Pas plus qu'il n'est nécessaire

À propos des décisions du Conseil constitutionnel n°2020-845 QPC du 19
juin 2020 et n°2020-805 DC du 7 août 2020

Vincent Sizaïre

Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revdh/10471>

DOI: 10.4000/revdh.10471

ISSN: 2264-119X

Publisher

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Electronic reference

Vincent Sizaïre, « Pas plus qu'il n'est nécessaire », *La Revue des droits de l'homme* [Online], Actualités
Droits-Libertés, Online since 04 October 2020, connection on 06 November 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/10471> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.10471>

This text was automatically generated on 6 November 2020.

Tous droits réservés

Pas plus qu'il n'est nécessaire

À propos des décisions du Conseil constitutionnel n°2020-845 QPC du 19 juin 2020 et n°2020-805 DC du 7 août 2020

Vincent Sizaire

- 1 Depuis près de trente-cinq ans, la législation se donnant pour objet la répression de la criminalité dite terroriste constitue l'un des principaux vecteurs de la tendance lourde des pouvoirs publics à la promotion ou, plus précisément, la réhabilitation d'un pouvoir répressif de plus en plus débridé¹. Une tendance se caractérisant notamment par le développement d'une « *répression à spectre large davantage fondée sur la dangerosité que sur la responsabilité* »², où les tenants d'un ordre pénal respectueux des libertés feraient presque figure de « *naufragés* »³.
- 2 Longtemps, le Conseil constitutionnel n'a pourtant fait qu'accompagner ce mouvement. En ne censurant qu'à la marge ou se limitant à assortir de réserves d'interprétation les dispositions les plus attentatoires aux libertés, il adoptait à l'égard des lois se voulant « antiterroristes » « *une jurisprudence « élastique » qui se traduit par un « repli » du contrôle de constitutionnalité, exercé de manière plus retenue* »⁴. Une position hélas partagée par la plupart des juridictions suprêmes, à commencer par la Cour européenne des droits de l'homme qui, prenant argument de ce que « *la violence terroriste constitue en elle-même une grave menace pour les droits de l'homme* », est régulièrement conduite à relâcher son contrôle en la matière⁵.
- 3 C'est pourquoi l'évolution que le juge constitutionnel a amorcée depuis quelques années s'avère aussi heureuse qu'inattendue. En 2017, il a ainsi censuré coup sur coup les délits de consultation habituelle d'un site internet « terroriste »⁶ et, pour partie, d'entreprise terroriste individuelle⁷, jugeant à chaque fois que l'atteinte portée à nos libertés n'était pas nécessaire au regard des objectifs poursuivis par le législateur. La portée de ces solutions restait toutefois incertaine dès lors que, quelques mois plus tard, le Conseil avait considéré conforme aux principes de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines l'infraction d'apologie du terrorisme⁸ – laquelle sanctionne pourtant d'une peine pouvant aller jusqu'à sept ans d'emprisonnement le simple fait de présenter sous un jour favorable un acte perçu comme terroriste malgré le caractère particulièrement extensif de la notion⁹.

- 4 L'examen de la constitutionnalité du délit de recel d'apologie du terrorisme et de la loi adoptée par le Parlement – au milieu de l'été et en pleine crise sanitaire – pour imposer de nouvelles « mesures de sûreté (sic.) » aux personnes condamnées du chef d'une infraction terroriste¹⁰, lui auront toutefois permis de fixer sa jurisprudence. En censurant dans un cas comme dans l'autre les dispositions qui lui étaient soumises, le juge constitutionnel affermit très sensiblement son contrôle de la nécessité des lois pénales, qu'elles instituent une nouvelle incrimination (I) ou qu'elles renforcent sa répression (II).

I/- La consolidation du principe de nécessité des incriminations

- 5 Dans une société démocratique, « *tout acte d'autorité exercé par un homme sur un autre homme est tyrannique s'il n'est pas absolument nécessaire* »¹¹. Pour méconnu qu'il soit, le principe selon lequel la pénalisation d'un acte n'est envisageable que si toute autre solution est manifestement insuffisante est ainsi au cœur du libéralisme pénal des Lumières, qui, aujourd'hui encore, constitue le fondement officiel de notre ordre répressif. Pour autant, la mise en place d'un mécanisme juridictionnel visant à assurer l'effectivité de ce principe de nécessité s'est longtemps heurtée à une forte résistance. Absent de la pensée de Beccaria comme des travaux de la Constituante au nom de la souveraineté du législateur¹², un tel contrôle s'oppose surtout à la propension à l'extension sans fin du domaine de la pénalisation que nous a léguée l'autoritarisme répressif bonapartiste¹³. Ceci explique sans doute pourquoi il n'a fait son apparition dans la jurisprudence constitutionnelle que très récemment. Si le principe de nécessité des peines, que le Conseil déduit de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, est affirmé depuis 1981, il n'est alors invoqué que pour s'assurer de l'absence de disproportion entre l'incrimination et la sanction¹⁴. En revanche, il faut attendre 2008 pour que le Conseil se réfère explicitement à un principe de « *nécessité des délits et des peines* »¹⁵, et 2011 pour qu'il censure un texte d'incrimination y portant atteinte¹⁶.
- 6 Dans un premier temps, le Conseil se limite à censurer une pénalisation apparaissant excessive par rapport à l'objectif poursuivi par le législateur : ainsi de l'incrimination de toute forme de revente en ligne de billets d'accès à toute manifestation culturelle, sportive ou commerciale au prétexte de préserver les intérêts des ayants droit¹⁷. Ainsi, également, de l'incrimination n'excluant pas qu'un contribuable qui a été déchargé de l'impôt par une décision juridictionnelle devenue définitive pour un motif de fond puisse être condamné pour fraude fiscale¹⁸. Puis son contrôle se renforce à partir de 2017. D'une part, en affirmant explicitement que « *le législateur ne saurait, sans méconnaître le principe de nécessité des délits et des peines, réprimer la seule intention délictueuse ou criminelle* » ni, par voie de conséquence, « *des actes ne matérialisant pas, en eux-mêmes, la volonté de préparer une infraction* »¹⁹. D'autre part, en affinant les modalités de son contrôle pour apprécier la nécessité de l'atteinte à la liberté constituée par l'infraction au regard des pouvoirs dont disposent d'ores et déjà les autorités publiques pour lutter contre l'acte incriminé : ce n'est que dans l'hypothèse où ils sont manifestement insuffisants que la nouvelle infraction peut se justifier²⁰.
- 7 La décision du 19 juin 2020 consacre définitivement ce mode de raisonnement en l'appliquant au délit de recel d'apologie de terrorisme par lequel des personnes ont pu

être poursuivies et condamnées pour la simple détention de fichiers vidéos jugés apologétiques. Relevant en premier lieu que « les autorités administrative et judiciaire disposent, indépendamment du délit contesté, de nombreuses prérogatives, non seulement pour lutter contre la diffusion publique d'apologies d'actes de terrorisme et réprimer leurs auteurs, mais aussi pour surveiller une personne consultant ou collectant ces messages et pour l'interpeller et la sanctionner lorsque cette consultation ou cette collection s'accompagnent d'un comportement révélant une intention terroriste, avant même que ce projet soit entré dans sa phase d'exécution » et, en second lieu, que la simple détention de fichiers ne saurait révéler la « volonté de commettre des actes terroristes ou d'en faire l'apologie », le Conseil juge que ce délit « porte à la liberté d'expression et de communication une atteinte qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée »²¹.

- 8 Reste à déterminer l'exacte portée de cette consécration. Si la décision vise expressément le principe de « nécessité des délits et des peines », c'est avant tout au regard du principe de liberté d'expression qu'est pratiqué ce contrôle de nécessité, que d'aucuns jugeront particulièrement poussé mais qui présente en réalité la rigueur que l'on est en droit d'attendre du juge constitutionnel. Toute infraction emportant par nature une atteinte à une ou plusieurs libertés, on ne voit aucune raison justifiant que cette technique ne soit appliquée d'une façon générale à l'ensemble des crimes et délits – et Dieu sait qu'ils sont aujourd'hui nombreux – qui façonnent notre ordre pénal. En tous cas, on ne peut que se réjouir de ce que le Conseil ait, dans sa décision du 7 août 2020, étendu ce mode de raisonnement au contrôle de la nécessité et de la proportionnalité des mesures de « sûreté ».

II/- Le renforcement de l'exigence de nécessité de la répression

- 9 Si le Conseil constitutionnel s'est reconnu relativement tôt le pouvoir d'apprécier la nécessité et la proportionnalité des sanctions pénales adoptées par le législateur, c'est pour mieux pratiquer un contrôle particulièrement restreint, ne censurant que les peines jugées « manifestement disproportionnées » par rapport à l'acte incriminé²². En outre, il juge avec constance que les principes de nécessité et proportionnalité des peines ne s'appliquent pas aux bien mal nommées « mesures de sûreté »²³, c'est-à-dire l'ensemble des dispositifs coercitifs qui, quoique mis en œuvre dans un cadre pénal, ne sanctionnent pas la commission d'un acte mais simplement l'existence d'un supposé « état dangereux » – et qui, dès lors, s'avèrent à mille lieues de l'idée révolutionnaire de sûreté, qui commande au contraire la préservation des citoyens contre toute forme d'arbitraire²⁴.
- 10 Paradoxalement, c'est cette qualification qui se trouve à l'origine du mouvement de renforcement significatif du contrôle de nécessité de la coercition dans lequel s'inscrit la décision du 7 août 2020. Depuis 2005, le Conseil considère en effet que, même si elles ne peuvent être qualifiées de sanctions ayant le caractère de punition, les mesures de sûreté restent soumises au principe, énoncé à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, suivant lequel « toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer [du comportement d'une] personne doit être sévèrement réprimée par la loi »²⁵. Prenant (enfin) toute la mesure de cette exigence, il en déduit désormais que « s'il est loisible au législateur de prévoir des mesures de sûreté fondées sur la particulière dangerosité, évaluée à partir d'éléments objectifs, de l'auteur d'un acte terroriste et visant à prévenir la

récidive de telles infractions, c'est à la condition qu'aucune mesure moins attentatoire aux droits et libertés constitutionnellement garantis ne soit suffisante pour prévenir la commission de ces actes et que les conditions de mise en œuvre de ces mesures et leur durée soient adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi. Le respect de cette exigence s'impose a fortiori lorsque la personne a déjà exécuté sa peine »²⁶.

- 11 Appliquant cette grille de lecture aux dispositions qui lui étaient soumises, le juge constitutionnel ne pouvait dès lors que prononcer leur censure. Alors que de très nombreuses mesures de « sûreté » peuvent d'ores et déjà être prononcées à l'égard des personnes condamnées pour une infraction terroriste, et que les nouvelles mesures de contrôle prévues par le législateur pouvaient être imposées « *sans même que la personne n'ait bénéficié de mesures de nature à favoriser sa réinsertion* », le surcroît de coercition qu'elles induisent ne pouvait être regardé comme nécessaire²⁷. Pouvant être prononcées alors même que la personne avait été condamnée à une peine d'emprisonnement assortie du sursis et pour une durée pouvant aller jusqu'à dix ans, ces mesures n'apparaissaient pas davantage proportionnées²⁸.
- 12 Là encore, se pose la question de la portée d'une telle décision. Si elle renforce sensiblement l'effectivité du contrôle de nécessité et de proportionnalité des mesures de « sûreté » – et, partant, la sûreté bien comprise des citoyen.ne.s... – le mode de raisonnement qu'elle convoque a-t-il vocation à s'étendre aux peines *stricto sensu* ? Certes, l'atteinte portée à nos libertés par cette singulière répression préventive – à l'image emblématique de la terriblement mal nommée « rétention de sûreté », privation de liberté ordonnée au titre des infractions que l'on pourrait commettre²⁹ – peut apparaître plus importante que celle qui résulte du prononcé d'une peine venant sanctionner la commission d'un acte qu'on savait prohibé. Toutefois, du point de vue de la préservation des libertés, seule devrait être prise en compte l'intensité de la coercition. Dans une telle perspective, rien ne justifie que le contrôle de la proportionnalité des sanctions pénales demeure limité à l'erreur manifeste d'appréciation. Appliquer à toute mesure privative de liberté un plein contrôle de proportionnalité, ce n'est pas « *substituer sa propre appréciation à celle du législateur* »³⁰, comme s'y refuse – avec raison – le Conseil constitutionnel. C'est au contraire garantir à chaque citoyen-ne que l'action de ses représentant.e.s tende effectivement à « *la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme* »³¹.

*

Conseil constitutionnel n°2020-845 QPC du 19 juin 2020 et n°2020-805 DC du 7 août 2020

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. Olivier Cahn, « Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre ». Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi », *Archives de politique criminelle*, 2016/1 (n° 38), p. 89.
2. Pascal Beauvais, « L'infraction-obstacle terroriste à l'épreuve du contrôle constitutionnel de nécessité », *RSC* 2018/1 (N° 1), p. 86.
3. Pierrette Poncela, « Les naufragés du droit pénal », *Archives de politique criminelle*, 2016/1 (n° 38), p.7.
4. Olivier Cahn et Julie Alix, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale » *RSC* 2017/4 (N° 4), p. 861 ; V. aussi K. Roudier, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste. Étude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 140, 2012.
5. Cour EDH (cinquième section), Ghomid et autres / France, 25 juin 2020, n°52273/16.
6. CC, décisions n°2016-611 QPC du 10 février 2017 et n°2017-682 QPC, 15 décembre 2017.
7. CC, décision n°2017-625 QPC du 7 avril 2017.
8. CC, décision n°2018-706 QPC, 18 mai 2018, paragr. 8 à 10, JORF n°0122 du 30 mai 2018 texte n° 110.
9. Article 421-2-5 du code pénal ; V. Vincent Sizaire, « Quand parler de « terrorisme » ? », *Le Monde diplomatique*, 2016/8 (N° 749).
10. Pour l'essentiel, des obligations et interdictions plaçant la personne sous la surveillance du service pénitentiaire d'insertion et de probation et dont la méconnaissance devait être sanctionnée d'une peine de trois ans d'emprisonnement.
11. Cesare Beccaria, *Traité des délits et des peines*, Flammarion, Paris, 2006 (1764) p.20.
12. François Rousseau, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », *RSC*, 2015/2 (N° 2), p. 257.
13. Vincent Sizaire, *Sortir de l'imposture sécuritaire*, La dispute, Paris, 2016.
14. CC, décision n°80-127 DC, 20 janvier 1981, cons. 11 et 13, Journal officiel du 22 janvier 1981, page 308, Rec. p. 15.
15. CC, décision n°2008-562 DC, 21 février 2008, cons. 25, Journal officiel du 26 février 2008, page 3272, texte n° 2, Rec. p. 89
16. CC, décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, cons. 43, Journal officiel du 15 mars 2011, page 4630, texte n° 3, Rec. p. 122
17. Ibid.
18. CC, décision n°2016-546 QPC, 24 juin 2016, paragr. 12 à 14, JORF n°0151 du 30 juin 2016 texte n° 111.
19. CC, décision n°2017-625 QPC, 7 avril 2017, Cons. 13, 17 et 18, JORF n°0085 du 9 avril 2017, texte n° 38.
20. CC, décision n°2016-611 QPC, 10 février 2017, cons. 4 à 16, JORF n°0037 du 12 février 2017 texte n° 46.
21. CC, décision n° 2020-845 QPC du 19 juin 2020, cons. 22, 24 et 26.
22. CC, décision n°2007-554 DC, 9 août 2007, cons. 8, Journal officiel du 11 août 2007, page 13478, texte n° 8, Rec. p. 303
23. CC, décision n°2008-562 DC, 21 février 2008, cons. 8 à 10, Journal officiel du 26 février 2008, page 3272, texte n° 2, Rec. p. 89 2005-527 DC, 8 décembre 2005, cons. 16, Journal officiel du 13 décembre 2005, page 19162, texte n° 3, Rec. p. 153). La seule exception concerne les mesures de « sûreté » assortissant l'exécution d'une sanction pénale ; CC, décision n°93-334 DC, 20 janvier 1994, sol. imp., Journal officiel du 26 janvier 1994, page 1380, Rec. p. 27.

24. Vincent Sizaire, *Etre en sûreté*, La dispute, Paris, 2020.
25. CC, décision n°2005-527 DC, 8 décembre 2005, cons. 4 et 16, Journal officiel du 13 décembre 2005, page 19162, texte n° 3, Rec. p. 153.
26. CC, décision n° 2020-805 DC du 7 août 2020, cons. 14.
27. Ibid., cons. 13 et 18.
28. Ibid., cons. 16 et 17.
29. Paul Cassia, « La rétention de sûreté : une peine après la prison ? », Commentaire, vol. numéro 122, no. 2, 2008, pp. 569-574.
30. CC, décision n°84-176 DC, 25 juillet 1984, cons. 10, Journal officiel du 28 juillet 1984, page 2492, Rec. p. 55.
31. Article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.
-

ABSTRACTS

Au cours de l'été, le Conseil constitutionnel a été saisi du délit de recel d'apologie du terrorisme et de la loi adoptée par le Parlement pour imposer de nouvelles « mesures de sûreté (sic.) » aux personnes condamnées du chef d'une infraction terroriste. En censurant dans un cas comme dans l'autre les dispositions qui lui étaient soumises, le juge constitutionnel affermit très sensiblement son contrôle de la nécessité des lois pénales, qu'elles instituent une nouvelle incrimination ou qu'elles renforcent sa répression.

AUTHOR

VINCENT SIZAIRE

Maître de conférences associé à l'Université Paris Nanterre