

Législation antiterroriste, lutte contre la criminalité organisée : le Conseil constitutionnel face aux politiques pénales contemporaines

Vincent THIBAUD, allocataire Moniteur, Université lumière Lyon 2

Cette contribution n'est pas celle d'un spécialiste de la législation pénale et des techniques de lutte contre le terrorisme, mais elle se veut être celle d'un observateur attentif de la jurisprudence constitutionnelle et de quelques-unes de ses évolutions les plus récentes. Il s'agit de s'intéresser en fait d'une façon générale à l'évolution des garanties constitutionnelles relatives aux droits et libertés – socle d'un régime démocratique comme le nôtre – dans un contexte qui ne leur est plus tellement favorable. Dans les discours politiques, certaines menaces sont souvent évoquées pour justifier, tant dans les législations nationales que dans les politiques communes au niveau européen, des dispositifs répressifs toujours renforcés dont l'objectif est paradoxalement de protéger les droits et libertés de l'ensemble des citoyens honnêtes menacés par la déstabilisation des institutions garantes de ces mêmes libertés¹. Le problème est que la généralisation de la vidéosurveillance, le renforcement des possibilités de contrôle d'identité, l'extension de la possibilité pour la force publique de procéder à des relevés téléphoniques avant même le déclenchement de toute procédure judiciaire²... sont autant d'interrogations pour ces mêmes citoyens honnêtes quant à la protection de leur sphère individuelle qui constitue pourtant l'un des fondements de l'Etat de droit. C'est en tout cas ce qui est enseigné le plus souvent dans les manuels de droit, soit dans des ouvrages de Droit constitutionnel ou bien encore de Libertés publiques et fondamentales.

A quelle cause principale pouvons-nous rattacher cette évolution quelque peu paradoxale ? Il apparaît, depuis le 11 septembre 2001 et les attentats ayant touché les villes de New York et Washington, que « le plus récent impératif de politique criminelle »³ qui s'impose à nos démocraties libérales est sans conteste la lutte contre le terrorisme. Il est vrai que la France est renvoyée à sa propre réalité⁴. Elle a connu le terrorisme que l'on qualifiera de « religieux »⁵ par une vague d'attentats en 1995. Elle connaît dans son actualité un

¹ L'exposé des motifs de la décision-cadre du 13 juin 2002 adoptée dans le cadre du 3^{ème} pilier de l'Union européenne (JAI) est à cet égard illustratif : « (1) L'Union européenne se fonde sur les valeurs universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres. // (2) Le terrorisme constitue l'une des plus sérieuses violations de ces principes. [Le Conseil de l'Union européenne] condamne le terrorisme comme **une menace pour la démocratie, le libre exercice des droits de l'homme et le développement économique et social** » (JO des Communautés européennes, L 164, 22/06/2002, p. 3).

² Tous ces dispositifs ont été introduits en France par la loi du 23 janvier 2006 (n° 2006-64) relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers.

³ Cf. M.-L. CESONI, « Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : paradigme de l'efficacité et désuétude des principes fondamentaux. Introduction générale », in M.-L. CESONI (dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception*, Bruylant – LGDJ, 2007, p. 2.

⁴ A ce propos, le mot « terrorisme » revêt une étymologie trouvant sa source dans la langue française, cf. J.-F. GAYRAUD, D. SENAT, *Le terrorisme*, PUF, « Que sais-je ? », 2^{ème} édition, 2006, p. 10.

⁵ Pour une tentative de typologie détaillée, cf. O. TOUCHOT, *Etude comparée des législations antiterroristes en France, Royaume-Uni et aux Etats-Unis*, thèse (dact.), Paris II, 2002. Cela renvoie au fait que le phénomène terroriste est difficilement saisissable, notamment au niveau international. Il n'existe pas à notre connaissance d'instruments internationaux donnant une définition unique et pertinente du terrorisme, même au niveau européen (cf. art. 1^{er} de la décision-cadre (JAI) du 13 juin 2002 précitée : « Chaque État membre prend les

terrorisme qui relève plus de motifs politiques – même si tout acte terroriste porte en lui-même un objectif politique –, notamment par l’activisme nationaliste corse, de tirs à l’arme lourde contre des bâtiments d’Etat (administration des impôts, gendarmerie...) à l’assassinat d’un préfet... Mais nous pouvons nous rappeler aussi des activités du Groupe Action Directe au milieu des années 1980 qui se réclamait d’une extrême-gauche radicale, à l’image des groupuscules qui avaient sévi en Allemagne (Fraction Armée Rouge ou « Bande à Badeer ») dans une période contemporaine.

La réaction ponctuelle des pouvoirs publics à ce type d’évènements fait que la législation antiterroriste en France est assez facilement identifiable dans la jurisprudence constitutionnelle. Au regard des enjeux d’une telle législation, la saisine du Conseil constitutionnel par l’opposition à la majorité ayant adopté ces dispositifs depuis 1986 a été quasi systématique, sauf en 2001 pour la loi relative à la sécurité quotidienne⁶. C’est d’ailleurs ce qui a empêché le Conseil constitutionnel de rendre une décision de principe en la matière, tant cette loi constitue un tournant dans les moyens procéduraux conférés aux autorités administratives et judiciaires pour prévenir (de préférence) les activités terroristes.

Notre propos va s’appuyer sur les actes d’une conférence⁷ de l’ancien président du Conseil constitutionnel Pierre Mazeaud, publiés sur le site Internet de l’institution⁸. Ce discours prononcé en 2006 garde toute son actualité. Le lecteur attentif relèvera principalement deux choses. L’intervention commence par l’idée suivante concernant la vision française de la lutte antiterroriste : « dès l’origine, le législateur a choisi de doter la puissance publique de pouvoirs dérogatoires du droit commun, par un dispositif spécifique, mais permanent, qui maintient le juge au coeur de la lutte antiterroriste, qui respecte les principes essentiels du droit pénal et qui s’inscrit dans un cadre protecteur des libertés publiques ». Mais le bilan d’évolution se termine par le constat que « plusieurs des règles procédurales applicables au terrorisme et à la répression du trafic de stupéfiants, ont vu leur champ d’application étendu aux infractions liées à la criminalité organisée par la loi du 9 mars 2004. // De ce point de vue, on peut dire que **les dispositions applicables en matière de terrorisme ont servi de matrice à un régime élargi au champ de la criminalité organisée. Elles ont donc perdu une part de leur spécificité**⁹ ».

Le constat est intéressant. Il pointe l’idée que des politiques criminelles globales ont été le prétexte à l’extension de dispositifs juridiques conçus de façon strictement dérogatoire, à tel point que la notion de « criminalité organisée » englobe aujourd’hui celle de terrorisme au moins en matière de procédure (article 706-73 du Code de procédure pénale), à l’exception des règles d’instruction, de jugement concernant la centralisation territoriale des compétences en la matière, mais également la durée de la garde à vue. A ce propos, une partie de la doctrine pénaliste insiste sur le fait que la logique politique actuelle penche vers « une instrumentalisation de la procédure pénale »¹⁰, « pour, d’une part élargir le champ d’intervention du système pénal en général et, d’autre part, introduire des procédures dérogatoires au droit commun et à certains principes fondamentaux »¹¹. Il y a dans notre droit désormais un véritable droit commun de la criminalité organisée dont l’ampleur des

mesures nécessaires pour que soient considérés comme infractions terroristes les actes intentionnels visés aux points a) à i) [de la décision], **tels qu’ils sont définis comme infractions par le droit national** ».

⁶ Loi n° 2001-1062.

⁷ Conférence prononcée lors d’une visite à la Cour suprême du Canada (24-26 avril 2006) et ayant pour thème : « La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ».

⁸ www.conseil-constitutionnel.fr/divers/documents/20060426.pdf.

⁹ C’est nous qui soulignons.

¹⁰ Y. BISIQU, « Enquête proactive et lutte contre la criminalité organisée », in M.-L. CESONI (dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l’exception*, op. cit., p. 347.

¹¹ M.-L. CESONI, op. cit., p. 14.

infractions rassemblées sous ledit régime ne peut plus en faire une simple dérogation à un droit plus vaste de la procédure pénale. Il traduit l'émergence d'un nouveau système de procédures, véritablement parallèle aux outils relevant de notre tradition pénale. Il est à craindre que le discours sécuritaire ambiant ne laisse présager une extension toujours plus étendue de ce type de moyens ; d'autant plus que la législation antiterroriste doit être révisée en cette année 2008, conformément à l'article 32¹² de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006. Certes, « la clause de rendez-vous est présentée comme (...) une possibilité de droit de regard rétrospectif du Parlement sur la validité des dispositifs mis en œuvre. Mais, depuis le *Prevention Terrorism Bill* de 1974, instaurant des pouvoirs d'exception en Irlande du Nord, en passant par l'*Anti-Terrorism, Crime and Security Act* du 14 décembre 2001 pérennisé et amplifié par le *Prevention Security Act* du 11 mars 2005 par le Parlement britannique ou la loi [française] de 2003 prolongeant celle de 2001, on a systématiquement assisté à une "permanence du temporaire"¹³. // Il y a donc fort à parier qu'en 2008 la législation antiterroriste sera reconduite, voire même renforcée »¹⁴, légitimant des politiques répressives plus globales.

Contrairement aux usages classiques afférents à la méthodologie juridique, il va falloir nous défendre d'une présentation qui suit des développements organisés selon une certaine chronologie.

L'objectif de ces quelques lignes est d'essayer d'appréhender comment, à la fin des années 1980 et au début des années 1990 les principes et autres normes constitutionnelles ont pu justifier l'instauration d'un régime dérogatoire concernant le régime pénal mis en place pour lutter et réprimer le phénomène terroriste, sans remettre en cause l'équilibre global de la jurisprudence constitutionnelle (I). Une véritable rupture – nous l'avons déjà évoquée – se produit en 2001 dans les moyens mis en œuvre, par la promulgation du chapitre V introduit dans la loi relative à la sécurité quotidienne du 15 novembre de cette même année. Or, cette loi, dont la procédure d'adoption fut accélérée par les attentats de New-York, ne fut pas déférée au Conseil constitutionnel tant le consensus politique était fort dans les réponses apportées pour lutter contre une menace difficilement saisissable. Le Conseil constitutionnel n'a ainsi pas pu rendre une décision de principe concernant ces nouveaux moyens d'enquête à la disposition des autorités administratives et judiciaires. Par suite, la globalisation de l'approche sous couvert de la notion de « criminalité organisée » a mis au jour certaines faiblesses dans l'arsenal constitutionnel qui se déploie en termes d'objectifs à valeur constitutionnelle et de contrôle de proportionnalité, laissant apparaître une constitutionnalité beaucoup plus lâche qui met à mal l'idée classique que le citoyen éclairé pouvait se faire de l'Etat de droit – garant des droits et des libertés fondamentaux (II).

¹² Cette disposition vise les articles 3, 6 et 9 de ladite loi qui concernent les contrôles d'identité (art. 3), les contrôles des données en possession des opérateurs des réseaux électroniques et téléphoniques (art. 6) dans le cadre du « contrôle des déplacements et communication des données techniques relatives aux échanges téléphoniques et électroniques des personnes susceptibles de participer à une action terroriste » (titre II de la loi) et l'accès des autorités de police aux fichiers nationaux – « traitements automatisés de données à caractère personnel » – (art. 9). Ce sont des domaines sensibles car ce sont des dispositions symboles des méthodes dites d'enquêtes « proactives » à la disposition des forces de police et de gendarmerie, et qui ont pour caractéristique principale de pouvoir être mises en œuvre avant même le déclenchement d'une procédure judiciaire.

¹³ Cit. D. BIGO, « L'impact des mesures anti-terroristes : sur l'équilibre entre liberté et sécurité et sur la cohésion sociale en France », in E. BRIBOSIA, A. WEYEMBERGH (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Nemesi – Bruylant, 2002.

¹⁴ F. ROLIN, S. SLAMA, « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste », *AJDA*, 2006, p. 976.

I. La justification de l'exception : des principes constitutionnels adaptés au contrôle du développement de la législation antiterroriste

L'utilisation du terme « exception » est – reconnaissons-le – un peu provocatrice. Quelques éléments de définition sont sans doute nécessaires et il conviendrait en toute rigueur d'employer le terme « dérogatoire » plutôt que l'expression « d'exception ». Mais sans faire de référence à une « législation d'exception »¹⁵ comme celles qui ont été mises en place au Royaume-Uni en Irlande du Nord dans les années 1970-1980 ou plus récemment aux Etats-Unis concernant le jugement des personnes accusées de terrorisme¹⁶, il s'agit juste d'une évocation de la logique juridique classique qui distingue le « principe » et l' (ou les) exception(s) largement employée pour ses vertus pédagogiques.

En 1986, lors de l'adoption en France de la première législation spécifique de répression du terrorisme, il a été choisi un régime dérogatoire au droit commun tendant « à soumettre à des règles particulières la poursuite, l'instruction et le jugement de diverses infractions déjà définies par le code pénal ou par des lois spéciales »¹⁷. Certains auteurs ont parlé à l'époque d'un véritable « droit d'exception pour les faits de terrorisme », parce que « présenter un projet de loi prévoyant pour les actes de terrorisme des dispositions particulières de fond et de procédure [correspondait en réalité] à une politique de sévérité renforcée puisqu'on s'écarte du droit commun relativement libéral au profit d'un droit plus répressif »¹⁸.

Quoiqu'il en soit, le « terroriste » devient dès lors un sujet de droit particulier, sans que son acte ne soit appréhendé en tant que tel par notre droit pénal, et un tel constat – au-delà de toute opinion sur l'acte terroriste en lui-même – interroge bien évidemment notre tradition juridique selon laquelle « la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » selon l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, à ceci près que l'appréciation souveraine de l'égalité des situations relève de la loi, « expression de la volonté générale » selon un principe représentatif classique qui provient du même article de la Déclaration de 1789... « dans le respect de la Constitution » depuis l'instauration et le développement de la constitutionnalité dans notre ordre juridique.

Les sénateurs requérants en 1986 semblent avoir d'abord voulu interroger le juge constitutionnel sur ces principes de notre Etat de droit à propos du texte adopté à l'époque, que ce soit sur la question des principes de la légalité et de la nécessité des délits et des peines (B), principes fondamentaux du droit pénal que le Conseil avait déjà eu l'occasion de consacrer sur le plan constitutionnel ; et sur la question du principe d'égalité devant la justice qui concerne plus directement la question de la liberté individuelle (A). Force est de constater

¹⁵ « L'état d'urgence » instauré par la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 fait incontestablement partie de cette catégorie puisqu'elle permet de conférer au(-x) préfet(-s) d'une ou des zone(-s) déterminées par la loi des pouvoirs de police administrative exceptionnels, après appréciation de circonstances exceptionnelles (relevant de la « calamité publique »). Cette législation n'a été véritablement utilisée que deux fois : en Algérie et en Nouvelle-Calédonie (les décisions du Conseil constitutionnel ont confirmé en quelque sorte le caractère permanent des dispositions de la loi de 1955 en validant leur emploi pour régler la situation calédonienne). De façon plus anecdotique (dans les faits), en lien avec les « émeutes » dans les « banlieues » françaises de l'automne 2005, cf. D. n° 2005-1386 du 08/11/2005 puis loi n° 2005-1425 du 18/11/2005.

¹⁶ La Cour Suprême a eu l'occasion de rendre à ce sujet une décision importante *Hamdan v. Rumsfeld* (n° 04-5393) du 29 juin 2006 dans laquelle elle sanctionne la procédure employée pour mettre en place des juridictions militaires d'exception pour juger des personnes soupçonnées d'activités terroristes. Un mécanisme similaire fut rétabli dans la foulée sur autorisation cette fois expresse du Congrès (voir l'affaire récente dite de « l'ex-chauffeur de Ben Laden »).

¹⁷ CC, n° 86-213 DC, 03/09/1986, cons. 1.

¹⁸ J. PRADEL, « Les infractions de terrorisme, nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal », D., 1987, chron. 7^{ème} cahier, p. 41 (et note 25).

le relatif équilibre de la jurisprudence du Conseil face à ce type d'action législative dérogatoire certes, mais ciblée sur le plan des politiques pénales.

A) L'exception justifiée par l'application du principe d'égalité. La justice face à « l'intimidation ou la terreur »

Le considérant est classique et il rappelle qu'« il est loisible au législateur, compétent pour fixer les règles de procédure pénale en vertu de l'article 34 de la Constitution, de prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, pourvu que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurés au justiciable des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense »¹⁹.

Les personnes soupçonnées de terrorisme ou d'actes en lien avec une entreprise terroriste sont jugées par une cour d'assises spéciales composée uniquement de magistrats professionnels, par « exception apportée au principe de l'intervention du jury » populaire dans les procès criminels. Il est d'ailleurs à noter que le terme « exception » est accepté par le juge constitutionnel, ce qui confirme que le caractère dérogatoire de tels ou tels dispositifs par rapport au droit commun relève bien de l'exception, et qu'il est assez difficile de distinguer le domaine de la législation d'exception hormis dans l'appréciation d'un certain degré de dérogation aux garanties normales.

La frontière est d'autant plus floue que la discrimination procédurale justifiée par le Conseil constitutionnel est mise en œuvre lorsque la procédure pénale est déclenchée pour instruire et réprimer le cas échéant une « entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ». La sphère constitutionnelle est interrogée sous le joug de l'urgence et de la réponse rapide de la société à un danger latent. Le juge constitutionnel est saisi par l'action du législateur tendant « à déjouer l'effet des pressions ou des menaces pouvant altérer la juridiction de jugement ».

L'« intention du législateur » à laquelle le Conseil constitutionnel se réfère était assez claire. Mais la loi de septembre 1986 n'était pas allée assez loin, la nécessité que ces nouvelles dispositions quant au jugement des actes terroristes s'appliquent aux procédures en cours à l'époque et aux procès à venir, notamment des membres du groupe Action directe. En effet, « la réforme de la cour d'assises est intervenue en 1986 à la suite de menaces graves proférées par l'un des membres de l'organisation terroriste Action directe... à l'égard des jurés de la cour d'assises de Paris »²⁰. Plus précisément, « concrétisant les craintes du législateur, plusieurs jurés sensibles aux menaces de l'accusé Scheilcher ne se présentèrent pas lors du procès de ce membre d'Action Directe le 3 décembre 1986. Le gouvernement fit alors voter selon la procédure d'urgence la loi du 30 décembre 1986 »²¹ qui applique le nouvel article 706-25 du Code de procédure pénale « aux procédures en cours ». Le Conseil constitutionnel ne fut pas saisi, et c'est la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui a en quelque sorte validé le principe de cette rétroactivité de la loi en matière de procédure.

L'article 2 de ladite loi disposait donc que « lorsqu'un accusé majeur est renvoyé devant la cour d'assises par un arrêt devenu définitif au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi, la chambre d'accusation peut être à nouveau saisie afin de constater, s'il y a lieu, que les faits entrent dans le champ d'application de l'article 706-16 [du Code de procédure pénale] et que le premier alinéa de l'article 706-25 doit recevoir application ». C'est ce qui

¹⁹ CC, n° 86-213 DC, cons. 12.

²⁰ J.-F. GAYRAUD, *Le terrorisme*, 2^{ème} édition, PUF, « Que sais-je ? », 2006, p. 86.

²¹ O. TOUCHOT, *Etude comparée des législations antiterroristes en France, Royaume-Uni et aux Etats-Unis*, thèse (dact.), Paris II, 2002, p. 115.

s'est produit pour certains membres du groupe Action Directe suite à l'ajournement du procès de décembre 1986, puis à une action devant la chambre d'accusation de la part du ministère public. Les juges ont fait droit à la demande ; la Cour d'appel de Paris ayant confirmé le premier jugement le 29 janvier 1987. Les membres du commando se sont pourvus en cassation et la Haute juridiction judiciaire a rappelé que « sauf dispositions contraires expresses, toute loi de procédure et de compétence est d'effet immédiat »²².

L'interrogation revient donc bien sur le terrain de la législation d'exception, à la différence que dans la sphère constitutionnelle, il semble que l'on en revienne seulement au dérogatoire en ce sens que la spécificité de certains actes (leur degré de violence) peut être appréhendée en dehors du droit commun, mais le respect des règles et principes à valeur constitutionnelle impose qu'il n'y ait pas de distinctions excessives (« discriminations injustifiées »), que le niveau de garanties apportées au justiciable soit de niveau comparable, « notamment quant au respect des droits de la défense ».

Il est très intéressant de noter que « l'adoption de la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 a été précédée d'un vif et long débat politique qui s'était déjà fortement animé au moment de la discussion de la loi du 4 août 1981 portant suppression de la Cour de sûreté de l'Etat. Pour l'opposition de l'époque, abolir cette juridiction contestée, sans apporter de réponse aux problèmes qu'elle permettait de régler, revenait à créer un vide juridique dont les terroristes ne manqueraient pas de profiter »²³. Sans pouvoir mesurer si l'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel y est pour quelque chose, la réforme de 1986 n'est pas allée jusqu'à recréer une telle juridiction, qui renvoyait tout de même à des heures bien sombres²⁴ de notre histoire récente.

Sur un plan de droit pénal général, le constat est que « le législateur français n'a pas voulu créer une nouvelle infraction. Les actes auxquels se livrent les terroristes font l'objet d'incriminations figurant dans le code pénal ou dans des lois spéciales existantes. Et ériger l'activité terroriste en infraction spécifique aurait risqué de lui conférer un caractère politique que les Etats démocratiques entendent lui dénier »²⁵.

Le terroriste est d'abord un criminel, un criminel qui opère à un certain niveau de violence qui nécessite une réponse forte de la part de l'ensemble de la société, mais il est curieux d'observer que le droit français ait choisi une voie intermédiaire et finalement peu claire « à mi-chemin entre le droit commun et le droit d'exception »²⁶ ; parce que la réponse ne doit pas être considérée comme revêtant un caractère purement politique, car il est trop risqué de considérer l'acte terroriste comme une action politique. Sauf qu'il s'agit bien tout de même d'un choix de politique criminelle qui « se justifie notamment dans les démocraties puisque c'est par les voies du débat politique et de la participation aux élections que le pouvoir est exercé, ce qui exclut *a priori* la légitimité du recours à la force. Cependant, on a vu que l'usage illicite de la force dans le règlement d'un problème politique ne suffit pas à

²² Cass. Crim., 07/05/1987, Bull. crim. n° 186.

²³ J.-P. MARGUENAUD, « La qualification pénale des actes de terrorisme », RSC, 1990, p. 1.

²⁴ En tête, les conditions d'adoption de la loi n° 63-23 du 16/01/1963 « fixant la composition, la procédure et les règles de fonctionnement de la Cour de sûreté de l'Etat instituée par l'article 698 du Code de procédure pénale ». Ce texte avait été adopté en réaction à l'annulation de l'ordonnance n° 62-618 du 1^{er} juin 1962 instituant une Cour militaire de justice par le célèbre arrêt « Canal » du Conseil d'Etat (CE Ass., 19/10/1962, Rec. 552). A l'époque, des menaces directes avaient été proférées par le Général de Gaulle à l'encontre de la vénérable institution. Le tout jeune Conseil constitutionnel se déclarait incompétent quelques jours plus tard pour contrôler la constitutionnalité d'une loi référendaire modifiant la Constitution sur la base de son article 11, de là à y voir une relation de cause à effet...

²⁵ F. LOLOUM, P. NGUYEN HUU, « Le Conseil constitutionnel et les réformes du droit pénal en 1986 », RSC, n° 3, 1987, p. 565.

²⁶ C. CHOCQUET, *Terrorisme et criminalité organisée*, L'Harmattan, 2003, p. 135.

discréditer définitivement les organisations qui y ont recours puisque, sous certaines conditions, des négociations peuvent s'engager avec elles. La voie est donc étroite entre la criminalisation intégrale, fondée sur l'illégalité des procédés utilisés dans l'action terroriste elle-même mais aussi dans les recherches de financement, et la reconnaissance, le plus tard possible, de la dimension politique du combat mené par l'organisation clandestine »²⁷.

Cette caractérisation politique est du seul ressort des autorités détentrices de la violence légitime, législative, administrative et judiciaire. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu établir la distinction entre les infractions « en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur » et les infractions « portant atteinte à l'autorité de l'Etat », comme semblait le suggérer le Conseil constitutionnel²⁸. Un ex-membre du groupe Action directe demandait à bénéficier d'une mesure d'amnistie prévue par la loi n° 81-736 du 4 août 1981 pour des faits commis en mars 1980 et mars 1981. L'affaire arrive jusqu'en cassation, en vue de remettre en cause la solution d'un arrêt de rejet de la demande pris par la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Lyon en date du 2 décembre 1988, qui non seulement refuse l'application de la loi d'amnistie au membre du groupuscule, mais en outre ordonne l'application au requérant des dispositions de la loi du 9 septembre 1986, c'est-à-dire le fait d'être jugé par la cour d'assises « spécialement composée » pour juger les actes qualifiés d'infractions terroristes. Les arguments en cassation du demandeur tournaient autour de deux axes pour qualifier les faits commis dans le champ d'application de la loi de 1981 par le biais d'une « relation existant entre les infractions et une entreprise tendant à entraver l'exercice de [l'autorité de] l'Etat ». D'une part, il invoque le fait que les actes commis par Action Directe l'étaient « au service d'une idéologie » et ce caractère avait été reconnu par la même juridiction pour lui refuser une demande de mise en liberté ; et que si les « crimes terroristes » sont jugés par une juridiction pénale spécifique, ces crimes n'en sont pas moins (et peut-être surtout) « par leur nature (...) en relation avec une entreprise tendant à entraver l'exercice de l'autorité de l'Etat au sens de l'article 2.5° de la loi du 4 août 1981 ».

Il semble que les conseils de cet activiste aient voulu jouer sur le sens classique du mot « terrorisme » et de l'image traditionnelle de l'action terroriste. Le terme, très difficilement définissable, caractérise « au début du XXe siècle et [encore de] nos jours, une violence politique contestataire et subversive. Ainsi, l'acte terroriste est systématiquement assimilé à un acte anti-Etat, parce qu'il refuse de se fondre dans un ordre normatif défini et garanti par l'Etat et qu'il lui dispute l'usage des armes »²⁹. Ce sens politique a prévalu pendant longtemps, puisqu'il n'y avait même pas de dispositifs spécifiques au terrorisme dans notre droit pénal qui s'en tenait à l'appréhension des infractions politiques. Quelles pouvaient en être les conséquences ? « Le délit politique a fait historiquement l'objet d'un régime de faveur, d'une certaine tolérance pénale, et ce particulièrement dans les pays au passé révolutionnaire. En témoigne, par exemple, le refus exprimé par certains pays d'extrader des "terroristes", à l'image de l'attitude bienveillante des autorités françaises vis-à-vis des membres de l'ETA réfugiés en France pendant les années 1970-1980 ou de la "doctrine Mitterrand" qui consistait à refuser toute extradition vers l'Italie de "terroristes" d'extrême-

²⁷ C. CHOCQUET, *ibid.*, p. 136.

²⁸ Cass. Crim., 14/03/1989, n° 88-87503, Bull. crim. n° 123. Voir aussi : CC, n° 86-213 DC, 03/09/1986, cons. 24 : « Considérant que les règles de composition et de procédure dérogatoires au droit commun qui trouvent, selon le législateur, leur justification dans les caractéristiques spécifiques du terrorisme ne sauraient, sans qu'il soit porté atteinte au principe d'égalité devant la justice, être étendues à des infractions qui ne présentent pas les mêmes caractéristiques et qui ne sont pas nécessairement en relation avec celles visées à l'article 706-16 nouveau du code de procédure pénale » (par exemple, « crimes de trahison et d'espionnage et les autres atteintes à la défense nationale » ; d'où, censure de l'article 4 de ce qui allait devenir la loi n° 86-1020).

²⁹ C. CAMUS, *La guerre contre le terrorisme. Dérives sécuritaires et dilemme démocratique*, Le Félin – Kiron, 2007, pp. 18-19.

gauche à condition qu'ils renoncent à la violence sur le territoire français »³⁰. Le discours a bien changé depuis, notamment du fait de l'europanisation de la lutte contre le terrorisme et du développement de la coopération entre Etats membres de l'Union européenne en matière pénale.

Il apparaît clairement quand même que dans l'arrêt de la Cour de cassation que nous évoquons, le demandeur ait voulu rattacher la loi d'amnistie d'août 1981 à la « doctrine Mitterrand » concernant les activistes italiens des Brigades Rouges. Les juges de cassation refusent donc d'appliquer la loi d'amnistie aux faits invoqués dans l'affaire par leur décision du 14 mars 1989³¹, en leur déniaient toute dimension politique au moment de leur commission pour les qualifier d'« infractions de droit commun », qualification renforcée par le fait qu'en tout cas, l'introduction dans la législation pénale d'un régime de procédure applicable aux « infractions en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur » consacre bien la distinction entre lesdites infractions et celles incriminant les actes portant directement atteinte à l'autorité de l'Etat.

Mais, reprenant l'argumentation des « auteurs de la saisine » du Conseil constitutionnel portant sur la loi de 1986, si la logique de l'appréhension du terrorisme s'apparente à une simple dérogation au droit criminel commun, non pas sur le plan des qualifications pénales existantes³² mais sur celui des seules règles « de poursuite, d'instruction et de jugement », la conséquence principale de cette action législative n'était-elle pas que « les conditions d'application [de ces] règles particulières (...) ne seraient pas déterminées par référence aux éléments constitutifs d'une ou plusieurs infractions définies de manière objective, mais par référence à l'élément purement subjectif que constitue le but poursuivi par l'auteur du ou des actes incriminés ; qu'ainsi la loi [méconnaissait] le principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines formulé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »³³.

B) L'exception sous le contrôle des principes de la légalité et la nécessité des délits et des peines

Avant la question spécifique du terrorisme, le Conseil avait déjà eu l'occasion d'examiner le contenu de politiques sécuritaires, et notamment la fameuse « loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes » à la fin de l'année 1980 et qui a donné lieu à la fameuse décision « Sécurité Liberté » du Conseil des 19 et 20 janvier 1981. Dans les principes fixés dans cette décision figurait en premier lieu le principe de la légalité des délits et des peines élevé explicitement au rang constitutionnel à cette occasion :

« Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ; qu'il en résulte la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire »³⁴.

³⁰ C. CAMUS, *ibid.*, p. 20.

³¹ Préc., note 28.

³² Il était possible de lire dans l'exposé des motifs du projet de loi de 1986 que « l'arsenal pénal actuel permet de réprimer avec une suffisante fermeté tous les agissements susceptibles de constituer des menées terroristes » (Doc. Assemblée Nationale, VIIIe législature, n° 155, p. 3).

³³ CC, n° 86-213 DC, 03/09/1986.

³⁴ CC, n° 80-127 DC, 19-20/01/1981, Rec. 15.

Dans la décision n° 86-213 DC, après avoir constaté avec les « auteurs de la saisine » que « la loi [relative à la lutte contre le terrorisme] ne définit pas d'infractions spécifiques caractérisant les activités terroristes », le Conseil rappelle le caractère conditionné de l'application de ladite loi à une personne suspectée d'actes de terrorisme, il faut : « d'une part, que les faits considérés soient constitutifs de certaines infractions définies par le code pénal ou par des lois spéciales ; d'autre part, que ces infractions soient en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ».

La question des infractions déjà définies par le code pénal en vigueur à l'époque est aisément évacuée, le Conseil s'en tenant à ce constat et insistant que ces infractions étaient définies « en termes suffisamment clairs et précis ». Il n'avait objectivement pas de raison de réexaminer ces incriminations *a posteriori*, la loi se contentant de les incorporer selon la technique du renvoi dans un régime de procédure sans « modifier », « compléter » ou « affecter le domaine »³⁵ de ces dispositions antérieurement introduites dans le Code pénal.

En revanche, la seconde condition définie par le législateur « par référence à l'élément purement subjectif que constitue le but poursuivi par l'auteur du ou des actes déterminés » se voit labellisée sur le plan constitutionnel, le juge constitutionnel estimant reconnaître une énonciation « en des termes d'une précision suffisante pour qu'il n'y ait pas méconnaissance » du principe de la légalité des délits et des peines. Ainsi, le juge constitutionnel semble être passé outre sur une imprécision ; « imprécision que le législateur, obnubilé par un louable souci d'efficacité, a délibérément entretenue, en laissant aux tribunaux le soin de la dissiper plus tard. Plusieurs déclarations de parlementaires ou [du] Garde des Sceaux [de l'époque] établissent en effet à l'envi que les rédacteurs de la loi de 1986 ont pris le risque de faire prévaloir l'efficacité de la lutte contre le terrorisme sur le strict respect du principe de la légalité des délits et des peines »³⁶.

Certains auteurs ont pu relever que « le code pénal fournit (...) de nombreux exemples dans lesquels le but poursuivi est l'un des éléments constitutifs de l'infraction [la menace de mort par exemple]. Certes, on pourrait relever que l'intention, dans le cas du terrorisme, se surajoute aux infractions qu'elle qualifie sans en être un élément intrinsèque. Mais aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que le législateur procède de la sorte ; bien au contraire cette combinaison des éléments objectifs et subjectifs permet de caractériser le fonds commun des manifestations multiformes que peut prendre le terrorisme dans le choix de ses moyens d'action et de le distinguer des autres activités criminelles »³⁷. Pour Jean Pradel, les mots les plus « importants » qui valident en quelque sorte le travail du législateur sont incontestablement les vocables « intimidation » et « terreur », définis de façon précises sur le plan linguistique et historique par les dictionnaires les plus autorisés que sont le Petit Robert et le Littré, ce qui fait dire à l'éminent auteur que « dans les deux notions, on retrouve donc l'idée de peur. Mais la terreur suscite une peur plus profonde, plus viscérale, plus instinctive que l'intimidation. (...) L'intimidation est donc, à sa manière, un concept moins fort que celui de terreur. D'où l'on peut déduire [facilement] que le législateur de 1986,

³⁵ Sur les conditions du contrôle de constitutionnalité éventuellement exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel, cf. CC, n° 85-187 DC, 25/01/1985, Rec. 43 : « si la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine, il ne saurait en être de même lorsqu'il s'agit de la simple mise en application d'une telle loi ».

³⁶ J.-P. MARGUENAUD, « La qualification pénale des actes de terrorisme », RSC, n° 1, 1990, p. 8.

³⁷ F. LOLOUM, P. NGUYEN HUU, « Le Conseil constitutionnel et les réformes du droit pénal en 1986 », art. cit., p. 567.

en ayant placé le mot "intimidation" à côté du mot "terreur", et en lui ayant même donné la priorité, a entendu donner à la pression exercée sur la population une grande étendue »³⁸.

S'en remettre au dictionnaire... n'était-ce pas trop laisser de marges d'appréciation aux autorités judiciaires³⁹ ? Ce type de réflexions existait déjà à l'époque et les mêmes discussions ont resurgi lors de réformes pénales récentes reproduisant la même méthode de législation. Rappelons quand même qu'outre l'article 8 de la Déclaration de 1789, le principe de la légalité des délits et des peines a toujours figuré dans le Code pénal et il se trouve réaffirmé dans l'actuel à l'article 111-3 : « nul ne peut être puni pour un crime ou un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi », et la Cour de cassation d'affirmer elle-même que « toute infraction doit être définie en des termes clairs et précis pour exclure l'arbitraire »⁴⁰. Cette solution jurisprudentielle classique, autrement formulée dans le principe qu'en « matière pénale, tout est de droit étroit »⁴¹, a été reprise dans le Nouveau Code pénal à l'article 111-4 qui dispose que « la loi pénale est d'interprétation stricte ». Dans leur office, « les juges [pénaux] ne peuvent procéder par extension, analogie ou induction »⁴², mais cela ne leur interdit pas non plus de rechercher « l'objet de la loi et son domaine d'application », en allant chercher des éléments de compréhension de « l'intention du législateur » dans la définition de certaines infractions⁴³.

L'interprétation de l'incrimination d'actes « en relation avec une entreprise individuelle et collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur » va amener les juges à un examen approfondi de la finalité des actes commis, mais surtout d'insister sur la notion d'« entreprise collective », cherchant même à analyser certains comportements individuels dans leur relation avec l'action d'un groupement duquel l'inculpé se réclamait, comme ce fut le cas pour le groupe Action directe⁴⁴. La Cour de cassation a eu l'occasion de retenir le critère d'un « minimum d'organisation »⁴⁵ pour qualifier l'acte terroriste.

Les « actes de terrorisme » ont quand même fini par être insérés en tant qu'incrimination prévue par le Code pénal lors de la refonte de celui-ci en 1992. La loi du 22 juillet 1992 n'a pas été soumise à l'examen du Conseil constitutionnel et nul doute que celui-ci ne serait pas revenu sur la définition de l'acte terroriste retenue car celle-ci se contentait de reprendre les termes de la réforme de 1986, confirmant la méthode de la catégorie d'infractions assorties de certains éléments subjectifs, renforcés par la loi n° 96-647 du 22/07/1996 et l'introduction d'un élément d'intentionnalité au sein de l'article 421-1 du Code pénal. Si la légalité des délits et des peines ne pouvait plus être opposée à la définition de la catégorie d'infractions, les éléments nouveaux ajoutés à cette catégorie ont été soumis au contrôle de « l'erreur manifeste d'appréciation » au regard du principe corollaire de la nécessité des délits et des peines, toujours issu de l'article 8 de la Déclaration de 1789. Le

³⁸ J. PRADEL, « Les infractions de terrorisme, nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal », art. cit., pp. 43-44.

³⁹ Voir : R. OTTENHOF, « Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme », RSC, n° 3, 1987, pp. 613-614.

⁴⁰ Cass. Crim., 01/02/1990, Bull. crim. n° 56.

⁴¹ Cass. Crim., 04/02/1898, S. 1899. I. 249.

⁴² Cass. Crim., 09/08/1913.

⁴³ Cf. Cass. Crim., 21/01/1969, Bull. crim. n° 38.

⁴⁴ Voir : Cass. Crim., 07/05/1987, Bull. crim. n° 186.

⁴⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 17/10/1995, Bull. Civ. I, n° 368 : « attendu que constituent des actes de terrorisme les infractions spécifiées par la loi du 9 septembre 1986, lorsqu'elles sont en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ; que la cour d'appel, qui a justement retenu qu'un tel acte implique " un minimum d'organisation " et qui a, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, relevé que l'acte non revendiqué dont avaient été victimes les consorts X... constituait une action isolée contre un établissement scolaire et que son mode de perpétration ne révélait pas le professionnalisme de son ou ses auteurs, demeurés inconnus, en a exactement déduit que cet acte n'avait pas constitué un acte de terrorisme ; que, par ces seuls motifs, elle a légalement justifié sa décision ».

Conseil va rejeter le rattachement à l'article 421-1 du Code pénal de « l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger »⁴⁶, semblant retourner contre le législateur le critère d'intentionnalité qu'il était en train d'insérer par la même loi, « ce comportement [n'étant] pas en relation immédiate avec la commission de l'acte terroriste ». Ainsi, ce type d'actes peut s'apprécier sous d'autres qualifications comme « l'association de malfaiteurs » en lien avec une entreprise terroriste qui n'était à l'époque qu'un délit (la loi de 2006 l'a fait passer à l'état de crime) et encore soumis à un régime procédural de droit commun. Le Conseil refusait par là ce que certains auteurs peuvent appeler un « état d'exception permanent »⁴⁷ pour reprendre un vocabulaire à manier avec beaucoup de précautions. Aujourd'hui, l'ensemble des infractions définies aux articles 421-1 à 421-6 du Code pénal est soumis à un régime de procédure dérogatoire au droit commun, en contradiction visible avec la jurisprudence constante de la Cour européenne des Droits de l'Homme en la matière⁴⁸.

Pourtant, force est de constater que si la législation des années 1986 et 1996 peut s'expliquer en réaction avec des vagues d'attentats organisées et meurtrières, la France n'a plus connu de tels événements depuis lors ; à part peut-être un activisme constant en Corse mais il ne s'agit pas de la même menace internationale qui fait réagir les démocraties actuellement, en les obligeant presque à adopter des législations préventives. Le 11 septembre 2001 a tout changé...

⁴⁶ CC, n° 96-377 DC, 16/07/1996, Rec. 87.

⁴⁷ « Le Conseil constitutionnel acteur de la politique criminelle », RSC, n° 4, 2004, p. 730.

⁴⁸ Depuis : CEDH, 06/09/1978, « Klass », A-28.

II. La « normalisation de l'exception »⁴⁹ : les faiblesses de l'arsenal constitutionnel face aux dispositifs de lutte contre la criminalité organisée

Le terme « faiblesses » indique un parti pris, normalement difficilement conciliable avec la prétention d'une observation scientifique des évolutions du droit positif. Il n'empêche, en validant la quasi-totalité des dispositions de la dernière loi française (n° 2006-64) « relative à la lutte contre le terrorisme »⁵⁰, et notamment l'ensemble des nouveaux moyens pour les autorités administratives et judiciaires d'avoir plus facilement accès à des fichiers de traitements automatisés de données personnelles, le Conseil constitutionnel paraît ne pas avoir voulu répondre aux interrogations de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés.

En effet, cette autorité seulement consultative (avis simple) a estimé que le projet de loi comportait des « risques graves d'atteinte aux libertés individuelles »⁵¹; et cet avis globalement négatif provient en premier lieu du fait qu'il « est difficile » pour la Commission « d'apprécier si les moyens proposés sont en tous points adéquats, pertinents et proportionnés aux objectifs poursuivis. On peut même s'interroger sur l'utilité de certains d'entre eux ». Dans cette décision très importante selon nous sur le plan des principes – même si cet avis a été passé outre par le Ministre de l'Intérieur de l'époque, il n'en reste pas moins que cette autorité administrative indépendante créée par la loi peut se voir reconnaître le rang d'autorité doctrinale officielle dans son domaine – la CNIL résume très bien l'opinion présente plus ou moins explicitement chez les observateurs (juristes, sociologues, politistes...) qui cherchent à analyser les moyens à la disposition des autorités pour lutter contre le terrorisme, et plus largement contre la criminalité organisée dont le terrorisme est une des composantes les plus violentes : « la finalité de prévention et de répression du terrorisme est à l'évidence légitime, car il est du devoir de l'Etat à la fois de se protéger contre toute forme d'atteinte à son existence même et d'assurer la sécurité des citoyens aujourd'hui menacée par des risques d'une exceptionnelle gravité. Aussi bien les dispositions envisagées n'ont pas pour seul but de « réprimer le terrorisme, faciliter la constatation des infractions s'y rapportant et, dans le cadre de procédures judiciaires, de rechercher et identifier leurs auteurs », selon la formule employée notamment dans les articles 3, 4 et 12, mais visent aussi à « prévenir » le terrorisme ».

Certains insistent en effet sur « le tournant préventif de la justice »⁵² impliqué par la lutte antiterroriste, tournant qui constitue en lui-même une source de nombreuses polémiques « parce qu'il recèle un potentiel illimité de dérives en termes de respect des libertés et droits fondamentaux. Ce type de mesures rentre a priori en conflit avec la règle de droit française qui stipule qu'une infraction doit être matériellement consacrée avant l'ouverture de toute enquête judiciaire »⁵³. En effet, on rappelle que l'article 53 du Code de Procédure pénale qualifie de « flagrant » le crime ou le délit qui permet la mise en route du régime général d'enquête et de contrôle d'identité. Ce texte dispose qu'« est qualifié crime ou délit flagrant, le crime ou le délit qui se commet actuellement, ou qui vient de se commettre. Il y a aussi crime ou délit flagrant lorsque, dans un temps très voisin de l'action, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique, ou est trouvée en possession d'objets, ou présente des traces ou indices, laissant penser qu'elle a participé au crime ou au délit ».

⁴⁹ Cf. M.-L. CESONI (dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception*, Bruylant – LGDJ, 2007.

⁵⁰ CC, n° 2005-532 DC, 19/01/2006, Rec. 31.

⁵¹ CNIL, Délibération n° 2005-208 du 10 octobre 2005 portant avis sur le projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme (source Internet).

⁵² Cf. A. GARAPON, « La lutte antiterroriste et le tournant préventif de la justice », *Espirit*, n° 3-4, 2008, p. 139 et s.

⁵³ C. CAMUS, *La guerre contre le terrorisme. Dérives sécuritaires et dilemme démocratique*, op. cit., p. 130.

Les prémisses de ce tournant « préventif » sont à rechercher dès 1996 et l'introduction dans le Code pénal d'un article 421-2-1 qui définit la constitution d'un acte de terrorisme dans « le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, [d'un tel acte] », incrimination qui a été plus communément baptisée « association de malfaiteurs en lien avec une entreprise terroriste ». L'introduction de cette incrimination – qui s'est vue reconnaître le rang de crime depuis la loi du 23 janvier 2006 – dans la législation pénale est intéressante à analyser en adoptant un point de vue globalisant de politique pénale. Ce choix⁵⁴ confirme en quelque sorte la jurisprudence de la Cour de cassation⁵⁵ et fait de « l'entreprise terroriste » une notion essentielle de la qualification de l'acte soumis à des procédures spécifiques dans leur instruction et leur jugement.

Une logique parallèle sous-tend à l'existence de la répression de tels actes dans notre législation pénale. Cela traduit en réalité une difficulté qui se pose aux autorités quand elles doivent construire le droit censé permettre une réponse de la société à des catégories d'infractions complexes. En effet, l'acte terroriste suppose d'être commis par et/ou au nom d'une organisation qui peut avoir diverses ramifications autour de différents réseaux, et la commission d'un tel acte suppose la commission d'autres actes pour s'assurer une disposition convenable de ce qui est le nerf de la guerre : l'argent. La sphère politique l'a bien compris. La meilleure législation est celle qui permet une action en amont de l'attentat pour que celui-ci ne puisse avoir lieu, parce que la survenance de l'acte est ce qui met le pouvoir politique le plus en danger.

La dialectique est simple, mais la justification de cette action répressive préventive devait trouver un support adéquat. Elle va le trouver dans la notion de criminalité organisée et le développement d'un discours qui tente à maintenir le citoyen sous la pression de la menace d'un ennemi invisible, organisé (donc puissant) et nébuleux qui implique un renversement des politiques pénales, non plus en direction de la réparation des actes déjà commis, mais vers une réponse pénale adéquate pour troubler essentiellement des circuits de financement (par des moyens de blanchiment d'argent, trafic de stupéfiants, voire même proxénétisme...). Finalement, le terrorisme prend définitivement son visage criminel et apparaît comme l'un des actes les plus graves d'un réseau plus vaste de commissions de crimes et de délits.

C'est ce que certains auteurs ont appelé la « normalisation de l'exception », c'est-à-dire que la construction de l'outil juridique pénal est passé d'une logique visant à créer un régime dérogatoire pour répondre à un phénomène précis, à « une logique qui fait appel à la criminalité organisée pour, d'une part, élargir le champ d'intervention du système pénal en général et, d'autre part, [renforcer l'introduction] de procédures dérogatoires au droit commun et à certains principes fondamentaux »⁵⁶. Le mouvement initié depuis 2001 (et l'entrée en vigueur du chapitre V de la loi sur la sécurité quotidienne) se caractérise par l'élargissement « des frontières de l'activité policière proactive ». L'exposé des motifs de la loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme est à cet égard assez explicite quand le gouvernement (à l'initiative du projet) explique que « ce n'est qu'à partir de renseignements collectés et recoupés en amont, ainsi qu'éventuellement après des mesures de surveillance sur le terrain quand elles sont possibles, qu'il est possible d'ouvrir une enquête judiciaire ou d'exclure toute activité terroriste. Cette collecte peut être longue, et même s'étaler sur

⁵⁴ « Désormais, toute personne soupçonnée d'entretenir des liens avec des groupes ou individus eux-mêmes soupçonnés d'activités terroristes peut être arrêtée et jugée sous le régime des lois antiterroristes. Ce n'est plus l'auteur d'un crime que l'on punit mais le criminel potentiel. (...) il s'agit de démanteler les réseaux terroristes et leurs supports logistiques avant qu'ils ne frappent » (C. CAMUS, op. cit., p. 118).

⁵⁵ Cf. Cass. Civ. 1^{ère}, 17/10/1995, Bull. Civ. I, n° 368.

⁵⁶ M.-L. CESONI, « Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité organisée : paradigme de l'efficacité et désuétude des principes fondamentaux. Introduction générale », in M.-L. CESONI (dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception*, op. cit., p. 14.

plusieurs mois avant qu'il ne soit possible ou approprié d'engager la mise en jeu des incriminations prévues par le code pénal, notamment l'association de malfaiteurs à caractère terroriste. // Pour des raisons évidentes de réactivité, ce travail ne peut s'opérer que dans un cadre de police administrative, préalable au déclenchement de la procédure judiciaire, qui possède ses propres contraintes procédurales »⁵⁷.

Il y avait là bien évidemment de grosses interrogations quant à la constitutionnalité de telles techniques de législation pénale. Le juge constitutionnel n'a pas pu rendre une décision de principe en 2001, mais il a été saisi des lois sur la sécurité intérieure de 2003, de la loi sur la criminalité organisée (dite « Perben II ») de 2004 et de la dernière loi relative à la lutte contre le terrorisme. Et force est de constater que la déclaration d'inconstitutionnalité n'a pas eu lieu concernant les principes de ce qui apparaît désormais comme une véritable « seconde [branche] de la procédure pénale »⁵⁸. La critique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel se nourrit d'un paradoxe : elle regrette ce qui peut apparaître comme une timidité, mais cette appréciation ne serait que promotion des opinions de l'observateur et perdrait toute son ambition « scientifique » (même minimale) ou « savante » pour reprendre une distinction weberienne⁵⁹ si elle ne reconnaissait pas un certain réalisme aux solutions dégagées par le juge constitutionnel. A cette « instrumentalisation de la procédure pénale » mais qui répond finalement à la complexification de la recherche et l'établissement de certains actes, le juge constitutionnel ne semble avoir pu répondre en terme de « principes » mais a dû s'en remettre à une appréciation qui s'exprime plutôt par le biais d'« objectifs » (A) qui traduisent par ricochet le développement d'une constitutionnalité complexe qui oscille dans la balance entre deux éléments antagonistes que sont la sécurité au sein de la société et le respect malgré tout de ce qui fonde et caractérise l'Etat de droit démocratique, à savoir le respect des droits et des libertés. Le problème est que la normalisation de ces méthodes d'enquête et d'instruction particulièrement envahissantes pour la sphère privée des citoyens se traduit *in fine* par la normalisation des atteintes à la liberté individuelle. Difficile à appréhender, certains auteurs estiment néanmoins que « le seuil des atteintes excessives à [cette liberté] est sans doute plus objectivement définissable que la liberté elle-même »⁶⁰. Mais à mesure que la loi pénale devient plus répressive et que la jurisprudence constitutionnelle s'enrichit de nouvelles décisions, la question du seuil demeure toujours en suspens (B).

A) Le cadre général de l'office du juge constitutionnel : une constitutionnalité en termes d'objectifs

La loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne constitue donc un véritable tournant tant dans l'approche de la lutte antiterroriste que dans les moyens développés à cet effet. Le législateur, conscient d'agir dans l'immédiate émotion des attentats ayant eu lieu quelques semaines plus tôt aux Etats-Unis, semble toutefois faire preuve d'une certaine prudence. L'article 22 de ladite loi, placé en ouverture du chapitre V insérant « des dispositions renforçant la lutte contre le terrorisme », paraît en effet reposer sur une logique d'expérimentation, donnant un caractère limité dans la durée (jusqu'au 31/12/2003) aux dérogations procédurales à la disposition des autorités judiciaires « aux fins de recherche et de

⁵⁷ Loi n° 2006-64, 23/01/2006, précitée, « Exposé des motifs » (source : www.legifrance.gouv.fr, « Dossiers législatifs »).

⁵⁸ Y. BISIQU, « Enquête proactive et lutte contre la criminalité organisée », in M.-L. CESONI (dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception*, op. cit., p. 349.

⁵⁹ Référence lointaine à l'ouvrage *Le savant et le politique* (dernière traduction française : C. COLLIOT-THELENE, La Découverte, 2003).

⁶⁰ J. MOREAU, « La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1669.

poursuite des actes de terrorisme », domaine qui apparaît toujours limité. Néanmoins, la criminalisation de l'infraction terroriste est renforcée par l'idée que l'acte terroriste n'est pas une entreprise criminelle isolée, mais « alimentée notamment par le trafic de stupéfiants et les trafics d'armes et qui peut s'appuyer sur l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication ».

L'un des objets principaux de la loi « Sarkozy » n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure va être de pérenniser cette orientation « proactive » des outils de procédure pénale insérés dans le droit positif en matière de terrorisme⁶¹. Mais plus largement, l'article 10 de ce texte vient modifier les termes de l'article 78-2 du Code de procédure pénale. Désormais, les « contrôles », les « vérifications » et les « relevés d'identité » sont possibles sur toute personne « à l'égard de laquelle existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner » qu'elle entre dans le cadre de ces contrôles d'identité souhaités par l'autorité judiciaire, alors que ces vérifications étaient auparavant soumises à l'existence d'« un indice faisant présumer » que cette personne dû se soumettre à de telles formalités.

Cette loi « Sarkozy » a fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel, contrairement à la loi de 2001. Le Conseil pose les principes de son contrôle dans des termes assez connus de conciliation entre principes antagonistes mais tout aussi importants et inhérents à l'idée d'Etat de droit ; considérant de principe qu'il utilise à la fois pour les dispositifs concernant la « visite des véhicules par les officiers de police judiciaire » et « les traitements automatisés de données nominatives mis en œuvre par les services de la police nationale et de la gendarmerie nationale » :

« Considérant qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que la liberté individuelle, que l'article 66 de la Constitution place sous la surveillance de l'autorité judiciaire »⁶².

Le Conseil constitutionnel ne fait pas preuve en l'espèce d'une très grande clarté en ne rappelant pas, ou en n'établissant pas, la nature de « la prévention des atteintes à l'ordre public » et « la recherche des auteurs d'infraction » qui se distinguent des « droits » et des « principes de valeur constitutionnelle » et bien évidemment des « libertés constitutionnellement garanties », mais qui s'avèrent « nécessaires » (qui ne peuvent pas ne pas être...) à la « sauvegarde » et surtout à « l'exercice » des autres prérogatives individuelles garanties par la Constitution (au sens large). Dans une décision déjà évoquée relative à une loi « tendant à renforcer la répression du terrorisme », le juge constitutionnel avait introduit un considérant de principe rédigé de façon sensiblement différente, considérant simplement que « la recherche des auteurs d'infractions est nécessaire à la sauvegarde de principes et droits de valeur constitutionnelle ; qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre cet objectif de valeur constitutionnelle et l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties au nombre desquelles figurent la liberté individuelle et notamment l'inviolabilité du domicile »⁶³. La même qualification d'objectif de valeur constitutionnelle avait été employée par le Conseil concernant la « sauvegarde de l'ordre public »⁶⁴, correspondant même à

⁶¹ L'article 11 de la LSI est ainsi rédigé : « I. - L'article 23 de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne est abrogé. // II. - L'article 78-2-2 du code de procédure pénale est ainsi rétabli... ».

⁶² CC, n° 2003-467 DC, 13/03/2003, Rec. 211, cons. 8 et 20 ; voir aussi : CC, n° 2004-492 DC, 02/03/2004, Rec. 66, cons. 4 ; CC, n° 2005-532 DC, 19/01/2006, Rec. 31, cons. 9 et 18.

⁶³ CC, n° 96-377 DC, 16/07/1996, Rec. 87.

⁶⁴ CC, n° 82-141 DC, 27/07/1982, Rec. 48.

l'introduction de la notion d'objectif de valeur constitutionnelle dans le bloc des principes garantis et déployés dans la jurisprudence constitutionnelle à l'encontre du législateur.

En vue d'appréhender cette notion, Guillaume Drago souligne « l'originalité de l'utilisation du concept »⁶⁵. Dans le même esprit, Anne Levaide souligne que l'idée même d'« objectifs » introduit une « notion inhabituelle en droit constitutionnel classique »⁶⁶. Revenant presque à une lecture des principes énoncés dans l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789⁶⁷ qui s'apparentent à une définition classique de l'idée de constitution (écrite sur le plan de la modernité des techniques juridiques), le professeur Levaide rappelle que « les droits et libertés substantiellement identifiés par les constitutions s'analysent en principes et non en objectifs ; en tant que tels, ils constituent autant de limites à l'intervention de l'Etat qui doit veiller à leur préservation ». Cependant, cette conception est contrebalancée par un autre principe fondateur de la notion de Constitution qui, « en tant que statut de l'Etat souverain, fixe le cadre d'exercice d'une compétence générale [celle de l'organe législatif par exemple] sans préjuger, matériellement, de l'étendue de celle-ci »⁶⁸.

En effet, l'objectif peut s'analyser *a priori* en lien avec une image d'encadrement du législateur. Dans cette perspective, « les objectifs de valeur constitutionnelle constituent des normes constitutionnelles téléologiques garantissant l'effectivité des droits et libertés constitutionnels. Il ne s'agit pas de droits mais de buts assignés par la Constitution au législateur, dont la particularité est d'être des conditions objectives d'effectivité des droits fondamentaux constitutionnels »⁶⁹.

Cette analyse semble contredite par l'utilisation et le développement de cette catégorie prétorienne dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Leur « nature téléologique, finalisée » correspond à un « mouvement » contemporain dans l'emploi de l'outil « droit » tendant « vers l'instrumentalisation » de cet instrument de régulation sociale qui devient en quelque sorte « un guide qui fixe les orientations et les priorités à réaliser »⁷⁰. Pour Anne Levaide, l'utilisation d'une normativité en termes d'objectifs par le juge constitutionnel illustre « une démarche fonctionnaliste » qui caractérise en réalité l'ensemble du « droit constitutionnel moderne ». Un discours plus politiste et sociologique nous renverrait à la crise de la rationalité juridique moderne et l'entrée de la « régulation juridique » dans une phase de développement « post-moderne »⁷¹, dont l'émergence de la figure du juge serait l'une des principales manifestations. *In fine*, cette crise de l'outil « droit » s'analyse comme une crise de l'intervention étatique dans le champ de la sphère et de l'initiative individuelle. Mais le développement du rôle de la figure du juge et de l'office juridictionnel ne fait pas tendre celui-ci vers un contrôle d'opportunité. Le Conseil constitutionnel a souvent l'occasion de réaffirmer que son pouvoir de juridiction (au sens étymologique de *juris dictio*, organe dont le

⁶⁵ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 2^{ème} édition, 2006, p. 291.

⁶⁶ A. LEVAIDE, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 689 ; dans le même sens, B. FAURE, « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », RFDC, n° 21, 1995, p. 49.

⁶⁷ « Toute Société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ».

⁶⁸ A. LEVAIDE, *op. cit.*, pp. 689-690.

⁶⁹ P. de MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », 2006, (cit. thèse dact., Paris II, 2004, p. 614).

⁷⁰ B. FAURE, *art. cit.*, p. 48.

⁷¹ De nombreux travaux ont été consacrés à ces questions. En France, la référence en la matière semble être les travaux de J. CHEVALLIER, cf. « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », RDP, 1998, p. 659 ; *L'Etat post-moderne*, 2^{ème} édition, LGDJ, coll. « Droit et société », 2004.

rôle est de « dire le droit ») ne s'apparente pas à « un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement »⁷².

Comment s'analyse alors le développement de la catégorie des objectifs de valeur constitutionnelle ? Pour Anne Levaide, « l'énoncé des objectifs poursuivis par l'administration et le législateur permet de rendre compte au peuple souverain d'une action légitime »⁷³, comme celle de lutter efficacement contre le terrorisme et plus largement désormais, contre la criminalité organisée, ce qui implique dans une logique forcément antagoniste certains sacrifices, mais au profit de la sauvegarde d'un modèle de liberté au profit de tous les citoyens honnêtes mis en danger par ces périls aux contours flous. Dans cette optique, nous adhérons aisément au constat dressé par Bertrand Faure il y a une quinzaine d'années selon lequel « les objectifs de valeur constitutionnelle se ramènent (...) à un procédé juridique posant en termes d'exigence de rang constitutionnel une éthique sociale limitative des libertés individuelles sous le contrôle directif du Conseil constitutionnel »⁷⁴. Le législateur, comme le juge constitutionnel, prennent acte des « nécessités de l'ordre social ». M. Faure utilise cette expression fort justement en décrivant à la fois quelque chose de transcendant à l'action des divers pouvoirs publics, mais également renvoie à un élément matériel (l'« ordre social »). Si l'on ramène ces éléments d'analyse aux objectifs de valeur constitutionnelle, il est possible d'affirmer que « l'imprécision qui entoure, *a priori*, ces objectifs laisse tout à la fois au législateur la maîtrise de leur mise en œuvre et au juge constitutionnel l'effort pour en préciser le contenu à l'usage. En dernière analyse, la gestion des objectifs de valeur constitutionnelle donne le dernier mot au juge de leur utilisation, de leur efficacité et de leur nombre »⁷⁵.

Il faut bien l'avouer : « le Conseil constitutionnel n'a jamais utilisé un objectif de valeur constitutionnelle pour censurer une disposition législative »⁷⁶, et en particulier pour venir sanctionner des choix discutables en matière de politique pénale. Introduisant un cycle de conférences sur l'évolution du droit de la procédure pénale, M. Guy Canivet, alors Premier président de la Cour de cassation, observe que « la loi pénale est la règle majeure qui gouverne les comportements sociaux les plus élémentaires ; plus que tout autre elle doit être empreinte de sécurité, de permanence, de clarté, d'équilibre, de garanties effectives. La moindre des choses est que le citoyen ait une perception claire de ce qui est interdit et de la manière dont est jugée la transgression. (...) Or, [notamment entre 2000 et 2006], notre procédure pénale est marquée par l'instabilité »⁷⁷, du fait d'une forte inflation législative en la matière. Le Procureur général près la Cour de cassation, Jean-Louis Nadal, ajoute lors de ces mêmes conférences « un constat de l'émiettement de notre procédure. Il n'y a plus en effet une procédure pénale cohérente, mais plusieurs procédures pénales juxtaposées, aux régimes juridiques différents. Ce constat trouve d'ailleurs une illustration forte avec la création par la loi du 9 mars 2004 dite "Perben II" d'un [titre XXV]... traitant de la procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisée et qui constitue en quelque sorte un "code dans le code" »⁷⁸.

Ces hauts magistrats (et l'ensemble de l'institution qu'ils représentent) semblent être conscients de certaines inquiétudes doctrinales quant à la « montée en puissance d'une

⁷² Depuis : CC, n° 74-54 DC, 15/01/1975, Rec. 19.

⁷³ A. LEVAIDE, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable », op. cit., p. 691.

⁷⁴ B. FAURE, « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », arr. cit., p. 77.

⁷⁵ B. FAURE, *ibid.*, p. 62.

⁷⁶ Constat opéré par F. LUCHAIRE, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », RFDC, n° 64, 2005, p. 678.

⁷⁷ G. CANIVET, « 1958-2005 : que reste-t-il du Code de procédure pénale ? Propos introductifs », in Cass. (dir.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, 2007, p. 5.

⁷⁸ J.-L. NADAL, « 1958-2005 : que reste-t-il du Code de procédure pénale ? Propos introductifs », op. cit., p. 13.

procédure pénale "bis" »⁷⁹, mouvement pas forcément nouveau dans la construction du Code de procédure pénale mais qui a connu un élan nouveau avec l'introduction du titre relatif à la poursuite, à l'instruction et au jugement des actes de terrorisme. Ce régime, rappelons-le, peut être considéré comme la « matrice », selon les termes du Président Mazeaud en 2006⁸⁰, du développement des méthodes proactives dans la lutte plus globale contre la criminalité organisée. Pour certains auteurs, « l'apparition d'une procédure "bis", serait-elle sous garantie judiciaire, est en soi une dérive, l'est plus encore la multiplication des infractions aux définitions souvent floues qui souffrent d'un régime procédural propre »⁸¹.

La Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme avait rendu un avis assez sévère sur ce qui n'était encore qu'un projet. Cette instance consultative, attachée à l'exigence d'une procédure pénale fondée sur « des principes clairs et reconnus », estime que « le concept de "criminalité organisée" relève bien davantage d'une approche criminologique que d'une définition juridique : la technique consistant à énumérer un certain nombre d'infractions, et à recourir autant qu'il est possible au délit d'association de malfaiteurs, et à la circonstance aggravante de bande organisée, dessine finalement une notion sans grande cohérence, aux contours flous, qui ne répond pas à l'exigence de précision ci-dessus rappelée, et à l'impératif de sécurité juridique qui s'y attache »⁸². De plus, la loi « Perben II » insère dans un article 706-80 dans le Code de procédure pénale le principe selon lequel la mise en marche des dispositifs prévus par ce régime dérogatoire incombe aux « officiers de police judiciaire (...) après en avoir informé le procureur de la République et sauf opposition de ce magistrat [par] la surveillance de personnes contre lesquelles il existe une ou plusieurs raisons plausibles de les soupçonner d'avoir commis l'un des crimes et délits entrant dans le champ d'application des articles 706-73 ou 706-74 » du Code de procédure pénale. La CNCDH y voyait là un fort risque « de graves détournements de procédure », d'autant plus que le projet de loi prévoyait un article 706-104 qui disposait que : « le fait qu'à l'issue de l'enquête ou de l'information ou devant la juridiction de jugement la circonstance aggravante de bande organisée ne soit pas retenue ne constitue pas une cause de nullité des actes régulièrement accomplis en application des dispositions du présent titre ». Cette disposition a été fort heureusement déclarée contraire à la Constitution⁸³. Le juge constitutionnel, en l'espèce, semble avoir été cohérent avec une jurisprudence déjà évoquée de 1996 dans laquelle il avait validé les pouvoirs proactifs déjà accordés aux autorités judiciaires en matière de lutte contre le terrorisme par exemple, sous réserve que « les opérations en cause ne peuvent, à peine de nullité, laquelle revêt un caractère d'ordre public, avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions qu'il a ainsi visées »⁸⁴.

Une question surgit inévitablement : sur les problèmes de qualification, le Conseil constitutionnel ne pouvait-il pas opposer l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ? Dans son utilisation actuelle, le considérant de principe est rédigé de sorte que l'objectif précité n'est pas d'une utilisation autonome, ainsi : « il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit

⁷⁹ C. LAZERGUES, « La dérive de la procédure pénale », RSC, n°4, 2003, p. 649.

⁸⁰ Cf. *supra*.

⁸¹ C. LAZERGUES, art. cit., p. 650.

⁸² CNCDH, 27/03/2003, « Avis sur l'avant-projet de loi portant adaptation des moyens de la justice aux évolutions de la criminalité », p. 2,

(Source Internet : www.cncdh.fr/IMG/pdf/03.03.27_Avis_portant_adaptation_moyens_de_la_justice.pdf).

⁸³ CC, n° 2004-492 DC, 02/03/2004, Rec. 66, cons. 67 à 71.

⁸⁴ CC, n° 96-377 DC, 16/07/1996, Rec. 87.

contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ». D'ailleurs c'est le principe de clarté ou l'exigence de clarté dans certaines décisions qui a entraîné quelques censures et non pas l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

Dans l'appréhension des politiques pénales, la constitutionnalité en termes d'objectifs selon le considérant de principe autour de la sauvegarde de l'ordre public et de la recherche des auteurs d'infractions suppose une appréciation de « l'articulation de fins et de moyens » et implique donc « moins un contrôle classique de compatibilité ou de conformité que d'efficacité dans la satisfaction de l'objectif »⁸⁵. Ainsi, le Conseil n'hésite pas à résoudre lui-même d'éventuels problèmes de définition⁸⁶ et par là, de qualification de certains comportements qui ont pour conséquence l'application du régime dérogatoire défini aux articles 706-73 et suivants du Code de procédure pénale. Une dernière question serait : pour quelle stratégie et pour quel contrôle de constitutionnalité ?

« Le Conseil constitutionnel ne peut se substituer aux choix du législateur et il doit respecter cette diversification des réponses pénales ayant lui-même admis que selon les infractions, les situations et les personnes, la loi peut prévoir des règles de procédures différentes mais à condition qu'elles soient justifiées et qu'elles offrent des garanties équivalentes. Par ses interprétations, le Conseil précise ce que doit être la conduite de l'autorité judiciaire, gardienne des libertés individuelles. Ne voulant s'opposer à ces procédures dérogatoires, le Conseil s'en remet à la sagesse de l'autorité judiciaire, tout en lui dispensant des directives... Curieux rôle ! »⁸⁷.

B) La normalisation des atteintes à la liberté individuelle... jusqu'à quel seuil ? Essai d'appréciation critique

Revenons-en à une forme de bilan⁸⁸. Malgré de nombreux débats et de multiples interrogations, la constitutionnalité décrite précédemment, autour des objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, semble dessiner une normativité constitutionnelle au caractère limité⁸⁹, expression d'une fraction « d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle »⁹⁰ guidant le législateur dans sa propre appréciation souveraine de l'intérêt général et consistant « dans l'articulation entre des buts posés au niveau constitutionnel et des moyens définis au niveau législatif »⁹¹. En effet, entre les trois décisions portant sur des projets de loi symptomatiques de l'évolution des politiques pénales par la généralisation des régimes dérogatoires, il n'y a eu

⁸⁵ B. FAURE, « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », *arr. cit.*, p. 53.

⁸⁶ Sur la notion de « bande organisée » : CC, n° 2004-492 DC, 02/03/2004, Rec. 66, cons. 13.

⁸⁷ J.-F. SEUVIC, « Forces et faiblesses de la constitutionnalisation substantielle et formelle du droit pénal », in Cass. (dir.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, 2007, p. 120.

⁸⁸ Voir aussi, pour un tableau complet des décisions du Conseil en matière pénale sous la XIIe législature : A. HAQUET, « Droit pénal constitutionnel ou droit constitutionnel pénal ? », in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, pp. 233-243.

⁸⁹ Cf. P. de MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », 2006, p. 321 et s.

⁹⁰ CC, n° 80-127 DC, 19-20/01/1981, Rec. 15. Sur le rapport complexe et non exclusif entre l'intérêt général et la notion d'objectif de valeur constitutionnelle, cf. G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique – tome 121 », 2004, p. 126 et s.

⁹¹ B. FAURE, *art. cit.*, p. 50.

que quatre déclarations d'inconstitutionnalité⁹², dont une pour de simples motifs de procédure liés à l'exercice du droit d'amendement⁹³, les autres ne modifiant pas l'équilibre général des réformes entreprises, tandis que le juge constitutionnel semble faire un large usage des réserves d'interprétation⁹⁴ dans au moins deux des trois décisions.

En matière de terrorisme et de criminalité organisée désormais (puisque les dispositions spécifiques à la poursuite et au jugement des infractions terroristes sont des exceptions⁹⁵ au régime dérogatoire – ou « bis » selon les termes du professeur Lazergues – instauré par l'article 706-73 du Code de procédure pénale), le Conseil constitutionnel semble avoir fait le choix d'opposer au législateur une catégorie de normes constitutionnelles, ou en d'autres termes un principe de constitutionnalité à faible portée contentieuse⁹⁶ ; faisant de ses longues décisions un catalogue de « directives adressées à l'autorité judiciaire » ou autres « conseils dispensés »⁹⁷ pour l'application de mesures législatives sur laquelle il n'aura pas de prise, mais dont il espère au moins orienter le futur contrôle par les juges ordinaires suprêmes (surtout la Cour de cassation en la matière) vers une constitutionnalité *a posteriori* diffuse et anticipée⁹⁸ mais s'appuyant sur l'article 62 de la Constitution⁹⁹.

Le Conseil prendrait donc le risque d'apparaître comme étant un « acteur de la politique criminelle » contemporaine, alors qu'il devrait être le garant de la constitutionnalité et par là même, d'une idée des « valeurs particulières »¹⁰⁰ elles-mêmes associées à la notion d'Etat de droit, finalisé par l'opposabilité de ces principes aux représentants de la Nation par le juge constitutionnel, porteur d'une forme particulière de démocratie juridique (« constitutionnelle ») qui devrait le légitimer¹⁰¹. Pour l'observateur, la difficulté est toujours la même : en disant cela, ne fait-on pas prévaloir ses propres conceptions au détriment d'une connaissance qui se voudrait dans une certaine manière scientifique et donc refusant tout cognitivisme éthique ?

Certains auteurs préfèrent quant à eux aborder le caractère « réaliste »¹⁰² du juge constitutionnel, obligé de prendre en compte les valeurs sociales dominantes à l'instant où il statue, faisant du droit constitutionnel en ce sens un droit vivant¹⁰³, selon des canons (ou

⁹² Cf. CC, n° 2004-492 DC, 02/03/2004, Rec. 66 et n° 2005-532 DC, 19/01/2006, Rec. 31. D'une façon générale, les dispositions de la loi pour la sécurité intérieure « ne sont pas contraires à la Constitution » : CC, n° 2003-467 DC, 13/03/2003, Rec. 211.

⁹³ Sur l'article 19 de la loi « relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers ».

⁹⁴ Renvoi à 13 considérants dans le dispositif de la décision n° 467 DC du 13/03/2003 ; 7 réserves sont visées dans la décision n° 2004-492 DC. Il n'y en a aucune dans la décision n° 532 DC du 19/01/2006.

⁹⁵ Il en va de même pour les actes liés aux trafics de stupéfiants et aux activités de proxénétisme.

⁹⁶ Expression inspirée de G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 189.

⁹⁷ Pour les deux expressions : C. LAZERGUES, « Le Conseil constitutionnel acteur de la politique criminelle », RSC, n° 4, 2004, p. 735 et 736.

⁹⁸ Voir : A. VIALA, « Les réserves d'interprétations : un outil de resserrement de la contrainte constitutionnelle », RDP, 1997, p. 1047 ; *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique – Tome 92 », 1999.

⁹⁹ Sur l'ensemble de la question : V. BACQUET-BREHANT, *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique – Tome 120 », 2005.

¹⁰⁰ Cf. D. ROUSSEAU, « L'Etat de droit est-il un Etat de valeurs particulières ? », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 885.

¹⁰¹ C'est bien évidemment l'idée qui guide le célèbre manuel de D. ROUSSEAU qui apparaît sur ce plan-là comme un véritable manifeste, cf. *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 6^{ème} édition, 2001 (7^{ème} éd., 2006), p. 480 et s.

¹⁰² Voir l'ensemble du dossier paru aux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 22, 2007, « Le réalisme en droit constitutionnel », p. 123 et s.

¹⁰³ Qu'il nous soit excusé cet abus de langage qui risque de dénaturer le contenu de la théorie du « droit vivant » issu de la doctrine constitutionnelle italienne pour appréhender certaines techniques de la Cour constitutionnelle

standards¹⁰⁴) développés au niveau européen, la Cour européenne des Droits de l'Homme elle-même s'obligeant à prendre en compte les « évolutions de la société »¹⁰⁵ afin d'appréhender les limitations à certains droits et libertés garantis par la Convention européenne des Droits de l'Homme (au sens large).

Rien de plus classique en réalité, tout ceci ne fait que renvoyer à une figure classique attachée à l'idée de contrôle de constitutionnalité, celle de la conciliation. En effet, « il n'est pas de liberté absolue. L'exercice de toute liberté suppose l'établissement de limitations permettant sa mise en œuvre effective et réaliste dans un cadre social »¹⁰⁶ forcément contextualisé. Ainsi, rappelons-le, même si la citation est longue, qu'il « incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile privé, le secret des correspondances et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, ainsi que la liberté individuelle, que l'article 66 de la Constitution place sous la surveillance de l'autorité judiciaire »¹⁰⁷.

Au sein de la doctrine, la rédaction de ce considérant semble avoir suscité de nombreuses interrogations. Il n'est pas difficile d'avoir conscience de l'idée évidente *a priori* selon laquelle la lutte des pouvoirs publics contre les risques contemporains pouvant mettre en péril nos sociétés démocratiques et nos économies implique une surveillance accrue de l'ensemble des « honnêtes » citoyens et un risque d'ingérence très fort des autorités étatiques dans la sphère individuelle. Classiquement, la liberté individuelle était envisagée au sens large, dans la droite lignée de la conception englobante énoncée dès la Déclaration de 1789, en son article 2 (« le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ») et dans la limite fixée à l'article 4 (« la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ») de ladite Déclaration. Il pouvait être envisagé un sens plus strict¹⁰⁸ depuis 1958 et l'énoncé de l'article 66 de la Constitution selon lequel « nul ne peut être arbitrairement détenu », ajoutant que « l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi »,

de prise en compte dans sa propre jurisprudence de solutions issues de la jurisprudence des juridictions ordinaires ; voir pour des travaux récents : C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Economica – PUAM, coll. « Droit public positif », 2003 et aussi, « Le Conseil constitutionnel et le droit vivant : mythe ou réalité ? », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 429.

¹⁰⁴ Voir : S. LETURCQ, *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'Homme*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2005.

¹⁰⁵ C'est l'idée classique dans le champ du droit conventionnel des droits de l'homme selon laquelle la Convention est un « instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles » (CEDH, « Tyrer c/ Royaume-Uni », 25/05/1978, A. 26 et « Marckx c/ Belgique », 13/06/1979, A. 31 ; par exemple, sur l'interprétation de « traitements inhumains et dégradants » lors d'une garde à vue au sens de l'article 3 de la CESDH, cf. CEDH, Grde. Ch., 28/07/1999, « Selmouni c/ France », Rec. 1999-V, p. 203 où la Cour rappelle que l'étendue de son contrôle prend en compte une appréciation des « circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisé » qui ne justifie tout de même pas certains comportements. Depuis cet arrêt, notons quand même que le régime de la garde à vue s'est renforcé avec la création du régime procédural applicable à la criminalité et la délinquance organisée (prolongeable jusqu'à 96 heures s'il est fait une demande particulière dans le cadre des alinéas 1, 2 et 4 de l'article 706-88 du Code de procédure pénale) et la dérogation possible en matière de terrorisme où la garde à vue peut durer jusqu'à 120 heures (!) et où l'entretien avec un avocat est différé à 72 heures (également, en matière de trafic de stupéfiants).

¹⁰⁶ A. LEVADE, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable », op. cit., pp. 701-702.

¹⁰⁷ CC, n° 2004-492 DC, 02/03/2004, cons. 4.

¹⁰⁸ B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 533 et s.

resserrant la liberté individuelle autour de la sûreté et consacrant une sorte d'*Habeas corpus* à la française.

Or, « à la fin des années 1990, le Conseil semble... vouloir recentrer la liberté individuelle sur l'article 66 et l'idée de sûreté personnelle en en détachant les droits et libertés jusque là qualifiés de "composantes de la liberté individuelle" [liberté d'aller et venir, inviolabilité du domicile auquel était rattaché de façon stricte le domicile, respect de la vie privée, protection des données personnelles...] pour les rattacher à un autre fondement constitutionnel (...). La décision du 13 mars 2003 achève cette évolution »¹⁰⁹.

Qu'elle soit ou non critiquable, il semble bien y avoir désormais une distinction entre un principe de liberté individuelle considéré au sens strict et le reste des composantes formant la catégorie des libertés « constitutionnellement garanties » ou un ensemble plus vaste autour de l'idée de « liberté personnelle »¹¹⁰. L'important semble bien résider dans l'élément placé dans la sphère de l'article 66 de la Constitution, « sous la surveillance de l'autorité judiciaire », qui fait de cette garantie « le bouclier de toutes les autres libertés » selon les termes du Professeur Jean Rivero¹¹¹. « Là est (...) l'enjeu : le rôle de l'autorité judiciaire. Détacher l'invioabilité du domicile, la liberté d'aller et venir, le respect de la vie privée et d'autres droits encore de la liberté individuelle [« réduite à l'interdiction de la détention arbitraire »] implique en effet que ces droits et libertés ne sont pas, ne sont plus nécessairement placés sous la protection de l'autorité judiciaire »¹¹². C'est ce « rétrécissement » qu'observe Gilles Armand dans un article polémique où il n'hésite pas à se poser la question de savoir ce qu'il reste de la garantie judiciaire de la liberté individuelle¹¹³, notamment en matière de fouille des véhicules dans la décision du 13 mars 2003¹¹⁴. En revanche, l'invioabilité du domicile semble toujours fortement liée à l'article 66 de la Constitution, de façon bizarrement non explicite, même si le Conseil constitutionnel subordonne par exemple le régime des perquisitions domiciliaires lors de l'enquête de flagrance à une autorisation émanant de l'autorité judiciaire, ces opérations ne se font que sur « autorisation du juge des libertés et de la détention (...), à la requête du procureur de la République » pour ce qui concerne la phase d'enquête préliminaire¹¹⁵.

Avec Jacques Moreau, « l'idée qui nous semble rendre compte de la jurisprudence est que la liberté individuelle n'est pas une valeur absolue, qui existerait pour-soi et en-soi, mais qu'elle constitue un élément, – l'élément central – d'une synthèse à effectuer entre deux groupes d'impératifs de valeur constitutionnelle : d'un côté, le respect des libertés, et, de l'autre, la préservation de l'ordre public »¹¹⁶. Il semble quand même et de façon assez objective que la balance penche clairement du côté de l'ordre public. Il est intéressant à ce propos d'observer comme le fait le professeur Goesel-Le Bihan que « la liberté individuelle

¹⁰⁹ D. ROUSSEAU, C. LAZERGUES, « Commentaire de la décision du 13 mars 2003 », RDP, n° 4, 2003, p. 1152.

¹¹⁰ Voir : A. PENA-SOLER, « A la recherche de la liberté personnelle désespérément... », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1675.

¹¹¹ Cf. art. « Liberté individuelle et fouille des véhicules », in *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Economica – PUAM, 2^{ème} éd., 1982, p. 74.

¹¹² D. ROUSSEAU, C. LAZERGUES, art. cit., p. 1154.

¹¹³ G. ARMAND, « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », RFDC, n° 65, 2006, p. 57 et s.

¹¹⁴ CC, n° 2003-467 DC, 13/03/2003, cons. 6 à 16, cf. notamment la rédaction particulièrement souple du considérant 10 : « Considérant que, en dehors des cas où ils agissent sur réquisition de l'autorité judiciaire, les agents habilités ne peuvent disposer d'une personne que lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'elle vient de commettre une infraction ou lorsqu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher d'en commettre une ; qu'en pareil cas, l'autorité judiciaire doit en être au plus tôt informée et le reste de la procédure placé sous sa surveillance ».

¹¹⁵ CC, n° 2004-492 DC, 02/03/2004, cons. 41 à 56.

¹¹⁶ J. MOREAU, « La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », op. cit., p. 1664.

lato sensu semble, elle, avoir connu [une] évolution, qui constitue l'une des manifestations les plus significatives du réalisme du juge constitutionnel. Depuis le 11 septembre 2001..., le contrôle de proportionnalité exercé sur les atteintes qui y sont portées est le plus souvent restreint, les atteintes légères à la liberté individuelle *stricto sensu* faisant d'ailleurs l'objet d'un traitement identique »¹¹⁷, malgré le maintien de « figures classiques »¹¹⁸ et un contrôle entier, comme en matière de prolongation de garde à vue ou en matière de perquisitions où la conciliation ne fait pas apparaître d'atteinte « non nécessaire » ou « excessive » à la liberté individuelle¹¹⁹.

Les interrogations viennent de la difficulté voire de l'impossibilité de déterminer et de systématiser « l'étendue du contrôle exercé ». La proportionnalité implique simplement la recherche « d'un équilibre entre exigences logiques, au sacrifice desquelles le juge ne peut se résoudre au-delà d'un certain seuil »¹²⁰. Par rapport à cela, le juge constitutionnel se situe dans une situation paradoxale : il doit à la fois se légitimer en tant que juge et ne pas entrer dans un strict contrôle d'opportunité de l'action législative, tout en s'aménageant un fort « potentiel »¹²¹ de contrôle qui pourrait avoir un fort retentissement, après un examen au plus près de la nécessité des mesures ou de l'adéquation entre la fin et les moyens employés par le législateur au regard d'objectifs ayant valeur constitutionnelle qu'il définit et applique lui-même. Mais du même coup, le contrôle de constitutionnalité devient plus un examen des garanties¹²² accordées par le législateur que l'application de principes stricts entraînant la censure en cas de méconnaissance. La censure reste toutefois possible mais l'appréciation du seuil dépendra elle-même directement de l'appréciation de l'intérêt général défini par le législateur, rendant cette appréciation fortement « [modulable] en fonction des circonstances »¹²³.

La conclusion est peut-être pessimiste, et elle est issue – qu'il nous en soit excusé – d'une contribution parue en cet été 2008 aux *Mélanges Gicquel* : « Le Conseil constitutionnel reste prudent en matière pénale. De façon générale, il a raison parce qu'il ne lui appartient pas de se substituer au législateur. Mais cette insigne vertu peut causer sa perte... Le Conseil est en effet concurrencé par une Cour européenne qui n'a pas les mêmes scrupules vis-à-vis des législateurs nationaux. Il est donc souhaitable que le Conseil constitutionnel assume sa fonction lorsque l'occasion se présente, de façon à préserver la qualité de son dialogue avec le législateur »¹²⁴. L'introduction dans nos institutions de la question préjudicielle de constitutionnalité par la révision constitutionnelle¹²⁵ du 23 juillet 2008, en permettant le développement d'une constitutionnalité *a posteriori* inédite dans notre droit, amènera-t-elle la possibilité de résolution de certaines interrogations que nous avons essayé de rappeler dans cette contribution ? Nul doute que le déroulé de nos débats permettra d'en mesurer les potentialités.

¹¹⁷ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », CCC, n° 22, 2007, p. 144.

¹¹⁸ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », RFDC, n° 70, 2007, p. 271.

¹¹⁹ Sur tous ces points : CC, n° 2004-492 DC, 02/03/2004, cons. 27, 52 et 56.

¹²⁰ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », op. cit., p. 141.

¹²¹ Voir : L. HABIB, « La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », RDP, 1986, p. 695 et s.

¹²² Référence aux « garanties légales des exigences constitutionnelles » : G. MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », RFDC, n° 62, 2005, p. 257 ; A. VIDAL-NAQUET, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Ed. Panthéon-Assas, LGDJ diff., 2007.

¹²³ A. VIDAL-NAQUET, op. cit., p. 243.

¹²⁴ A. HAQUET, « Droit pénal constitutionnel ou droit constitutionnel pénal ? », op. cit., p. 243.

¹²⁵ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.