la présente de même que l'avis du soussigné de ce jour.

Veillez agréer, Monsieur le Ministre, l'expression de ma haute considération.

Le Procureur Général d'Etat,

Robert BIEVER

*

AVIS DE LA COUR SUPERIEURE DE JUSTICE

(19.2.2015)

Par transmis du 16 janvier 2015, Monsieur le Procureur général d'Etat a soumis pour avis à la Cour supérieure de Justice le projet de loi portant mise en oeuvre de certaines dispositions de la Résolution 2178 (2014) du Conseil de sécurité des Nations Unies et portant modification du Code pénal et du Code d'instruction criminelle.

Par la Résolution 2178, adoptée le 24 septembre 2014, le Conseil de sécurité des Nations Unies, considérant qu'il faut éliminer les conditions propices à la propagation du terrorisme, et se déclarant gravement préoccupé par la menace terrible et grandissante que font peser les combattants terroristes étrangers, à savoir des individus qui se rendent dans un Etat autre que leur Etat de résidence ou de nationalité, dans le dessein de commettre, d'organiser ou de préparer des actes de terrorisme, ou afin d'y participer ou de dispenser ou recevoir un entraînement au terrorisme, a décidé que les Etats membres doivent, dans le respect du droit international des droits de l'homme, du droit international des réfugiés et du droit international humanitaire, prévenir et éliminer les activités de recrutement, d'organisation, de transport ou d'équipement bénéficiant à ces combattants terroristes étrangers, ainsi que le financement des voyages et activités de ces personnes. Le Conseil de sécurité a décidé encore que tous les Etats doivent veiller à ce que la qualification des infractions pénales dans leur législation et leur réglementation internes permette, proportionnellement à la gravité de l'infraction, d'engager des poursuites et de réprimer certains faits, dont le fait de se rendre ou de tenter de se rendre dans un Etat autre que l'Etat de résidence ou de nationalité, dans le dessein de commettre, d'organiser ou de préparer des actes de terrorisme, ou afin d'y participer ou de dispenser ou recevoir un entraînement au terrorisme.

Le projet de loi sous avis se propose en premier lieu d'apporter diverses modifications aux incriminations existantes de la provocation au terrorisme, du recrutement au terrorisme et de l'entraînement au terrorisme (articles 135-11 à 135-13 actuels du Code pénal).

Les adaptations qu'il est proposé d'apporter aux dispositions légales concernant le recrutement et l'entraînement visent à appréhender pénalement également le fait de se laisser recruter tout comme le fait de participer à l'entraînement.

Le projet de loi se propose en deuxième lieu d'incriminer des comportements susceptibles d'être liés aux activités terroristes. Cette nouvelle disposition légale (article 135-14 nouveau) viserait ceux qui, après avoir été recrutés en vue de commettre des activités terroristes, se verraient encouragés à commettre des actes terroristes dans leur Etat de résidence ou de nationalité, soit avant leur départ pour l'étranger, soit après leur retour de l'étranger, soit indépendamment de tout séjour à l'étranger. Le nouveau texte est inspiré de l'article 421-2-6 du Code pénal français, tel que cet article vient d'être modifié par une loi du 13 novembre 2014.

La troisième innovation a trait à l'incrimination pénale du fait de se rendre dans un Etat étranger, ou de s'être préparé pour se rendre dans un autre Etat étranger, dans le dessein d'y commettre, d'organiser, de préparer ou de participer à une ou plusieurs infractions terroristes. En parallèle doivent être instituées des mesures préventives et répressives (interdiction de sortie du territoire, ordonnée par le juge d'instruction, ou prononcée par la juridiction de jugement). La violation de ces interdictions de sortie du territoire serait pénalement sanctionnée.

La Cour s'interroge sur la nécessité d'introduire ces nouvelles incriminations: celui qui s'est fait recruter, ou qui a participé à des formations ou à des entraînements, ne fait-il pas, sciemment et volontairement, activement partie d'un groupe terroriste, et n'est-il de ce fait pas susceptible de tomber dans le champ d'application de l'incrimination prévue à l'article 135-4 du Code pénal? L'infraction à l'article 135-4 est punissable dans le chef des Luxembourgeois comme des étrangers ayant leur résidence habituelle au Grand-Duché, et encore dans le chef des étrangers trouvés au Luxembourg, alors même que l'infraction a été commise à l'étranger (article 5-1 du Code d'instruction criminelle). De même le fait à incriminer au titre de l'article 135-15 nouveau n'est en somme que la première étape pour la personne concernée de, sciemment et volontairement, faire activement partie d'un groupe terroriste, comportement incriminé au titre de l'article 135-4.

Si néanmoins des incriminations particulières devaient être instituées, la Cour constate que les nouvelles dispositions légales (non seulement l'article 135-14 nouveau, mais également l'article 135-15 nouveau) vont dans le sens d'un déphasage avec les règles de droit commun régissant tant la participation criminelle que la tentative punissable.

S'agissant de l'incrimination du recrutement passif ou encore de l'incrimination de la participation à un entraînement, la Cour constate que l'incrimination de ces faits a lieu en quelque sorte par „emprunt de criminalité“ (les textes prévoient ainsi que constitue également un acte de recrutement au terrorisme, ou encore que constitue également un acte d'entraînement au terrorisme), ce qui n'est pas sans susciter certaines interrogations pour ce qui est des éléments constitutifs requis pour que l'incrimination soit constituée. Faut-il par exemple que le recrutement passif ait été précédé d'actes de recrutement actif?

La Cour de constater encore que les nouvelles incriminations sont de nature à rendre floues les frontières traditionnelles entre travail de police et travail des services de renseignement, dans la mesure où les nouvelles incriminations se situent de plus en plus en amont de la commission effective d'actes terroristes.

Finalement, les nouveaux comportements à sanctionner pénalement semblent partir de la prémisse, du moins en règle générale, que les auteurs ont atteint l'âge de la majorité pénale. Quid des jeunes, n'ayant pas encore atteint l'âge de 18 ans accomplis, qui se laissent recruter ou entraîner?

S'agissant de l'interdiction de sortie du territoire, la Cour se demande si cette mesure n'est pas d'ores et déjà possible au titre du système actuel du contrôle judiciaire. Selon le texte proposé, une telle interdiction de sortie du territoire national ne peut être ordonnée par le juge d'instruction que contre les Luxembourgeois contre lesquels une instruction judiciaire est ouverte pour une des infractions prévues aux articles 135-12 à 135-15, c'est-à-dire pour une infraction faisant encourir une peine d'emprisonnement dont le maximum est de huit ans. Le juge d'instruction pourrait dès lors décerner contre cette personne aussi un mandat de dépôt. Comme les textes actuellement en vigueur (articles 106 et suivants du Code d'instruction criminelle) permettent au juge d'instruction de placer la personne inculpée sous contrôle judiciaire, avec notamment l'obligation de ne pas sortir des limites territoriales déterminées par le juge d'instruction (article 107, point 1), et ce sans distinction de nationalité, la Cour s'interroge si le système actuel du contrôle judiciaire n'est pas au moins aussi apte, sinon même plus, pour satisfaire aux soucis à la base du projet de loi. Si l'inculpé ne se tient pas à cette condition, un mandat d'arrêt ou de dépôt pourra être décerné, ce qui semble tout aussi efficace que la sanction pénale dont le projet de loi entend assortir la violation de l'interdiction de sortie du territoire national: par hypothèse celui qui a violé une interdiction de sortie du territoire national, ne se trouve plus sur le territoire national, et ne pourra être utilement traduit en justice pour être sanctionné pénalement qu'après son retour, la sanction pénale à prononcer ne pouvant être exécutée qu'après expiration des délais des voies de recours.

La Cour s'interroge également sur l'opportunité de prévoir pour la juridiction de jugement, la possibilité de prononcer une interdiction de sortie du territoire. Puisqu'il s'agit d'une mesure restrictive de la liberté individuelle, une telle mesure, prononcée par les juridictions de jugement, prend les allures d'une peine (même si elle est moins contraignante qu'une peine privative de liberté). Il faudrait donc la mentionner parmi les peines (correctionnelles, article 14) que, seules, les juridictions de jugement peuvent appliquer. La question d'une éventuelle discrimination risque également de se poser, alors qu'il pourrait être soutenu que les prévenus luxembourgeois pourront plus facilement bénéficier d'une peine autre qu'une peine d'emprisonnement ferme à raison de la possibilité offerte à la juridiction de jugement de prononcer une interdiction de sortie du territoire.

Dans la foulée de ces observations, il y aurait également lieu de faire abstraction de la modification à l'endroit du Code d'instruction criminelle.

AVIS DU JUGE D'INSTRUCTION DIRECTEUR DE LUXEMBOURG

(26.2.2015)

Il résulte de l'exposé des motifs du projet sous examen que son objet consiste à adapter la législation luxembourgeoise aux obligations qui résultent pour les Etats membres des Nations Unies de la Résolution 2178 adoptée par le Conseil de Sécurité des Nations Unies le 24 septembre 2014 dans la mesure où ces obligations rendent nécessaires une modification de la législation répressive au Luxembourg.

La communauté internationale réunie au sein des Nations Unies est confrontée à un nouveau phénomène dit des combattants terroristes étrangers. Il faut donc adapter la législation pénale en vigueur au Luxembourg en tenant compte de tous les comportements qui sont susceptibles de constituer des actes de commissions, d'organisations, de préparations, de participations à une ou plusieurs infractions liées à des activités terroristes.

L'opportunité donc de cette démarche ne pose pas de problèmes, il s'agit donc d'analyser si les dispositions pénales figurant dans le projet de loi peuvent soulever des questions de cohérences.

L'article 1 du projet de loi sous examen n'appelle pas d'observations particulières de ma part.

L'article 2 du projet de loi sous examen mérite toutefois certaines observations.

Sous les points 7, 8, 9 et 10 le projet de loi propose de remplacer la référence à l'article 135-13 du Code pénal par l'article 135-16 du même Code pour ce qui est du point 7. Au point 8 la référence à l'article 170 du Code pénal serait à remplacer par celle de l'article 192-2 du même Code. Il en est de même pour les points 9 et 10 du projet de loi sous examen.

En ce qui concerne les articles 66-2 et 66-3 du Code d'instruction criminelle, il conviendrait d'enlever une fois pour toutes dans le texte légal le terme d'inculpé qui est à l'origine de graves problèmes de mise en oeuvre de la mesure concernée. Il faudrait le remplacer par la formule „personne visée par l'instruction préparatoire“ ce qui permettrait d'appliquer un moyen de recherche efficace avant que la personne visée n'ait connaissance de la procédure par son interrogatoire et son inculpation consécutive. L'avantage serait aussi de disposer avant l'inculpation de la personne visée d'un dossier mieux ficelé prenant en compte également des éléments importants tels que les comptes bancaires.

Il conviendrait de préciser ici qu'en effet à l'heure actuelle les juges d'instruction reçoivent des demandes d'entraides judiciaires des Etats membres de l'Union Européenne qui sollicitent plus particulièrement sur base du protocole du 16 octobre 2001 à la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mai 2000 des perquisitions toutes banques à un stade de la procédure où la personne visée n'a pas encore fait l'objet d'un interrogatoire et d'une inculpation. Les juges d'instruction réservent, à condition qu'un lien avec le Luxembourg puisse être établi, dans la demande d'entraide judiciaire une suite favorable à ces demandes. Il s'ensuit que dans cette matière nous avons deux régimes différents, une procédure nationale qui exige une inculpation avant de pouvoir procéder à une perquisition toutes banques, et une procédure internationale moins stricte dont l'une des conditions est que la personne soit visée par une enquête judiciaire indépendamment de toute inculpation.

Il conviendrait aussi de procéder dans les articles 66-2 et 66-3 au remplacement de la liste actuelle, inadaptée pour les besoins auxquelles elle doit répondre et trop réductrice quant aux infractions pour lesquelles la perquisition toutes banques peut s'appliquer. Il faudrait s'inspirer pour ce qui concerne cette liste par celle qui est prévue d'être insérée à l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle (projet de loi 6763 portant modification et de la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques).

Sous le point 12 il est prévu d'ajouter au livre Ier, Titre III, Chapitre I, une section X-1 nouveau comportant l'article 112-1 nouveau et libellé comme suit dans son paragraphe I, tout luxembourgeois faisant l'objet d'une instruction préparatoire pour une des infractions prévues par les articles 135-12 à 135-15 du Code pénal peuvent faire l'objet d'une interdiction de sortie du territoire national.

Il convient de remarquer que cet article pose la condition de la nationalité luxembourgeoise pour ce qui est de la mise en oeuvre de cette mesure. Ce moyen consistant à interdire la sortie du territoire national peut aussi intervenir à un moment précoce de l'enquête et n'exige pas une inculpation préalable de la personne visée. Il s'agit donc d'un régime dérogatoire par rapport au régime général du contrôle judiciaire.

Force est de constater que l'article 107 de la section X du Code d'instruction criminelle relative au contrôle judiciaire exige la condition de l'inculpation et ne soumet pas l'interdiction de quitter le territoire national à la condition de la nationalité luxembourgeoise. Ce texte légal a fait ces preuves et n'a pas soulevé de problèmes majeurs dans son application.

Se pose donc la question de l'opportunité d'introduire un article supplémentaire concernant la mesure de contrôle judiciaire pour des infractions liées à des activités terroristes.

Le juge d'instruction directeur,
Ernest NILLES

*

AVIS DU PROCUREUR D'ETAT

DEPECHE DU PROCUREUR D'ETAT AU PROCUREUR GENERAL D'ETAT

(3.2.2015)

Monsieur le Procureur Général d'Etat,

Comme suite à votre demande du 16 janvier 2015, je me permets de vous soumettre l'avis du Parquet de Luxembourg sur le projet de loi visé.

Le texte en projet entend mettre la législation pénale luxembourgeoise en adéquation avec les mesures répressives que l'ONU oblige ses Etats Membres à instaurer en vue de renforcer la lutte contre le terrorisme en ce qui concerne ses aspects accessoires – paragr. 5, 6 et 8 de la Résolution 2178(2014). L'idée est d'intervenir bien en amont des actes terroristes et de prévenir les atteintes aux personnes et aux biens, en incriminant des agissements de nature préparatoire; le projet de loi entend ainsi compléter l'arsenal légal instauré par la loi du 26 décembre 2012 concernant les infractions liées aux activités terroristes – articles 135-11 à 135-14 CP.

L'opportunité de la démarche n'est donc pas à discuter; il s'agit d'apprécier si les dispositions pénales complémentaires arrêtées par le Projet de loi ne soulèvent pas de questions de cohérence?

Ad article 1 – PL 6761

Concernant l'article 135-14, il convient de rectifier la référence aux peines prévues par l'article 135-18, par celle à l'article 135-17, le projet ne comportant pas d'article 135-18.

Concernant l'article 135-15 et pour englober dans l'incrimination des voyages entrepris à des fins terroristes, celui qui sans partir lui-même, s'occupe seulement de l'organisation du voyage, il semble indiqué de compléter le texte par une hypothèse d'infraction complémentaire dans les termes suivants: „Celui qui en connaissance du dessein terroriste, organise le voyage visé par la disposition qui précède, ou participe à son organisation, est passible des mêmes peines.“, quoique les dispositions sur les co-auteurs ou complices d'une infraction puissent être considérées comme suffisantes pour la poursuite.

Concernant l'interdiction de sortie du territoire national prévue par l'article 135-17, paragraphe (2), se pose la question s'il ne convient pas de la prévoir de manière générale et également pour le cas où la juridiction de jugement prononce une peine d'emprisonnement ferme, l'interdiction ne devenant exécutoire dans cette hypothèse qu'au moment de la libération de la personne condamnée. Le texte serait alors à modifier en faisant abstraction dans la première phrase du paragraphe (2), après le chiffre 135-15, des termes „à une peine autre qu'une peine d'emprisonnement ferme“ et en ajoutant à la fin du paragraphe la phrase: „En cas de peine privative de liberté ferme, l'interdiction de sortie du territoire national ne produira ses effets qu'après l'exécution totale ou partielle de cette peine.“

Les autres dispositions en projet ne soulèvent pas d'observations particulières.

Ad article 2 – PL 6761

Dans le cadre de la modification des articles 66-2 et 66-3 CIC (points 8) et 10) de l'article du PL remplacement au point 11) de la liste d'infractions de l'article 170 CP par l'article 192-2 CP), il faut profiter de l'occasion pour remplacer la liste actuelle, inadéquate pour les besoins auxquels elle doit

répondre, en ce qu'elle est trop réductrice quant aux infractions pour l'instruction desquelles la mesure de l'injonction „toutes banques“ peut s'appliquer, par celle qu'il est prévu d'insérer à l'article 67-1 CIC par le Projet de loi 6763 portant modification de cette disposition de procédure pénale (retraçage et localisation de télécommunications) et de la loi modifiée du 30 mai 2005 (protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications). Dans le même contexte il conviendrait de faire abstraction dans le texte des articles 66-2 et 66-3 CIC du terme „inculpé“ qui cause des problèmes de mise en oeuvre utile de la mesure, et de le remplacer par la formule „personne visée par la procédure d'instruction“, ce qui permettrait d'appliquer le moyen de recherche avant que la personne suspecte n'ait connaissance de la procédure par son interrogatoire et son inculpation conséquente.

La question se pose s'il ne faut – pas prévoir des dispositions de compétence internationale – art. 5 – 7 CIC. Les dispositions existantes en matière de compétence pour agir contre des ressortissants luxembourgeois ayant commis des infractions de la nature de celle visée par les textes en projet à l'étranger s'appliquent; la nécessité de pouvoir poursuivre au Luxembourg des ressortissants d'autres nationalités pour des infractions commises à l'étranger ne s'impose pas; de toute manière, dans le contexte européen le mandat d'arrêt européen est d'application et impose la remise de ressortissants nationaux aux fins de poursuite.

Néanmoins en considération de la teneur actuelle de l'article 5-1 CIC¹, il est indiqué de remplacer dans la référence aux articles 135-11 à 135-13, ce dernier par l'article 135-14 qui incrimine de nouveaux agissements concrets. L'insertion des articles 135-15 et 135-16 nouvellement créés n'est pas utile, alors qu'ils visent des infractions essentiellement rattachées au territoire luxembourgeois.

Les autres dispositions en projet ne soulèvent pas d'observations particulières.

Profond respect.

Le Procureur d'Etat,
Jean-Paul FRISING

*

¹ **Art. 5-1.** (L. 16 juillet 2011) Tout Luxembourgeois, toute personne qui a sa résidence habituelle au Grand-Duché de Luxembourg, de même que l'étranger trouvé au Grand-Duché de Luxembourg, qui aura commis à l'étranger une des infractions prévues aux articles 112-1, 135-1 à 135-6, 135-9 et 135-11 à 135-13, 163, 169, 170, 177, 178, 185, 187-1, 192-1, 192-2, 198, 199, 199bis, 245 à 252, 310, 310-1, et 368 à 384 du Code pénal, pourra être poursuivi et jugé au Grand-Duché, bien que le fait ne soit pas puni par la législation du pays où il a été commis et que l'autorité luxembourgeoise n'ait pas reçu soit une plainte de la partie offensée, soit une dénonciation de l'autorité du pays où l'infraction a été commise. (L. 26 décembre 2012).

AVIS DU PROCUREUR GENERAL D'ETAT

(2.4.2015)

Le projet de loi tend à renforcer les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme. Il complète ainsi pour la quatrième fois en 12 ans les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme prévues au code pénal. Le texte comporte plusieurs évolutions juridiques majeures et confirme le caractère dérogatoire du droit pénal en matière de terrorisme.

Il existe en effet une différence fondamentale entre les modifications législatives introduites par les lois des 12 août 2003, 27 octobre 2010 et 26 décembre 2012 de celles qui sont prévues au projet de loi sous avis.

Les dispositions en vigueur en matière de terrorisme étaient, du point de vue des principes du droit pénal tout à fait classiques: quelqu'un était punissable étant donné qu'il avait commis ou participé, sous une forme ou une autre, à un acte de terrorisme ou encore tenté de ce faire.

Les dispositions proposées dans le projet de loi sous avis ont une autre portée, un autre sens, en ce qu'elles ont, du moins principalement, pour l'objet d'incriminer préventivement certains faits desquels on peut déduire (ou plutôt entend déduire) que son auteur a (le cas échéant) l'intention de commettre des attentats ou encore d'être mêlé à des actes terroristes ou de terroristes.

Ainsi que la lutte antiterroriste donne un tournant préventif à la justice pénale.

Il s'agit de l'émergence d'un nouveau modèle en droit pénal en tant que tel où l'action préventive devient centrale.

Il convient de noter que non seulement la Résolution 2178 (2014) du Conseil de sécurité des Nations Unies va dans cette direction, mais également la législation récente des pays avoisinants.

Il est exact que le terrorisme en tant que tel n'est pas un phénomène nouveau, les exemples étant légion où des personnes ont d'abord été considérées comme „terroristes“ pour ensuite être plus ou moins reconnues comme faisant partie de „mouvements de libération“, puis comme membres de gouvernements légitimes, reconnus par la communauté internationale.

Ce qui est par contre nouveau c'est qu'on ne se trouve actuellement plus en présence d'un terrorisme „séparatiste“, le nouveau terrorisme n'exprimant pas de revendication explicite au sens classique, il se ressent par ses conséquences dans notre être, notre chair, d'où sa dimension catastrophique: c'est un événement qui peut survenir à tout moment. A cause de son imprévisibilité et du traumatisme collectif qu'il cause, l'attentat terroriste mondialisé est assimilé à une catastrophe naturelle.

Il est dès lors traité non comme un défi politique mais plutôt comme un risque contre lequel on ne peut pas agir politiquement mais contre lequel il y a lieu de se prémunir. On se limite à en limiter les effets comme on le fait pour toute catastrophe naturelle.

Ce qui rend encore beaucoup plus compliqué la tâche de combattre les „terroristes modernes“ est qu'ils ne montrent aucun signe de rébellion, de se faire oublier; contrairement aux dissidents, ils n'exposent pas publiquement leur désaccord. On a voulu circonscrire le jihadisme à un phénomène religieux ou culturel propre aux jeunes Arabes de banlieue, mais en réalité ce sont dans la plupart des cas les convertis, fort nombreux dans les attentats, ce qui achève de brouiller les pistes. Leur profil n'a rien de déterminé: d'un niveau d'éducation plutôt élevé, les terroristes ne se recrutent pas parmi les plus pauvres. Il n'existe pas non plus de corrélation notable avec une inadaptation sociale. Le terrorisme peut aussi bien manifester un déficit d'intégration qu'à l'inverse, une réaction violente contre la crainte d'assimilation.

N'est-il pas frappant que la différence entre espace privé et espace public s'estompe? Un des meilleurs exemples de ce retournement de sens est le rôle que joue la prison dans le développement du terrorisme. Ce lieu d'exécution de la peine, ce lieu qui „célèbre“ en quelque sorte la puissance du souverain sur les incarcérés, le lieu de redressement, de contrôle maximum est devenu une sorte d'université non plus du crime mais de la radicalisation religieuse, l'endroit où germent les pires violences contre l'Etat. N'est-ce pas un paradoxe que le lieu le plus maîtrisé devient le plus immaîtrisable?

Les „terroristes modernes“ révèlent par ailleurs une parfaite disparité: il y en a qui font de la politique, qui sont préoccupés plus ou moins de religion, de salut individuel, ou encore de racisme. D'autres veulent protéger l'intégrité de leur territoire, leur intégrité morale et s'opposent à ce que nous considérons comme la modernité et contestent plus que violemment l'universalité des droits de l'homme,

cette dernière considération étant plus grave, la plus préoccupante, et qui soulève le plus de questions.

Si, traditionnellement, on définissait la guerre comme une action réciproque, il n'y a plus ici de réciprocité. D'où la difficulté de voir la fin de l'épilogue des mouvements terroristes actuels: il n'y a pas d'interlocuteur.

Un autre fait est que le terrorisme s'est mondialisé: son action n'a plus pour référence un territoire national, voire régional, mais le monde entier. Voilà pourquoi on a pu parler de terrorisme déterritorialisé. Aussi les frontières ne sont plus entre les territoires mais entre des gens qui bougent sans cesse. Elle se trouve, le cas échéant, entre voisins, qui peuvent se soupçonner réciproquement.

Il n'y a plus que des frontières invisibles entre les pays.

Il suit de ces considérations générales un **aspect général** qui intrigue tous les observateurs consistant dans la relative facilité avec laquelle les opinions publiques démocratiques acceptent des restrictions de leurs libertés au nom de la lutte antiterroriste. L'idéologie sécuritaire ne pourrait prospérer en effet si elle n'était soutenue par une grande demande de protection.

Il paraît donc que lorsque le danger est perçu comme suffisamment imminent, les citoyens se sentent si menacés que leur craintes contre les restrictions contre les libertés publiques s'estompent.

C'est ainsi que la Justice prend un tournant préventif.

L'idée de la protection contre une dangerosité intrinsèque, qui se retrouve sous des formes diverses dans la figure du suspect comme dans celle du pédophile, supplante celle de rétribution morale d'un acte passé ainsi que celle d'éducation des déviants. Le seul objectif à court terme est la *neutralisation*. Ces mesures ne poursuivent une finalité ni rétributive, ni vengeresse, ni éducative, ni même éliminatrice (du moins pas en ce qui concerne les terroristes). Même si les mesures envisagées sont à l'évidence coercitives, leur but n'est ni de faire souffrir, ni de rééduquer, ni de mettre en scène une réprobation publique pour rappeler un interdit, ni de rétribuer une faute morale: la finalité est d'ordre préventif. C'est de la police préventive.

La législation antiterroriste britannique est peut-être la plus symptomatique à ce sujet en consacrant une nouvelle figure du suspect, lequel est intrinsèquement, dangereux, se réduisant à sa dangerosité et devient ainsi „une figure limite pour le droit“.

Les nouveaux dispositifs antiterroristes se caractérisent par deux traits qui nous ramènent à la situation en cas de catastrophe naturelle: contrôle et prévention.

Ce modèle du contrôle est tellement puissant qu'il redéfinit l'intervention du juge: ce dernier statue en temps réel et doit moins pondérer des droits qu'évaluer la réalité du danger (on est loin du tiers devant arbitrer au terme d'une argumentation judiciaire!).

Ce qui caractérise la prévention, c'est le contrôle qui n'a d'autre but que d'empêcher la survenue de l'événement. Toute perspective d'amélioration des conditions de vie, de transformation de l'individu est abandonnée.

Aussi la question de l'efficacité des mesures visées dans la lutte contre le terrorisme est-elle mise en doute dans les milieux scientifiques.

Il est exact, et il convient de le rappeler, que le projet de loi sous examen est fort modéré par rapport à des législations de pays de l'Union Européenne ou d'autres pays qui ont des régimes politiques parfaitement démocratiques.

En raison des événements particulièrement dramatiques de ces derniers mois le soussigné comprend parfaitement l'objet du projet: Un défaut de réaction au plan législatif ne serait-il pas perçu comme un aveu de l'impuissance de l'Etat souverain?

Ceci étant on peut mettre en doute que les dispositions du projet de loi soient une panacée contre le terrorisme.

Il y a lieu de se montrer à la fois capable de combattre les terroristes et de lutter contre les causes¹.

Le tournant préventif du droit pénal – même s'il est encore limité – met mal à l'aise, il faut bien l'avouer, un juriste „classique“ et ceci parce que si on tient le raisonnement jusqu'au bout, des valeurs aussi essentielles que la présomption d'innocence, l'exigence d'une preuve suffisante (et donc au moins

¹ Il est essentiel que les autorités publiques adoptent des politiques de déradicalisation cohérentes, même s'il s'agit de travaux complexes et de longue haleine.

d'actes préparatoires à une infraction) le droit à un procès équitable, la publicité des débats, transparence et légalité des preuves sans parler de la motivation de décisions et de tout droit de faire appel, risquent d'être mises à mal.

Ce malaise ne résulte d'ailleurs pas seulement de la tendance des législateurs en matière de terrorisme mais risque de devenir une règle de plus en plus générale. On considère que les politiques publiques ont accordé trop d'importance aux droits des délinquants (ce qui est pour le moins discutable) et pas assez aux victimes et partant de l'idée fixe que les institutions aussi bien judiciaires que réadaptatives n'ont pas réussi, par des méthodes pénales éducatives et cliniques, à protéger la société de ces risques on tend, bien à tort à redéfinir la justice en lui demandant non seulement les effets de la peine sur les délinquants, mais qu'elle doit se soucier également des êtres innocents qui seront les prochaines victimes des récidivistes. On parle en l'espèce d'une „recomposition du droit pénal“².

Ainsi la justice passe insensiblement du passé au futur: le contrôle regarde vers l'avenir alors que la peine classique est tournée vers le passé.

Dans ce cadre on peut imposer toutes sortes d'obligations à l'égard d'un individu pouvant être raisonnablement suspecté d'être en lien avec une organisation terroriste³. La législation britannique est à cet égard considérée la plus „développée“, „cohérente“ alors qu'elle est inadmissible pour d'autres.

C'est en réalité une manière subtile d'associer le suspect au contrôle de lui-même. Le non-respect d'une de ces mesures peut être sanctionné d'une peine de prison.

Ces mesures ne sont pas très éloignées d'une forme d'arrestation domiciliaire, c'est-à-dire d'un emprisonnement chez soi. La frontière entre la privation et la restriction de liberté devient de plus en plus brouillée.

Il suffit de *suspecter* un individu. Les mots ont ici une grande importance: la loi ne demande pas aux autorités de **croire** que l'individu est lié au terrorisme, et encore moins d'**en être convaincu** mais **simplement de le suspecter**.

*

Une première conséquence directe qui découle des considérations qui précèdent est qu'on ne peut en l'occurrence plus guère faire de distinction quant à la finalité du travail des services de Police qui est essentiellement judiciaire et d'autres services tel notamment le Service de Renseignement de l'Etat.

Il y aura pour ainsi dire une collaboration institutionnelle entre la Police et le SRE, bien que non seulement la finalité mais encore la manière de travailler des deux corps soit fondamentalement différente.

2 En matière de pédophilie on constate le même phénomène. Ainsi le jour de la rédaction du présent avis un enseignant a été déclaré coupable d'avoir commis des abus sexuels graves sur des enfants. Comme il avait été condamné antérieurement à une peine d'emprisonnement de 6 mois assortie du sursis du chef de pédopornographie, il y a en France une unanimité pour dénoncer un dysfonctionnement des pouvoirs publics: Comment peut-on laisser quelqu'un qui a été condamné du chef de pédopornographie en contact avec des enfants?

Or, il est (très) loin d'être prouvé qu'une personne condamnée du chef de cette infraction passe à des abus sexuels graves. C'est la prévention qui compte.

Le problème de la prévention de la récidive chez les auteurs d'infraction à caractère sexuel (Sicherheitsverwahrung) est encore le même. Dans les pays avoisinants qui se sont dotés de telles législations les juridictions peuvent, après avoir condamné un inculpé à une peine déterminée, décider que le condamné peut être retenu dans un établissement fermé après avoir purgé sa peine s'il est toujours considéré comme étant dangereux.

C'est encore une fois l'aspect préventif qui est ainsi mis en exergue. Le jour où une personne déjà condamnée du chef d'une infraction à caractère sexuel grave commet par malheur une nouvelle infraction du même genre (et le jour arrivera inéluctablement) la même question sera débattue dans notre pays.

Dans une certaine mesure l'on constate d'ailleurs le même phénomène dans le projet de loi relatif au renforcement des victimes qui se trouve dans le processus législatif.

3 Les mesures peuvent être très variées: le suspect peut être obligé de porter un bracelet électronique, de respecter un couvre-feu en restant chez lui (ou en ne sortant pas d'un certain périmètre ou uniquement certaines heures de la journée), de ne pas fréquenter certaines personnes; il peut être privé de passeport ou se voir interdire l'accès aux gares, ports ou aéroports; il peut être privé de téléphone, de l'internet, de fax et de tout moyen moderne de communication; il peut être soumis à des perquisitions ou des visites inopinées des services de police, peut être pris en photo et doit fournir certaines informations sur simple demande des autorités, etc. Certaines de ces mesures sont tellement vagues qu'elles font naître une grande anxiété chez les sujets contrôlés qui ne savent pas au juste ce qu'ils ont le droit de faire ou non, et qui n'ont pas le droit de savoir les raisons qui ont justifié une telle suspicion.

Tout travail policier en matière judiciaire doit être régulier, indiquer le cheminement de l'enquête, le moyen par lequel on a pu se procurer une preuve, la déclaration des témoins sont actées et signées, les procédures coercitives (arrestation, perquisition, saisie, écoute téléphonique, repérage, etc.) doivent être documentés et décrites (de plus en plus) par un menu détail.

Tous les dossiers sont soumis dans leur intégralité d'abord aux magistrats des parquets (et dans les affaires graves à un juge impartial, en l'espèce le juge d'instruction) puis, aux prévenus (et parties civiles) et leurs avocats où tous les moyens tenant à la légalité formelle aussi bien que toutes les règles inhérentes à un procès équitable sont discutés à fond.

La manière de travailler d'un service de renseignement est par nature différente: il travaille en secret en ayant recours à des informateurs inconnus dont l'identité n'est pas révélée et dont les constatations et révélations purement orales sont invérifiables, ceci étant dit sans mettre en doute par principe l'honnêteté des informateurs⁴.

Le Conseil d'Etat a observé, dans son avis du 15 janvier 2015, à fort juste titre, qu'„il échet de veiller à une séparation nette des missions confiées au SRE et de celles relevant de la Police grand-ducale. Dans ces conditions, et nonobstant le libellé actuel de l'alinéa 1er de l'article 88-3 du code d'instruction criminelle, le Conseil estime que le SRE doit se dessaisir de toute affaire dès qu'il se révèle qu'il y a eu infraction en respectant à ces fins les exigences de l'article 23 dudit code.“

Il s'agit en l'espèce d'un rappel d'une règle fondamentale en matière de procédure pénale. La question se pose toutefois si elle ne devient pas une illusion à partir du moment où tant le SRE que la Police judiciaire travaillent dans le même domaine préventif.

En incriminant pénalement des comportements pouvant, le cas échéant être considérés comme étant de nature préventive, une collaboration de plus en plus étroite entre la Police et le SRE s'imposera et sera inévitable et indéniablement plus efficace en matière de lutte contre le terrorisme.

Cette collaboration a cependant également un autre côté néfaste: Les collaborateurs ou informateurs du SRE obtiennent par leurs méthodes de travail à eux des renseignements relatifs à d'autres infractions, fût-ce par hasard, ou encore par les milieux qu'ils fréquentent.

Pour concrétiser cette différence:

Un procès-verbal de la police commence par les mots: „Uns wurde von einer Person welche vertrauenswürdig ist herangetragen, dass X den Einbruch bei Y begangen hat ...“.

La valeur d'un tel procès-verbal est nulle en matière judiciaire alors qu'il en est tout autrement en matière de renseignement.

Or, à force de travailler ensemble les policiers après avoir pris connaissance des informations de la part d'agents du SRE ne manqueront pas – et réussiront – à „blanchir“ ces informations de manière adroite pour les faire figurer sous une forme „retravaillée“ dans un procès-verbal.

Il y a, certes, des personnes fort honorables et qui sont ouvertes aux problèmes des libertés publiques qui ne verront aucun problème à cette manière de faire et qui, bien au contraire, considéreront que cette manière de faire assurera une meilleure information de la police, une répression plus efficace (les problèmes de la preuve pouvant être „évacués“ plus facilement).

Par contre les juristes „classiques“ seront fort sceptiques, voire irrités, par ces procédés et ne manqueront pas de se poser maintes questions à propos de la régularité de certaines procédures.

*

4 Un tout petit exemple: Aux termes de l'alinéa 7 de l'article 88(2) du code d'instruction criminelle quant aux deux manières de procéder, „la personne dont la correspondance ou les télécommunications ont été surveillées est informée de la mesure ordonnée au plus tard dans les douze mois qui suivent la cessation de la (présente) mesure“

La personne visée doit donc être informée de la mesure de surveillance ordonnée même (ou surtout!) lorsque celle-ci n'a pas donné de résultat.

Est-il nécessaire que dans le projet relatif au SRE on ne trouve pas une disposition pareille?

EXAMEN DES TEXTES

Il est proposé en premier lieu d'apporter diverses modifications aux articles 135-11 à 135-13 actuels du Code pénal, aux incriminations existantes de la provocation au terrorisme, du recrutement au terrorisme et de l'entraînement au terrorisme.

Ces articles posent du point de vue des principes régissant le droit pénal une question fondamentale.

Dans l'ouvrage „Introduction au droit pénal“, Françoise Tulkens et Michel van de Kerchove (éd. Kluwer, 2007, pages 382 et suivantes), exposent le problème comme suit:

„Dans le droit pénal général la résolution criminelle doit se matérialiser dans des actes extérieurs qui forment un commencement d'exécution du crime ou du délit. Cette condition légale introduit à deux distinctions qui se superposent partiellement.

D'une part la distinction entre les *actes préparatoires* et les *actes d'exécution*. Par les premiers, qui sont impunis, l'agent se procure les moyens de l'infraction, mais ils ne manifestent pas, avec certitude, l'intention de la commettre; par les seconds, il les met en oeuvre. Dans les faits, la frontière est difficile à tracer et le législateur en a laissé le soin aux tribunaux, dans chaque cas d'espèce. Certains critères ont été proposés, mais ils ne rendent pas nécessairement compte de toutes les situations. Ainsi, par exemple, le critère de l'univocité: ne sera pas considéré comme un acte d'exécution, l'acte équivoque qui peut encore faire l'objet de diverses interprétations. Ou encore celui de la proximité: l'acte trop éloigné de la fin proposée laisse place à un abandon du projet criminel. D'autre part, la distinction entre l'exécution d'une infraction et l'infraction elle-même. L'acte extérieur ne doit pas nécessairement être un élément constitutif de l'infraction, mais il peut être le premier acte d'une série de faits qui conduisent à l'infraction: „Dans notre système, il n'est pas nécessaire que l'acte principal, qui *constitue le crime*, soit déjà commencé ... Pour qu'il y ait tentative, il faut ... que l'auteur ait commencé non pas *le crime* mais *l'exécution de ce crime*, ce qui n'est pas toujours la même chose“. La Cour de cassation française a synthétisé de manière éclairante la problématique: „Le commencement d'exécution est caractérisé par tout acte qui tend directement au crime avec intention de le commettre“. A son tour, la Cour de cassation belge a récemment formulé le principe suivant: „le commencement d'exécution de l'infraction ... ne requiert pas ... que l'acte constitutif du crime ou du délit soit lui-même déjà commencé; ... il y a commencement d'exécution dès que l'agent met en oeuvre les moyens qu'il s'est procurés, qu'il a apprêtés et disposés pour réaliser son projet criminel; le commencement d'exécution est en relation nécessaire avec l'intention criminelle de l'auteur et ne peut s'expliquer que par la volonté de celui-ci de perpétrer une infraction déterminée à la commission de laquelle les actes accomplis tendent directement et immédiatement; ... un acte qui ne laisse aucun doute sur l'intention de l'auteur peut donc constituer le commencement d'exécution qui caractérise la tentative punissable“. Pour caractériser cette conception jurisprudentielle dominante, on a parlé d'„univocité circonstancielle“.

On est en l'espèce en droit commun ni en présence d'une infraction ni d'une tentative: rien ne s'étant encore passé, c'est le risque de voir quelqu'un rejoindre des terroristes qui est puni. Il est renvoyé à ce sujet à la partie générale du présent avis.

L'univocité risque de ne pas pouvoir être établie dans les cas visés par les articles sous examen: les actes incriminés sont fort loin de la fin (supposée implicitement par le législateur) pour pouvoir aboutir, en fin de compte à une condamnation.

Dans le même contexte il importe encore de rappeler que le principe de légalité en matière pénale „procède de l'idée que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable. Il exige que le législateur indique, en des termes suffisamment précis, clairs et offrant la sécurité juridique, quels faits sont sanctionnés, afin, d'une part, que celui qui adopte un comportement puisse évaluer préalablement, de manière satisfaisante, quelle sera la conséquence pénale de ce comportement et afin, d'autre part, que ne soit pas laissé au juge un trop grand pouvoir d'appréciation“ (arrêt 158/2011 du 20 octobre 2011 de la Cour Constitutionnelle de Belgique).

Exactement les mêmes considérations valent pour l'article 135-14 du Nouveau Code pénal qui prévoit d'incriminer des comportements susceptibles d'être liés aux activités terroristes. Cette nouvelle disposition légale (article 135-14 nouveau) viserait ceux qui, après avoir été recrutés en vue de commettre des activités terroristes, se verraient encouragés à commettre des actes terroristes dans leur Etat

de résidence ou de nationalité, soit avant leur départ pour l'étranger, soit après leur retour de l'étranger, soit indépendamment de tout séjour à l'étrangers⁵.

L'article 135-15

La troisième innovation a trait à l'incrimination pénale du fait de se rendre dans un Etat étranger, ou de s'être préparé pour se rendre dans un autre Etat étranger, dans le dessein d'y commettre, d'organiser, de préparer ou de participer à une ou plusieurs actions terroristes.

Dans l'article cité de Julie Alix paru dans la Gazette du Palais on peut lire:

„Se renseigner, seul, sur les moyens de rejoindre des combattants en Syrie ou bien sur la fabrication d'un engin explosif, n'est-ce pas déjà entrer dans la phase d'exécution de la participation à une association de terroristes? La proposition se veut volontairement provocatrice. Il s'agirait là de réprimer le commencement d'exécution d'un acte lui-même préparatoire à un acte de terrorisme (non identifié). La doctrine considère que, même si la tentative de la participation à une association de malfaiteurs est juridiquement punissable, „la structure de l'incrimination [...] écarte de manière consubstantielle“⁶ la répression de sa tentative: parce que l'on se rapproche alors dangereusement des étapes psychologiques de l'activité criminelle.“

*

Pour le surplus de l'examen des articles du projet ayant trait à des modifications du droit pénal il est renvoyé à l'avis de la Cour Supérieure de Justice, qu'on partage entièrement et qu'il n'y a pas lieu de recopier, en d'autres termes:

De cet avis résulte non seulement un doute quant à la nécessité de compléter nos textes mais encore un malaise certain à l'égard du texte proposé.

L'interdiction de sortir du territoire doit en tout état de cause être considérée comme une peine et figurer comme telle à l'article 7 du code pénal.

**Quant aux modifications à apporter
au Code d'instruction criminelle**

C'est à juste titre que le Gouvernement a fait observer dans le projet de loi portant organisation du Service de Renseignement de l'Etat (projet de loi n° 6675, pages 47 et 48 qu'„avec le développement des technologies modernes et le délaissement de l'outil téléphonique classique (ligne fixe) en faveur de l'ordinateur personnel (y compris portable), des smartphones et autres dispositifs de communication mobile, il est essentiel de prévoir une base juridique permettant au SRE de compléter le régime des moyens et méthodes de recherche afin de tenir compte pleinement de l'évolution rapide des technologies de communication. Les communications sur Internet via l'ordinateur ayant recours à un logiciel crypté ne sont pas interceptables via la ligne téléphonique ou ligne DSL classique, de même que les connexions internet sécurisées (de type „https“, de sorte que l'ordinateur doit être surveillé à partir de sa plateforme d'émission. Les articles 88-3 et suivants du Code d'instruction criminelle avaient d'ailleurs anticipé l'innovation technologique toujours plus rapide.“

Il est inutile d'insister sur le fait que des dispositions analogues doivent impérativement figurer dans le code d'instruction criminelle dans le cadre du combat des formes de criminalité grave, que ce soit le terrorisme, la criminalité organisée en général ou encore la cybercriminalité.

Même si on se rend bien compte que tout moyen d'intrusion dans la vie privée est per se une mesure grave, il serait inconcevable de permettre au SRE d'avoir recours à la captation d'informations, sa mission n'étant que préventive, et non aux services judiciaires (et policiers sur mandat de justice). Une telle différenciation serait d'autant moins acceptable qu'en matière judiciaire les intérêts des personnes faisant l'objet d'une instruction sont infiniment mieux protégés que ceux des citoyens sous la „surveil-

⁵ Pour un exposé plus explicite des difficultés d'application de ces textes il est renvoyé entre autres à l'article de Emmanuel Dupic, Gazette du Palais du 26 novembre 2014, au dossier de la Gazette du Palais sous la direction d'Emmanuel Dreyer, à l'article de Julie Alix, RSC, page 849, 2014.

⁶ G. Giudicelli-Delage, La riposte pénale contre la criminalité organisée en France, *op. cit.*, p.148. Dans le même sens, v. R. Parizot, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, Paris, LGDJ, 2010, n° 395.

lance“ du service secret peut-être suspects mais ne faisant nullement l’objet d’une instruction préparatoire avec tous les droits accordés aux inculpés par le code d’instruction criminelle. Il semble inadmissible dans un pays qui se veut démocratique, d’accorder à un service secret des moyens d’investigation qu’on refuse à la police respectivement aux juridictions dont le travail est „ouvert“ et transparent et fait l’objet (à juste titre) d’un contrôle pointilleux.

Il devrait être superfétatoire de souligner que, pour les mêmes raisons développées par le Gouvernement dans le projet de loi relatif au SRE le recours à la captation de données informatiques devrait également être prévu par la loi, du moins dans certaines hypothèses, dans le combat de „la criminalité grave“.

Aussi est-il proposé de reprendre tel quel le texte français régissant la matière qui est libellé comme suit:

Article 706-102-1 du code procédure pénale français de la captation des données informatiques.

„Lorsque les nécessités de l’information concernant un crime ou un délit entrant dans le champ d’application de l’article 706-73 l’exigent, le juge d’instruction peut, après avis du procureur de la République, autoriser par ordonnance motivée les officiers et agents de police judiciaire commis sur commission rogatoire à mettre en place un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, d’accéder, en tous lieux, à des données informatiques, de les enregistrer, les conserver et les transmettre, telles qu’elles s’affichent sur un écran pour l’utilisateur d’un système de traitement automatisé de données, telles qu’il les y introduit par saisie de caractères ou telles qu’elles sont reçues et émises par des périphériques audiovisuels. Ces opérations sont effectuées sous l’autorité et le contrôle du juge d’instruction.“

Il importe de préciser que les articles 706-102-2 à 706-102-9 apportent maintes précisions et restriction à cet article très délicat. L’ensemble de l’article 706-102 ainsi que l’article 706-76 figurent en annexe au présent avis.

Dans le même contexte il importe d’introduire dans le code pénal une incrimination du refus de communication d’un mot de passe en y obligeant essentiellement les tiers non suspectés d’avoir commis l’infraction ou d’y avoir participé de collaborer.

L’article 434-15-2 du code pénal français a trait à ce problème et est libellé comme suit:

„Est puni de trois ans d’emprisonnement et de 45.000 euros d’amende le fait, pour quiconque ayant connaissance de la convention secrète de déchiffrement d’un moyen de cryptologie susceptible d’avoir été utilisé pour préparer, faciliter ou commettre un crime ou un délit, de refuser de remettre ladite convention aux autorités judiciaires ou de la mettre en oeuvre, sur les réquisitions de ces autorités délivrées en application des titres II et III du livre 1er du code de procédure pénale.

Si le refus est opposé alors que la remise ou la mise en oeuvre de la convention aurait permis d’éviter la commission d’un crime ou d’un délit ou d’en limiter les effets, la peine est portée à cinq ans d’emprisonnement et à 75.000 euros d’amende.“

Pour le bon ordre et pour être complet, il convient de veiller à ce qu’en aucun cas le service secret ne dispose de moyens d’investigations auxquels un service secret peut avoir recours mais pas la justice (tel est entre autres le cas pour l’infiltration, l’usage de pseudonymes, etc.).

Que la Justice puisse disposer de moyens interdits au service secret est, eu égard aux moyens de contrôle, à priori et à posteriori concevable, mais l’inverse ne saurait être le cas. Les méthodes d’autorisation préalable de contrôle forcément ponctuels pour ainsi dire toujours vagues, même les mieux intentionnées n’empêchent, n’ont jamais empêché et n’empêcheront jamais, des abus de la part des services secrets⁷. Ces services sont familiers du secret et dans le confort de celui-ci la tentation, d’ailleurs fort humaine, est trop grande pour ne pas s’affranchir de l’observation de règles juridiques strictes.

Le Procureur Général d’Etat,
Robert BIEVER

⁷ La seule exception devrait être une période plus ou moins longue suivant une période ou le service secret a été ou contre de turbulences plus ou moins fortes: ceci vaut pour tous les pays.

Annexes (qui font partie intégrante du présent avis):

- Articles 706-102-1 à 706-102-9 du Code de procédure pénale française
- Article 706/73 du Code de procédure pénale française

*

ANNEXES

Section 6bis: De la captation des données informatiques

Article 706-102-1

Modifié par LOI n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 – art. 21

Lorsque les nécessités de l'information concernant un crime ou un délit entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 l'exigent, le juge d'instruction peut, après avis du procureur de la République, autoriser par ordonnance motivée les officiers et agents de police judiciaire commis sur commission rogatoire à mettre en place un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, d'accéder, en tous lieux, à des données informatiques, de les enregistrer, les conserver et les transmettre, telles qu'elles s'affichent sur un écran pour l'utilisateur d'un système de traitement automatisé de données, telles qu'il les y introduit par saisie de caractères ou telles qu'elles sont reçues et émises par des périphériques audiovisuels. Ces opérations sont effectuées sous l'autorité et le contrôle du juge d'instruction.

Article 706-102-2

Créé par LOI n° 2011-267 du 14 mars 2011 – art. 36

A peine de nullité, les décisions du juge d'instruction prises en application de l'article 706-102-1 précisent l'infraction qui motive le recours à ces opérations, la localisation exacte ou la description détaillée des systèmes de traitement automatisé de données ainsi que la durée des opérations.

Article 706-102-3

Créé par LOI n° 2011-267 du 14 mars 2011 – art. 36

Les décisions mentionnées à l'article 706-102-2 sont prises pour une durée maximale de quatre mois. Si les nécessités de l'instruction l'exigent, l'opération de captation des données informatiques peut, à titre exceptionnel et dans les mêmes conditions de forme, faire l'objet d'une prolongation supplémentaire de quatre mois.

Le juge d'instruction peut, à tout moment, ordonner l'interruption de l'opération.

Article 706-102-4

Créé par LOI n° 2011-267 du 14 mars 2011 – art. 36

Les opérations prévues à la présente section ne peuvent, à peine de nullité, avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions visées dans les décisions du juge d'instruction.

Le fait que ces opérations révèlent des infractions autres que celles visées dans ces décisions ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes.

Article 706-102-5

Créé par LOI n° 2011-267 du 14 mars 2011 – art. 36

En vue de mettre en place le dispositif technique mentionné à l'article 706-102-1, le juge d'instruction peut autoriser l'introduction dans un véhicule ou dans un lieu privé, y compris hors des heures prévues à l'article 59, à l'insu ou sans le consentement du propriétaire ou du possesseur du véhicule ou de l'occupant des lieux ou de toute personne titulaire d'un droit sur celui-ci. S'il s'agit d'un lieu d'habitation et que l'opération doit intervenir hors des heures prévues à l'article 59, cette autorisation est délivrée par le juge des libertés et de la détention saisi à cette fin par le juge d'instruction. Ces opérations, qui ne peuvent avoir d'autre fin que la mise en place du dispositif technique, sont effectuées sous l'autorité et le contrôle du juge d'instruction. Le présent alinéa est également applicable aux opérations ayant pour objet la désinstallation du dispositif technique ayant été mis en place.

En vue de mettre en place le dispositif technique mentionné à l'article 706-102-1, le juge d'instruction peut également autoriser la transmission par un réseau de communications électroniques de ce dispositif. Ces opérations sont effectuées sous l'autorité et le contrôle du juge d'instruction. Le présent alinéa est également applicable aux opérations ayant pour objet la désinstallation du dispositif technique ayant été mis en place.

La mise en place du dispositif technique mentionné à l'article 706-102-1 ne peut concerner les systèmes automatisés de traitement des données se trouvant dans les lieux visés aux articles 56-1, 56-2 et 56-3 ni être réalisée dans le véhicule, le bureau ou le domicile des personnes visées à l'article 100-7.

Article 706-102-6

Créé par LOI n° 2011-267 du 14 mars 2011 – art. 36

Le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire commis par lui peut requérir tout agent qualifié d'un service, d'une unité ou d'un organisme placé sous l'autorité ou la tutelle du ministre de l'intérieur ou du ministre de la défense et dont la liste est fixée par décret en vue de procéder à l'installation des dispositifs techniques mentionnés à l'article 706-102-1.

Article 706-102-7

Créé par LOI n° 2011-267 du 14 mars 2011 – art. 36

Le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire commis par lui dresse procès-verbal de chacune des opérations de mise en place du dispositif technique mentionné à l'article 706-102-1 et des opérations de captation des données informatiques. Ce procès-verbal mentionne la date et l'heure auxquelles l'opération a commencé et celles auxquelles elle s'est terminée.

Les enregistrements des données informatiques sont placés sous scellés fermés.

Article 706-102-8

Créé par LOI n° 2011-267 du 14 mars 2011 – art. 36

Le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire commis par lui décrit ou transcrit, dans un procès-verbal qui est versé au dossier, les données qui sont utiles à la manifestation de la vérité. Aucune séquence relative à la vie privée étrangère aux infractions visées dans les décisions autorisant la mesure ne peut être conservée dans le dossier de la procédure.

Les données en langue étrangère sont transcrites en français avec l'assistance d'un interprète requis à cette fin.

Article 706-102-9

Créé par LOI n° 2011-267 du 14 mars 2011 – art. 36

Les enregistrements des données informatiques sont détruits, à la diligence du procureur de la République ou du procureur général, à l'expiration du délai de prescription de l'action publique.

Il est dressé procès-verbal de l'opération de destruction.

*

Article 706-73

Modifié par LOI n° 2014-790 du 10 juillet 2014 – art. 13

La procédure applicable à l'enquête, la poursuite, l'instruction et le jugement des crimes et des délits suivants est celle prévue par le présent code, sous réserve des dispositions du présent titre:

- 1° Crime de meurtre commis en bande organisée prévu par le 8° de l'article 221-4 du code pénal;
- 2° Crime de tortures et d'actes de barbarie commis en bande organisée prévu par l'article 222-4 du code pénal;
- 3° Crimes et délits de trafic de stupéfiants prévus par les articles 222-34 à 222-40 du code pénal;
- 4° Crimes et délits d'enlèvement et de séquestration commis en bande organisée prévus par l'article 224-5-2 du code pénal;
- 5° Crimes et délits aggravés de traite des êtres humains prévus par les articles 225-4-2 à 225-4-7 du code pénal;

- 6° Crimes et délits aggravés de proxénétisme prévus par les articles 225-7 à 225-12 du code pénal;
- 7° Crime de vol commis en bande organisée prévu par l'article 311-9 du code pénal;
- 8° Crimes aggravés d'extorsion prévus par les articles 312-6 et 312-7 du code pénal;
- 8°bis Délit d'escroquerie en bande organisée prévu par le dernier alinéa de l'article 313-2 du code pénal;
- 9° Crime de destruction, dégradation et détérioration d'un bien commis en bande organisée prévu par l'article 322-8 du code pénal;
- 10° Crimes en matière de fausse monnaie prévus par les articles 442-1 et 442-2 du code pénal;
- 11° Crimes et délits constituant des actes de terrorisme prévus par les articles 421-1 à 421-6 du code pénal;
- 12° Délits en matière d'armes et de produits explosifs commis en bande organisée, prévus par les articles L. 2339-2, L. 2339-3, L. 2339-10, L. 2341-4, L. 2353-4 et L. 2353-5 du code de la défense ainsi que par les articles L. 317-2, L. 317-4 et L. 317-7 du code de la sécurité intérieure;
- 13° Délits d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger en France commis en bande organisée prévus par l'article L. 622-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile;
- 14° Délits de blanchiment prévus par les articles 324-1 et 324-2 du code pénal, ou de recel prévus par les articles 321-1 et 321-2 du même code, du produit, des revenus, des choses provenant des infractions mentionnées aux 1° à 13°;
- 15° Délits d'association de malfaiteurs prévus par l'article 450-1 du code pénal, lorsqu'ils ont pour objet la préparation de l'une des infractions mentionnées aux 1° à 14° et 17°;
- 16° Délit de non-justification de ressources correspondant au train de vie, prévu par l'article 321-6-1 du code pénal, lorsqu'il est en relation avec l'une des infractions mentionnées aux 1° à 15° et 17°;
- 17° Crime de détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport commis en bande organisée prévu par l'article 224-6-1 du code pénal;
- 18° Crimes et délits punis de dix ans d'emprisonnement, contribuant à la prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs entrant dans le champ d'application de l'article 706-167;
- 19° Délit d'exploitation d'une mine ou de disposition d'une substance concessible sans titre d'exploitation ou autorisation, accompagné d'atteintes à l'environnement, commis en bande organisée, prévu à l'article L. 512-2 du code minier, lorsqu'il est connexe avec l'une des infractions mentionnées aux 1° à 17° du présent article;
- 20° Délits de dissimulation d'activités ou de salariés, de recours aux services d'une personne exerçant un travail dissimulé, de marchandage de main-d'œuvre, de prêt illicite de main-d'œuvre, d'emploi d'étrangers sans titre de travail prévus aux 1° et 3° de l'article L. 8221-1 et aux articles L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8224-1, L. 8224-2, L. 8231-1, L. 8234-1, L. 8234-2, L. 8241-1, L. 8243-1, L. 8243-2, L. 8251-1 et L. 8256-2 du code du travail.

Pour les infractions visées aux 3°, 6° et 11°, sont applicables, sauf précision contraire, les dispositions du présent titre ainsi que celles des titres XV, XVI et XVII.