

La lutte contre le terrorisme en Espagne : l'État social et démocratique de Droit face au paradigme de l'ennemi

Marion Lacaze
MCF, Université de Bordeaux, ISCF

« Peut-on faire la guerre à la terreur avec les moyens du droit pénal d'un État de droit ? » Posée en ces termes par le professeur allemand Günter Jakobs¹, la question agitait déjà la doctrine espagnole il y a une dizaine d'années, à une époque où l'Espagne était engagée auprès des États-Unis dans la « guerre contre le terrorisme ». Elle y avait, en outre, une résonance particulière pour d'évidents motifs historiques. Ce pays est, en effet, doublement marqué par quarante années de dictature, et par de nombreuses attaques terroristes depuis la fin du XIX^e siècle : terrorisme anarchiste et politique, terroriste indépendantiste, ledit « contre-terrorisme », et enfin le terrorisme international en 2004². On comprend alors que la Constitution espagnole de 1978 fasse elle-même référence au terrorisme³ et que le Tribunal constitutionnel l'ait défini, en 1987, comme une « violence sociale ou politique organisée », caractérisée par le « but, ou dans tous les cas l'effet, de diffuser une situation d'alerte ou d'insécurité sociale, comme conséquence du caractère systématique, réitéré, et fréquemment aléatoire de cette activité⁴ ».

Pour bien comprendre les termes du débat, il faut souligner que la doctrine espagnole est très largement nourrie des réflexions menées en Allemagne, les travaux des auteurs allemands, classiques ou contemporains, étant très largement traduits, diffusés et commentés en Espagne. Cela avait été le cas, en particulier, de deux articles majeurs du professeur Jakobs, publiés en 2003⁵. Il y reprenait la notion de « droit pénal de l'ennemi », qu'il avait déjà dégagée dans les années 1980, mais il lui apportait cette fois une justification théorique et philosophique, inspirée de Hobbes et de Kant. Selon lui, l'ennemi terroriste, en ce qu'il prétend renverser l'ordre juridique, s'exclut lui-même de la protection des droits et libertés garantis par le pacte social et il n'est plus qu'une source de danger qu'il convient de neutraliser. Mais si cette idée n'est pas sans rappeler les théories de l'école positiviste italienne et de la défense sociale, il faut souligner que le

¹ G. Jakobs, « Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo », in *Derecho penal del enemigo*, 2^e éd., trad. M. Cancio Melía, Thomson, coll. « Civitas », 2006.

² V. plus précisément G. Santa Rita Tames, *El delito de organización terrorista : un modelo de derecho penal del enemigo*, Bosh Penal, 2015, p. 53 s.

³ Art. 55 de la Constitution (CE).

⁴ STC 199/1987.

⁵ V. not. G. Jakobs, art. préc. et « ¿Terroristas como personas en Derecho? », in *Derecho penal del enemigo*, *op. cit.*

droit pénal de l'ennemi repose sur une conception normative du droit et de la personne. De ce fait, la doctrine espagnole le rapproche plus souvent des théories de Carl Schmitt et des théories antilibérales des années 1930, qui ont contribué à légitimer la sanction de tout ce qui relevait d'une contradiction avec le « sain sentiment du peuple allemand ».

Chez G. Jakobs, le droit pénal dans son ensemble est inspiré du fonctionnalisme systémique de Luhman : l'infliction de la peine a pour fonction première la réaffirmation de la validité de la norme de comportement et la protection contre les incertitudes que suscitent les atteintes à la confiance⁶. Or le terroriste ne se contente pas de perturber ponctuellement les attentes normatives, il conteste le système dans son ensemble⁷. Son activité est d'autant plus redoutable qu'elle est dotée d'un fort potentiel de communication, et qu'elle est précisément utilisée dans le but de détruire la sécurité cognitive. Comme l'auteur par conviction identifié par Wolf⁸, le terroriste obéit à un système normatif différent de celui de la communauté juridique et l'on ne peut, alors, nourrir aucune attente normative à son encontre. De ce point de vue, il n'est même pas une personne. Le plus marquant, dans ces théories du droit pénal de l'ennemi, est le recours à des catégories négatives : plus que de créer un nouveau système, il s'agit avant tout d'exclure le terroriste des catégories juridiques de droit commun. Le terroriste est un non-citoyen et on peut aller jusqu'à lui nier la qualité de sujet de droits, même fondamentaux⁹. La procédure qui lui est appliquée n'est pas pénale, ce qui autorise la torture ou la privation de liberté sans accusation véritable. Enfin, la réponse à l'acte de terrorisme n'est pas une peine, elle doit simplement neutraliser un danger. L'État de Droit cède alors sa place à un État de sécurité, qui intervient de façon proactive.

Beaucoup de grands professeurs, espagnols ou d'Amérique latine¹⁰, ont pris fermement position contre la consécration d'un tel droit pénal. Pour eux, le terrorisme tend un piège aux États, et ceux-ci s'y enferment quand ils renoncent à leurs principes

⁶ V. not. G. Jakobs, *Derecho penal : Parte general*, trad. J. Cuello Contreras et J. L. Serrano Gonzales de Murillo, Marcial Pons, 1995, p. 9-11 et 45 ; S. Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, 2003, p. 25.

⁷ L'apparent paradoxe d'un recours à une justification ius-philosophique est partiellement levé par un auteur, qui souligne que, chez Hobbes comme chez Luhman, l'essentiel est de garantir que les futurs citoyens ne perturbent pas l'État dans son processus d'organisation. V., B. Belzunegui, « El derecho penal del enemigo o la pretensión imposible de encontrar un fundamento iusfilosófico en Rousseau y Hobbes », *derechopenalonline.com*, 18 juill. 2010.

⁸ E. Wolf, « Sobre la esencia del autor », 1932, trad. J.-L. Guzmán Dalbora, *RECPC* 2008 [<http://criminet.ugr.es/recpc>].

⁹ V. not., atténuant la négation de la qualité de personne affirmée dans l'article « ¿Terroristas como personas en Derecho? », G. Jakobs, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2009. 7.

¹⁰ V. not. E.-R. Zaffaroni, « Dans un État de droit il n'y a que des délinquants », *RSC* 2009. 43.

fondateurs. Céder sur les principes de l'État de droit signifie en effet la victoire, symbolique et juridique, de ceux qui prétendent détruire le système normatif, c'est-à-dire les terroristes¹¹.

L'ampleur de la controverse doctrinale n'a cependant eu que peu d'impact sur les politiques criminelles et pénales adoptées en matière de terrorisme. Déjà présente dans la Constitution espagnole de 1978, la spécificité de la lutte contre le terrorisme n'a cessé de s'affirmer depuis le début des années 2000. Le déclin du terrorisme intérieur s'est alors trouvé concomitant à la montée en puissance de la menace internationale, et à une adhésion toujours plus forte de la politique criminelle aux théories sécuritaires¹². Les grandes réformes adoptées par l'Espagne en matière terroriste, dès 2000¹³ puis, surtout, en 2003¹⁴, 2010¹⁵ et 2015¹⁶, sont alors toutes allées dans le sens d'une répression plus forte, plus étendue, et plus précoce d'un terrorisme de plus en plus largement défini.

On reviendra plus précisément sur leur contenu mais on doit ici souligner que l'ensemble de ces réformes s'inscrit dans un cadre pénal. On pourrait alors être tenté de considérer que l'Espagne a plutôt bien résisté à l'attraction d'un modèle belliciste. Avec des yeux de juriste français, et au regard des traits caractéristiques que sont la militarisation et l'éviction du droit pénal, l'Espagne ne semble pas, en effet, avoir basculé : la « *guerre contre le terrorisme* », au moins sur un plan intérieur, resterait limitée à la rhétorique politique et ne serait pas une réalité juridique. Du point de vue de la doctrine espagnole, pourtant, une opinion contraire paraît majoritairement s'imposer. Certes, le terrorisme reste appréhendé par le seul droit pénal, mais celui-ci s'est dédoublé. Il a vu naître, en son sein, un droit pénal d'exception, guidé par la seule volonté pragmatique d'efficacité. Qu'il soit qualifié de *supra droit pénal*, de droit pénal d'auteur ou

¹¹ V. not. R. Alcácer Guirao, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, Atelier, 2003, p. 57-60 ; M. Cancio Meliá, « De nuevo : ¿"Derecho penal" del enemigo? », in *Derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 124 ; S. Mir Puig, « Límites del normativismo en derecho penal », *RECPC* 2005 ; F. Muñoz Conde, « Tendencias legislativas y doctrinales : entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo », *Estudios de Derecho Judicial*, n° 128, p. 11-50 ; G. Portilla Contreras, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*, Tirant lo blanch, 2007, p. 228-266 et p. 318-324.

¹² V. not. E. Garro Carrera, « Absurdités de la politique criminelle espagnole antiterroriste », *Arch. pol. crim.* 2016, n° 38, p. 151 s.

¹³ Ley Orgánica 7/2000.

¹⁴ Ley Orgánica 7/2003.

¹⁵ Ley Orgánica 5/2010.

¹⁶ Ley Orgánica 2/2015, adoptée simultanément à une vaste réforme du Code pénal par la Ley Orgánica 1/2015. Notons qu'une lettre ouverte de professeurs de droit pénal de 35 universités en a dénoncé la mauvaise qualité technique et les « dérives autoritaires », v. [<http://www.ub.edu/dpenal/recursos/TEXT0%20FINAL2.pdf>].

de droit pénal de l'ennemi, il paraît ainsi admis qu'un *autre* droit pénal s'est développé¹⁷, en rupture avec les principes du droit pénal moderne, libéral et humaniste, consacrés par la Constitution de 1978, et qui avaient irrigué le Code pénal de 1995, souvent dénommé « Code pénal de la démocratie ». Même si les débats persistent sur sa légitimité, son existence même semble aujourd'hui faire l'objet d'un large consensus doctrinal, et il est largement théorisé.

Au-delà de ce qu'elle peut révéler en termes de différence de culture juridique, cette divergence de perception interpelle au vu des débats que nous connaissons aujourd'hui dans notre pays. S'il est clair que le développement de mesures non pénales, et la mise à l'écart du juge judiciaire, sont des phénomènes inquiétants, l'évolution du droit espagnol, et son analyse par la doctrine, attirent notre attention sur un autre danger : celui d'une pénétration plus insidieuse du droit pénal de l'ennemi, par la diffusion de ses paradigmes au sein du droit pénal. Le droit pénal espagnol montre en effet très bien que le rejet explicite des théories du droit pénal de l'ennemi n'exclut pas que celui-ci vienne gangrener les principes fondateurs du droit pénal. Nous verrons ainsi qu'en Espagne, l'affirmation formelle d'un traitement pénal exclusif du terrorisme (I) s'accompagne d'une imprégnation des principes des théories de l'ennemi en droit pénal (II).

I. L'affirmation formelle d'un traitement pénal exclusif du terrorisme

L'histoire particulière de l'Espagne imprègne fortement l'ensemble du droit processuel espagnol. Cela s'observe par l'exclusion constitutionnelle d'une procédure extérieure au droit pénal (A), et par l'existence d'une procédure pénale fortement dérogatoire en matière terroriste (B).

A. L'exclusion constitutionnelle d'une procédure parallèle

En consacrant le principe d'unité juridictionnelle (1) et la prohibition des juridictions d'exception (2), la Constitution espagnole exclut un traitement non pénal du terrorisme.

1. Le principe d'unité juridictionnelle

La première garantie d'un traitement exclusif du terrorisme par la procédure pénale réside dans le principe d'unité juridictionnelle¹⁸. Il existe bien des juridictions militaires, mais celles-ci ne peuvent juger que les infractions définies par le Code pénal militaire,

¹⁷ Sur ces qualifications, v. not. E. Demetrio Crespo, « El "derecho penal del enemigo" darf nicht sein ! », ZIS 9/2006 [<http://www.zis-online.com>].

¹⁸ Art. 117.5 CE.

dont les infractions terroristes ont été exclues en 1974¹⁹. La démilitarisation de la protection de la sécurité intérieure s'est également observée d'un point de vue organique, dans la Constitution et la loi relative à la défense nationale de 1980²⁰. Même si le principe connaît une atténuation, depuis 2005, l'armée pouvant désormais intervenir en appui « aux forces et aux corps de sécurité de l'État », notamment « dans la lutte contre le terrorisme²¹ », cette possibilité peu encadrée légalement semble rester exceptionnelle en pratique²². Enfin, et surtout, le contentieux administratif est intégré au sein des différentes juridictions et l'Espagne ne connaît pas notre distinction entre police administrative et police judiciaire. Le législateur espagnol ne peut alors pas jouer sur les qualifications pour soustraire certaines mesures au contrôle du juge judiciaire.

2. La prohibition des juridictions d'exception

La seconde garantie est la prohibition des juridictions d'exception²³, complétée par l'exigence d'un tribunal dont la compétence est prédéterminée par la loi²⁴. Des controverses existent cependant car une juridiction particulière, l'Audience nationale, bénéficie d'une compétence d'attribution exclusive pour juger certaines infractions. C'est le cas, en particulier et depuis sa création en 1977²⁵, des infractions terroristes²⁶. Certains y voient un prolongement historique du Tribunal de l'ordre public franquiste, compétent de 1963 à 1977, en matière de délits terroristes et politiques²⁷, et considèrent que la centralisation des affaires qui ont de fortes implications politiques peut nuire à la sérénité voire à l'impartialité de la justice. On lui reproche également souvent une trop grande concentration de prérogatives²⁸. Elle connaît en effet des questions qui lui sont réservées à tous les stades de la procédure puisqu'elle comporte des juges d'instruction dits « centraux », et des formations de jugement. Mais la critique la plus sérieuse est celle d'une atteinte au droit à un juge ordinaire. Le Tribunal constitutionnel a cependant considéré les principes constitutionnels respectés dès lors que sa compétence était bien

¹⁹ Elles ont alors intégré le Code pénal par le Decreto 3096/1973.

²⁰ Art. 8 et 104 CE et Ley Orgánica 6/1980.

²¹ Ley Orgánica 5/2005.

²² Sur cette question, v. L. Arroyo Zapatero, « Le recours à la force armée dans la lutte contre le crime organisé : juges, policiers et militaires », in *Humanisme et Justice. Mélanges en l'honneur de G. Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 243-258.

²³ Art. 24.2 CE.

²⁴ Art. 24.2 et 117.3 CE.

²⁵ Real-Decreto-ley 3/1977.

²⁶ Elle est désormais intégrée au système juridictionnel, avec une compétence élargie, notamment en matière financière ; v. art. 65 de la *Ley orgánica 6/1985 del Poder Judicial*.

²⁷ Ley 154/1963.

²⁸ V. not. J.-M. Asencio Mellado, « La Audiencia nacional : una visión crítica », 29/2003, [www.fundacionalternativas.org].

prédéfinie par la loi, et que la Constitution n'exclut pas l'existence de compétences juridictionnelles spéciales²⁹. Parfois critiquée pour confondre deux exigences distinctes, cette position est cependant confortée par le fait que les magistrats qui la composent sont des juges ordinaires³⁰, et que les droits relatifs au recours effectif y sont préservés puisqu'elle comporte une formation d'appel et que ses décisions peuvent être frappées d'un pourvoi devant le Tribunal suprême.

Quoi qu'il en soit, on retiendra qu'il n'existe pas, en Espagne, de cadre juridique permettant un traitement non pénal du terrorisme. Il convient cependant de rester prudent car, bien évidemment, l'inexistence d'un cadre juridique ne garantit pas l'inexistence de la pratique. Les faits d'une décision rendue en 2006 par le Tribunal suprême en témoignent, même s'ils ont conduit à réaffirmer formellement la distinction entre droit pénal de l'ennemi et droit dérogatoire.

B. L'existence d'une procédure pénale dérogatoire

Bien que le Tribunal suprême ait pris fermement position contre toute forme de reconnaissance d'un droit pénal de l'ennemi (1), de fortes atténuations aux garanties processuelles existent en matière terroriste (2).

1. Le rejet formel des théories du droit pénal de l'ennemi

Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 20 juillet 2006³¹, un ressortissant espagnol avait été arrêté au Pakistan, après s'être rendu en Afghanistan, en juillet 2001, où il avait reçu un endoctrinement au djihad. Détenu à Guantanamo entre février 2002 et février 2004, il y avait reçu la visite de policiers espagnols, en dehors de toute enquête judiciaire. Il fut ensuite remis aux autorités militaires espagnoles, et un juge d'instruction procéda à sa mise en examen le 26 février 2004. Lors de son audition par le juge, il reconnut s'être rendu en Afghanistan afin d'intégrer l'armée des talibans, mais il nia tout lien avec Al Qaeda et dit n'avoir reçu aucun entraînement militaire. Il réitéra ses déclarations à l'audience, et ajouta qu'il était opposé au terrorisme. Condamné, par l'Audience nationale, à 6 ans d'emprisonnement pour association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste, il forma un pourvoi en cassation en invoquant des atteintes à la présomption d'innocence. Mais, alors qu'elle n'est pas sans rappeler une espèce jugée par la Cour de cassation française³², l'affaire connut un épilogue bien différent. Loin de s'abriter derrière l'appréciation souveraine, par la décision attaquée, des critères de la

²⁹ STC 101/1984 et 47/1982.

³⁰ La compétence de l'Audience nationale exclut cependant que les faits soient jugés par un tribunal populaire, formation de jugement inconnue de cette juridiction ; v. Ley Orgánica 5/1995.

³¹ STS, n° 829/2006.

³² V. Crim. 17 févr. 2010, n° 09-81.736, inédit ; Crim. 3 sept. 2014, n° 11-83.598, inédit.

théorie de la subséquence, la Haute juridiction espagnole manifeste sa volonté de donner une forte portée de principe à sa solution.

Le Tribunal suprême s'interroge d'abord longuement sur la possibilité d'une intégration, directe ou indirecte, des éléments recueillis à Guantanamo par les policiers espagnols. Il commence par qualifier Guantanamo d'« exemple achevé de ce que la doctrine scientifique a défini comme "Droit pénal de l'ennemi", construction juridique qui repose sur une contradiction dans ses arguments qui contamine jusqu'à la dénomination même de cette doctrine ». Or, affirme-t-il : « On ne peut pas défendre les valeurs étatiques de liberté, de vivre ensemble, de pluralisme et les Droits de l'Homme par des procédés caractérisés par l'atteinte à ces mêmes valeurs que l'on prétend défendre³³. » Le droit pénal de l'ennemi est alors qualifié de négation du droit pénal en ce qu'il tente de déposséder ses destinataires de ce qui leur est propre et indérogeable : leur qualité de citoyen de la *polis*. De ce fait, toute enquête ou acte réalisés dans ce cadre doivent être déclarés « totalement nuls et donc inexistantes » et l'intégration des déclarations recueillies par les policiers, au moyen d'un témoignage de ceux-ci, ne serait rien d'autre qu'une « véritable fraude processuelle ». Reprochant, enfin, à l'Audience nationale une réinterprétation des propos tenus par l'accusé, il prononce la cassation de la condamnation, faute de preuves permettant de conclure à la culpabilité.

D'autant plus remarquable qu'elle intervient quelques mois après les attentats de Madrid, cette prise de position théorique est absolument dépourvue d'ambiguïté. Elle ne doit pourtant pas cacher l'admission, en droit espagnol, de fortes atténuations aux garanties processuelles.

2. L'admission d'atténuations aux garanties processuelles

La Constitution espagnole prévoit elle-même explicitement, dans son article 55, la possibilité de « suspendre » certains droits fondamentaux en matière d'investigations terroristes. C'est ainsi que les protections constitutionnelles normalement applicables s'agissant de la durée de la garde à vue, de l'inviolabilité du domicile et du secret des correspondances peuvent connaître d'importantes restrictions. Les dispositions sont éparpillées et nous relèverons seulement deux mesures particulièrement marquantes.

La première se trouve à l'article 51-2 de la loi pénitentiaire de 1979³⁴, qui prévoit une dérogation au principe du secret des communications entre le détenu et son avocat « sur ordre de l'autorité judiciaire et dans les cas de terrorisme ». Après une période

³³ Une idée similaire était déjà présente dans une décision antérieure, citée dans cet arrêt : STS 1179/2001.

³⁴ Ley orgánica, de 26 de septiembre 1979, General Penitenciaria (LOGP).

d'incertitudes, le caractère cumulatif de ces conditions est désormais acquis³⁵ et le célèbre juge Garzón avait ainsi été condamné pour prévarication judiciaire pour avoir ordonné des écoutes téléphoniques sur ce fondement dans une affaire politico-financière³⁶. Mais si cette condamnation avait conduit à relancer les débats sur la surveillance des communications, les différents projets de réforme n'ont que partiellement abouti³⁷. L'encadrement par la loi pénitentiaire demeure alors très insuffisant. Même si des garanties sont posées par la jurisprudence, celle-ci n'impose toujours pas que l'avocat en question soit lui-même soupçonné d'une infraction, et elle ne régit pas la façon dont les éléments relatifs à la stratégie de défense doivent être exclus de la procédure³⁸.

Mais c'est surtout la deuxième mesure, dite de « détention au secret », qui est souvent discutée³⁹. C'est une sorte de garde à vue d'exception, qui comporte d'importantes restrictions aux droits de l'accusé : il ne peut pas informer un proche de sa privation de liberté, ni bénéficier de l'assistance de l'avocat de son choix, pendant une durée maximale de cinq jours, exceptionnellement renouvelable une fois en matière terroriste⁴⁰. Le Tribunal constitutionnel⁴¹, comme la Cour européenne, ne jugent pas cette mesure, en tant que telle, contraire aux normes supérieures⁴² dès lorsqu'elle est toujours ordonnée et renouvelée par un juge, dans une décision soumise à une exigence particulière de motivation. Mais si la jurisprudence puis la loi⁴³ ont renforcé les conditions relatives à sa nécessité et à sa motivation, elle a été à l'origine de plusieurs condamnations de l'Espagne pour violation des règles relatives au procès équitable. Des abus restent en outre fréquemment dénoncés et, même si le Tribunal constitutionnel a renforcé l'exigence

³⁵ Elles avaient été considérées comme alternatives dans une décision STC 73/1983, avant d'être jugées cumulatives dans plusieurs décisions ; v. not. STC 183/1994, STS 245/1995, STS 538/1997.

³⁶ STS 101/2012, intervenant après l'annulation des écoutes dans la procédure, v. ATSM, 28/2010.

³⁷ En dehors de cette hypothèse, la surveillance des communications est régie par les art. 579 s. du Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (LECrim.), dont la réforme par la Ley orgánica 13/2015 exclut explicitement les cas régis par la LOGP.

³⁸ V. plus longuement notre étude in *La preuve pénale. Problèmes contemporains en droit comparé*, L'Harmattan, 2013 ; A. Marco Urgell, *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, Tesis doctoral, Barcelona, 2010.

³⁹ V. not. A.-I. Perez Machio, « La detención incomunicada en los supuestos de terrorismo : ¿une medida lesiva de derechos humanos? » [<http://www.ehu.es>] 2008.

⁴⁰ Art. 509 LECrim.

⁴¹ V. not. STC 7/2004.

⁴² V. not. CEDH, 3^e s., 31 mai 2016, n° 36286/14, *Martinez c/ Espagne*.

⁴³ Ley orgánica 13/2015.

d'une enquête effective en cas d'allégation de traitements inhumains⁴⁴, la subsistance et l'ampleur des dérives pratiques restent difficiles à évaluer⁴⁵.

Quoi qu'il en soit, et malgré le rejet affiché des théories du droit pénal de l'ennemi, il semble difficile de ne pas observer l'imprégnation de ses paradigmes en droit pénal de fond.

II. L'imprégnation des principes du droit pénal de l'ennemi en droit pénal

En Espagne, les lois se sont accumulées depuis une quinzaine d'années, au point de faire émerger, au sein du droit pénal, un *autre* droit pénal. Centré sur la personne du terroriste, ce droit pénal ne repose plus sur les principes fondateurs d'un droit pénal libéral, et il n'apparaît pas que le Tribunal suprême constitue ici un véritable frein à cette dynamique. Cela s'observe dans les incriminations (A) comme dans l'affaiblissement des principes régissant la sanction (B).

A. L'affaiblissement des principes libéraux dans les incriminations

Comme le droit français, le droit pénal espagnol connaît deux catégories d'infractions terroristes : la première prend la forme d'infractions de référence aggravées⁴⁶ (1), la seconde est constituée d'une multitude d'incriminations autonomes destinées à saisir l'ensemble des comportements qui s'inscrivent dans la « sphère terroriste » (2).

1. Les infractions aggravées par une finalité terroriste

Quant à la première catégorie, on observera essentiellement que c'est bien, en droit espagnol, l'existence d'une intention terroriste qui aggrave la répression⁴⁷. Cela est très clair depuis la réforme de 2015, même si, depuis 2000, le Code pénal réprimait déjà le terrorisme individuel⁴⁸. L'apport essentiel de la dernière réforme est ici l'extension de la définition de l'intention terroriste, que beaucoup dénoncent comme une dilution de la notion. Alors que le Code pénal de 1995 n'envisageait que la finalité de « subvertir l'ordre constitutionnel ou d'altérer gravement la paix publique », on trouve désormais également le but de déstabiliser gravement le fonctionnement des institutions politiques ou les

⁴⁴ V. not. STC n° 34/2008 et n° 69/2008, où il pose qu'en la matière, le droit constitutionnel à la tutelle effective doit s'apprécier au regard des critères posés par la Cour européenne ; STC n° 144/2016.

⁴⁵ Elles semblent suffisamment sérieuses pour amener le comité contre la torture de l'ONU à demander sa suppression, v. *Observations finales concernant l'Espagne*, 20 juill. 2015, CCPR/C/ESP/CO/5, §14.

⁴⁶ Celles-ci sont nombreuses et protègent toutes sortes de biens juridiques relatifs aux personnes, aux biens, mais aussi à la Couronne ou à la santé publique ; v. art. 573 du Code pénal (CPE).

⁴⁷ Art. 573 *bis* CPE. Comp. Crim. 10 janv. 2017, n° 16-84.596, publié au *Bulletin* ; J. Alix, *AJ pénal* 2017. 79.

⁴⁸ Art. 577 ancien CPE.

structures sociales de l'État, d'obliger les pouvoirs publics à réaliser un acte ou à s'abstenir de le faire, de déstabiliser gravement le fonctionnement d'une organisation internationale, ou enfin de provoquer un état de terreur dans la population ou dans une partie d'entre elle. L'intention terroriste du Code pénal espagnol est alors large et évanescence, dans le sillon de la loi française relative au renseignement⁴⁹ et du droit européen⁵⁰. Mais l'atteinte que cela constitue au principe de légalité et à la sécurité juridique est encore plus discutable lorsqu'elle permet de qualifier des incriminations autonomes dont la matérialité est également faible.

2. Les incriminations autonomes de la sphère terroriste

En matière terroriste, de nombreuses incriminations autonomes permettent de mener ce que de nombreux auteurs appellent une « guerre préventive ». Cela se traduit par une intervention proactive du droit pénal face au risque terroriste, qui anticipe la répression et assouplit les règles de participation à l'infraction.

Anticipation de la répression. — Plusieurs infractions obstacles, telles que l'association de malfaiteurs⁵¹ et de multiples infractions relatives aux armes ou au financement du terrorisme existent depuis longtemps⁵². La vaste réforme de 2015 a sensiblement accentué le mouvement, anticipant à certains égards les exigences du droit de l'Union européenne⁵³. C'est ainsi notamment que sont désormais réprimés le fait de recevoir un entraînement ou de se former soi-même au combat, la consultation habituelle de sites internet faisant l'apologie du terrorisme ou incitant à rejoindre une organisation terroriste, mais aussi ce que l'on appelle la propagande passive, c'est-à-dire le fait de recevoir ou de posséder des documents incitant au terrorisme, et le fait de se rendre à l'étranger dans un territoire contrôlé par un groupe terroriste⁵⁴. Il faut souligner, cependant, que la poursuite d'un projet criminel consistant en la réalisation d'une infraction terroriste est toujours exigée pour constituer ces infractions⁵⁵.

Même si la légitimité de ces incriminations divise, la doctrine espagnole semble unanime pour y voir une rupture avec les principes libéraux de l'infraction. Il ne reste

⁴⁹ Art. L. 811-3 du Code de la sécurité intérieure.

⁵⁰ Décision-cadre 2008/919/JAI du 28 nov. 2008.

⁵¹ V. not. STS 716/2015, exigeant une participation active à l'organisation terroriste.

⁵² Art. 571 s. CPE.

⁵³ La réforme était présentée comme destinée à mettre le droit espagnol en conformité avec les exigences européennes mais elle inclut des incriminations qui n'étaient alors visées que par la proposition de directive 2015/0281, devenue la directive 2017/541 du 15 mars 2017.

⁵⁴ Art. 575 CPE.

⁵⁵ Comp. QPC n° 2016-611 du 10 févr. 2017.

plus grand-chose, en effet, du principe d'offensivité, en vertu duquel un comportement ne peut être incriminé que s'il constitue une atteinte, ou au moins un risque concret, pour un bien juridique⁵⁶. De la même façon, le caractère fragmentaire du droit pénal ne semble plus respecté dès lors que certaines incriminations visent des comportements indéfinis, sans que cette imprécision ne soit compensée par l'exigence d'un résultat juridique déterminé. Enfin, la proportionnalité n'existe plus entre la gravité de ces comportements non lésionnaire et la peine encourue. De nombreux auteurs n'hésitent pas, alors, à qualifier le droit pénal en matière terroriste de « droit pénal d'auteur⁵⁷ ». Une telle analyse a cependant parfois été nuancée, et des auteurs ont essayé de théoriser une nouvelle figure d'infraction, appelée « délit d'organisation ». Selon eux, les modes d'action des organisations terroristes les rendent difficilement accessibles aux catégories traditionnelles du droit pénal et celui-ci doit s'adapter à leur dangerosité propre et à leur fort potentiel de communication. Schématiquement, l'idée générale est que les principes du droit pénal et les éléments constitutifs de l'infraction ne doivent plus s'apprécier au niveau des individus qui le composent, mais au niveau du groupe lui-même⁵⁸. Cette proposition heurte alors de plein fouet un autre principe du droit pénal libéral : celui de la responsabilité du fait personnel. Elle est cependant en cohérence avec l'évolution du droit positif.

Modes de participation à une infraction terroriste. — Alors que le Code pénal de 1995 avait limité la répression à la provocation directe à des actes de terrorisme, une première étape a été franchie dès 2000, avec l'incrimination de la provocation non suivie d'effets et de l'apologie du terrorisme⁵⁹. Les réformes de 2010 et 2015 ont ensuite puni le « dénigrement des victimes de terrorisme » et renforcé la répression de l'apologie sur internet⁶⁰. L'existence de ces délits, que beaucoup qualifient de délit d'opinion, est d'autant plus discutée qu'ils sont largement entendus. Même si le Tribunal suprême affirme qu'ils ne doivent pas réprimer les simples abus de la liberté d'expression et que le principe d'*ultima ratio* impose de réserver la sanction pénale aux cas les plus graves, un arrêt

⁵⁶ Comp. QPC n° 2017-625 du 7 avr. 2017.

⁵⁷ V. les références précitées note 11, not. E. Garro Carrera, préc. et, déjà, A. Asua Batarrita et M. Alvarez Vizcaya, « La répression du terrorisme en Espagne », *Arch. pol. crim.* 2006/1, n° 28 ; M.-A. Chazarra Quinto, « La lucha contra el terrorismo versus el respeto a los derechos fundamentales » [derechopenalonline.com] 2011.

⁵⁸ V. not. G. Santa Rita Tames, *op. cit.*, 731 p.

⁵⁹ Les faits d'apologie ne peuvent cependant pas donner lieu aux mêmes restrictions aux droits constitutionnels que les actes de terrorismes véritables ; v. STC 199/1987.

⁶⁰ La dernière réforme s'est accompagnée d'une politique pénale de recherche et de répression systématique des propos tenus sur les réseaux sociaux, nommée « Operación Araña de la Guardia Civil ».

récent manifeste une sévérité certaine. C'est ainsi que, dans une décision du 18 janvier 2017, le Tribunal suprême a cassé la relaxe et condamné à un an d'emprisonnement, le chanteur d'un groupe contestataire qui avait posté sur Tweeter des messages acerbes faisant référence à des actes de terrorisme⁶¹. Il juge ainsi que la satire ou le second degré constituent de simples mobiles et n'écartent pas l'intention délictuelle requise, les propos antérieurs de l'accusé, condamnant publiquement le terrorisme, étant également indifférents.

On voit alors que le droit pénal sanctionne non seulement la participation effective à une organisation terroriste, mais également toute forme d'adhésion, réelle ou apparente, à ses finalités. La rupture avec les principes fondateurs de la responsabilité dans un droit pénal libéral s'exprime également dans les règles régissant la sanction pénale.

B. L'affaiblissement des principes relatifs à la sanction pénale

Alors que la Constitution espagnole affirme que le but de toute sanction pénale doit être la réinsertion⁶², il semble qu'en matière terroriste, cette finalité ait cédé la place à une volonté de neutralisation⁶³. La dangerosité paraît en effet avoir pris le pas sur la culpabilité dans la détermination des peines (1) comme dans les règles régissant leur exécution (2).

1. La sévérité des peines

Dans un droit pénal libéral, la proportionnalité s'apprécie au regard de la gravité du comportement et de la faute qui l'accompagne. S'agissant des peines encourues, le droit commun espagnol peut paraître bien plus clément que le droit français puisqu'aucune infraction ne peut, en principe, être punie de plus de 20 ans d'emprisonnement⁶⁴. En matière terroriste, cependant, cette clémence relative disparaît, et il était déjà possible qu'une peine de 30 ans d'emprisonnement soit encourue. La réforme de 2003 avait en outre porté à 40 ans la durée de la peine maximale « exécutable » lorsque plusieurs infractions terroristes se trouvent en concours⁶⁵. Enfin, la réforme de 2015 a introduit dans

⁶¹ STS 4/2017. Cette décision a nourri une vague importante de condamnations largement médiatisées ; v. not. « La Audiencia ha condenado al menos a 30 personas por enaltecimiento de ETA y Grapo en redes sociales desde 2016 » [<http://www.publico.es>] 31 mars 2017.

⁶² Art. 25.2 CE.

⁶³ Sur cet aspect, v. plus précisément E. Garro Carrera, art. préc. et notre étude « Le régime d'exception en Espagne : la réponse à l'infraction terroriste », à paraître à la *RPDP*.

⁶⁴ Art. 36.2 CPE.

⁶⁵ V. art. 76 s. CPE.

le Code pénal la peine, jusqu'alors inconnue du droit espagnol, d'emprisonnement perpétuel⁶⁶ en cas d'homicide terroriste⁶⁷.

Outre des peines sévères, une mesure de sûreté dite « de liberté surveillée » a été créée en 2010, pour les individus dont le « pronostic de comportement futur révèle la probabilité de commettre de nouveaux délits⁶⁸ ». Alors qu'elle est en principe réservée aux personnes non imputables en substitution de la peine, elle s'applique, en matière terroriste, aux personnes pénalement responsables. Elle y est alors obligatoire, et intervient à l'issue de l'exécution de la peine, pour une durée de 5 à 10 ans⁶⁹. Mais la volonté toujours plus forte de prolonger la surveillance des personnes se manifeste également en droit de l'exécution des peines.

2. Les restrictions aux aménagements de peines

La loi pénitentiaire pose que toute peine privative de liberté doit poursuivre un objectif de réinsertion et, pour ce faire, elle organise en principe le régime pénitentiaire au regard de l'évolution de la situation du détenu⁷⁰. Mais une loi de 2003, dite « d'exécution effective des condamnations pénales », est venue entraver ce principe en créant l'équivalent de notre période de sûreté⁷¹. Encourue pour les peines supérieures à 5 ans d'emprisonnement, elle est facultative en droit commun. En matière terroriste, en revanche, elle est systématique et l'accès au régime ouvert et aux aménagements de peine est exclu avant que la moitié de la peine n'ait été exécutée⁷².

Une telle volonté de neutralisation avait gagné la jurisprudence, notamment dans la célèbre doctrine *Parot*, consacrée en 2006⁷³ et qui conduisit à la condamnation de

⁶⁶ Art. 36.1 CPE ; J.-M. Landa Gorostiza, « Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015 : ¿Derecho a la esperanza? », *RECPC* 2015, n° 17 ; G. Quintero Olivares, « Le terrorisme et l'entrée de la "prisión permanente revisable" dans le système pénal espagnol. Les principes pénitentiaires et l'idéologie de la perpétuité », in *Les colloques de l'ISCJ*, n° 1, juin 2017, [iscj.u-bordeaux.fr].

⁶⁷ Art. 140 CPE. Outre l'homicide terroriste, cette peine n'est pour l'instant encourue que pour certains assassinats aggravés, commis sur un mineur ou une personne vulnérable ou à la suite d'une agression sexuelle.

⁶⁸ Art. 95.2a CPE ; v. not. L.-F. Aravélo, « Control de la peligrosidad criminal y libertad vigilada postpenitenciaria » [<http://www.derechopenitenciario.com>].

⁶⁹ Art. 192, 579 et 579 bis CPE. Soulignons que la réforme 1/2015 a étendu son domaine aux atteintes aux personnes qualifiées de violences de genre ou domestiques ; v. art. 140 bis et 156 ter CPE.

⁷⁰ V. art. 72 s. de la LOGP et Real Decreto 190/1996.

⁷¹ Ley orgánica 7/2003.

⁷² Art. 36.2 CPE.

⁷³ STS 197/2006, opérant un revirement au regard de la solution adoptée en principe depuis une décision du 8 mars 1994.

l'Espagne dans l'affaire *Del Río Prada*⁷⁴. En prenant comme point de référence la totalité des peines prononcées pour des infractions terroristes en concours, le Tribunal suprême avait ainsi privé de tout effet utile les réductions de peines des personnes condamnées sous l'empire du Code pénal de 1973, silencieux sur la question.

La difficulté est désormais résolue par la loi mais les règles, qui ont été durcies en 2015, sont complexes⁷⁵. On notera seulement qu'en cas d'infractions terroristes en concours, il est possible d'exiger que les 4/5^e de la peine exécutable aient été purgés pour accéder au régime ouvert ; et les 7/8^e pour une libération conditionnelle⁷⁶. Lorsque la peine d'emprisonnement perpétuel révisable aura été prononcée, l'accès aux aménagements de peine est exclu avant 24 ans, et même 32 ans lorsque la condamnation porte sur plusieurs infractions en concours punies d'une telle peine⁷⁷. Outre ces conditions temporelles, il faut souligner que le condamné devra également avoir collaboré avec les autorités et abandonné les finalités terroristes, condition particulièrement discutée pour rappeler les critères d'un droit pénal d'auteur⁷⁸.

En doctrine, les débats restent vifs sur la conformité de ces dispositions à la Constitution⁷⁹ et à l'article 3 de la Convention européenne⁸⁰. Or, s'il faudra attendre pour connaître la position des juridictions de contrôle quant à l'existence d'un espoir raisonnable de libération, il ne paraît guère douteux que les principes propres à un droit pénal libéral et humaniste, souvent revendiqués par la doctrine espagnole, sont aujourd'hui bien loin.

Au terme de cette étude, on observe alors que, formellement, le droit espagnol traite le terrorisme au moyen du seul droit pénal, et qu'il ne connaît qu'un seul droit pénal. En réalité, pourtant, il apparaît qu'il a vu se développer, en son sein, un autre droit, autonome, obéissant à une autre logique et à d'autres principes : un droit pénal de l'ennemi.

⁷⁴ CEDH, gr. ch., 21 oct. 2013, n° 42750/09, *Del Río Prada c/ Espagne* ; v. not. l'analyse d'A. Gogorza, en considération des spécificités du système espagnol : *RID pén.* 2013. 545 s.

⁷⁵ V. art. 35, 78.1 et 78.2 CPE.

⁷⁶ Art. 78.2 al. 2 CPE.

⁷⁷ Art. 78 bis CPE. La libération conditionnelle n'est alors possible qu'après 28 et 35 ans, respectivement.

⁷⁸ V. not. E. Garro Carrera, art. préc.

⁷⁹ V. not. J. Ríos, *La prisión perpetua en España. Razones de ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*, Gakoa, 2013, 221 p. Le Tribunal constitutionnel a été saisi d'un recours en inconstitutionnalité, déclaré recevable mais non encore jugé ; v. T. const. Pleno, n° 64/2015.

⁸⁰ Il n'est pas certain, en effet, qu'un espoir raisonnable de libération existe au sens des critères dégagés par la Cour européenne ; v. not. CEDH, gr. ch., 9 juill. 2013, n°s 66069/09, 130/10 et 3896/10, *Vinter c/ Royaume-Uni* ; CEDH, gr. ch., 26 avr. 2016, n° 10511/10, *Murray c/ Pays-Bas* et CEDH, 4 oct. 2016, n°s 37871/14 et 73986/14, *T.P et A.T. c/ Hongrie*, jugeant incompatible avec l'article 3 de la CSEDH une période de sûreté de 40 ans.