

Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste. Étude comparée des expériences espagnole, française et italienne

Karine ROUDIER - Prix de thèse du Conseil constitutionnel 2012, Docteur en Droit, Membre du Centre de droit et de politique comparés Jean-Claude Escarras UMR-CNRS 7318

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 37 - OCTOBRE 2012

La thèse de Karine ROUDIER a obtenu le prix de thèse du Conseil constitutionnel 2012

Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste pousse le juge constitutionnel à se confronter aux limites de sa mission. Garant traditionnel de la conciliation de l'ordre et de la liberté, le juge constitutionnel doit, en effet, aborder l'examen des lois antiterroristes en intégrant le fait que la démocratie est dans l'obligation de se défendre contre le terrorisme, mais il doit aussi, et surtout, veiller à la préservation de la démocratie contre les moyens que les États utilisent pour combattre le terrorisme. Or, au cours de la décennie passée, ces moyens ont connu une mutation aussi soudaine que poussée.

Les attentats du 11 septembre 2001 ont en effet incité de nombreux États à s'engouffrer dans la brèche ouverte par les États-Unis, en choisissant de revoir les moyens de lutte contre le terrorisme dans des proportions et avec une rapidité qui ont interpellé quant à la sauvegarde des valeurs démocratiques. Ces événements ont ainsi rappelé combien le terrorisme est, par nature, un phénomène déstabilisant pour la démocratie tant il trouble l'équilibre entre l'ordre et la liberté. Par ses effets immédiats, le terrorisme atteint l'État dans son essence même et, par ses effets induits, il affecte le régime des droits fondamentaux de manière profonde en exigeant de larges restrictions. Pour autant, les États doivent se défendre contre le terrorisme. Le perfectionnement de la lutte contre le terrorisme a ainsi contribué à l'avènement d'une politique sécuritaire « décomplexée » (2) qui tend à assurer une sécurité totale alors que ce mythe semble incompatible avec l'État de droit (3). Les États doivent donc désormais faire face à une normalisation de l'urgence, c'est-à-dire un climat de tension, qui est devenu le quotidien et qui procède à une douce altération des régimes démocratiques à travers un « ordinaire » qui s'éloigne et un « exceptionnel » qui s'installe et qui, sans n'être jamais qualifié comme tel, devient le nouvel « ordinaire ».

Dans ce cadre, le juge constitutionnel reste le seul à pouvoir canaliser ces débordements normatifs. Force est cependant de constater que son office est soumis à de nouveaux repères qui le placent dans une position singulière.

Ainsi, l'examen du rapport entre le contrôle de constitutionnalité et la législation antiterroriste en Espagne, en France et en Italie, permet de confronter l'expérience de trois pays ayant eu à affronter le phénomène terroriste *bien avant les événements de 2001*. Outre les nombreux points de communicabilité pertinents qu'offrent ces trois États, ils entretiennent une histoire ancienne avec le terrorisme qui se symbolise par une approche similaire du phénomène à travers une législation spécifique, antérieure à 2001, plusieurs fois modifiée et, surtout, soumise à l'examen des juridictions constitutionnelles de chacun de ces États. Aussi, le fondement constitutionnel de la lutte contre le terrorisme inscrit à l'article 55-2 de la Constitution espagnole, tranche avec le silence des Constitutions française et italienne en la matière, et fournit un paramètre intéressant pour comparer les réactions législatives et jurisprudentielles dans ces trois ordres juridiques.

On constate ainsi que les législations antiterroristes espagnole, française et italienne se sont toujours positionnées comme un droit « parallèle » qui a immédiatement conditionné le contrôle de constitutionnalité, avant même que le terrorisme acquière la dimension mondiale qu'il connaît aujourd'hui. Pour lutter contre le terrorisme, ces trois États ont en effet eu recours à des techniques alternatives ou substitutives aux traditionnels états d'exception qui leur ont permis de réprimer la situation de danger créée par le terrorisme, sans instaurer officiellement un régime *extra ordinem*. Ils ont ainsi géré la menace terroriste par l'intermédiaire des instruments de droit non ordinaires, mais qui en assument la forme et sans que cela interdise aux dispositions adoptées d'altérer les caractéristiques fondamentales du cadre constitutionnel ordinaire. La nature hybride de cette législation - ni tout à fait ordinaire, ni tout à fait exceptionnelle - et l'objet même de ces lois ont ainsi conduit le juge constitutionnel à développer une jurisprudence « élastique » pour maintenir efficacement la législation antiterroriste dans les limites de l'État de droit. Un contrôle de constitutionnalité « sur mesure » en découle. Il se traduit par deux mouvements, interdépendants et simultanés.

Le premier mouvement est engendré par le terrorisme qui influe sur le contrôle de constitutionnalité, par le biais de la norme législative dont il est l'objet, en obligeant le juge constitutionnel à déplacer le cadre du contrôle sur l'échelle de constitutionnalité par rapport à son positionnement ordinaire, afin d'intégrer, au mieux, la particularité de la législation antiterroriste (I). Parallèlement, un deuxième mouvement

est impulsé par le juge constitutionnel à l'intérieur de ce cadre de contrôle redessiné. Le juge constitutionnel s'attache à conserver la maîtrise de l'exercice de son contrôle pour, à son tour, influencer sur la législation antiterroriste, de sorte qu'elle reste à l'intérieur des frontières de l'État de droit. Le juge constitutionnel préserve donc le contrôle de constitutionnalité et se positionne comme le rempart contre l'arbitraire, bien que lorsque les frontières de l'État de droit sont progressivement repoussées vers leur point de rupture en raison de l'approche politique du terrorisme, ce rôle soit parfois difficile à assurer (II).

I - Un contrôle de constitutionnalité indirectement modelé par le fait de terrorisme

Le terrorisme est un objet singulier qui imprègne l'approche juridique qui lui est réservée. Les caractéristiques du terrorisme conditionnent, en effet, la rédaction des normes législatives qui visent à lutter contre lui dans une telle mesure que ces mêmes caractéristiques agissent ensuite, sur le contrôle de constitutionnalité. Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste ne peut, en conséquence, être identique à celui mis en œuvre pour les « autres » lois. Face à une telle intrusion, le contrôle se façonne sous deux aspects : d'une part, il s'adapte au fait de terrorisme (A), d'autre part, il est délimité par le fait de terrorisme (B).

A - L'adaptation du contrôle de constitutionnalité au fait de terrorisme

L'adaptation du contrôle de constitutionnalité au fait de terrorisme se symbolise par un glissement du cadre du contrôle vers une zone de tolérance plus grande que d'ordinaire. Ce déplacement du cadre du contrôle de constitutionnalité est exigé par la dangerosité du terrorisme et l'exigence de lutter contre lui.

La dangerosité du terrorisme est mise en avant de manière très prononcée par les définitions législatives des actes de terrorisme. Dans les trois pays étudiés, les actes de terrorisme sont définis sur la base d'un élément matériel et d'un élément finaliste dont la rédaction souligne combien le terrorisme représente pour les États une menace grave, susceptible de venir rompre les bases sur lesquelles ils sont construits. La prééminence accordée par les législateurs à l'élément finaliste a conduit à une dilatation du concept de terrorisme qui accentue son caractère dangereux (4). Cette appréhension législative des actes de terrorisme pèse sur le contrôle de constitutionnalité. La dangerosité de l'objet même que la législation antiterroriste a pour but de combattre, se trouve, en effet, automatiquement intégré par le juge constitutionnel dans les paramètres de l'examen.

Par ailleurs, la dangerosité du terrorisme exige une réaction normative efficace. Si ce constat relève de l'évidence, la reconnaissance de la nécessité de lutter contre le terrorisme par l'ensemble des juges constitutionnels les conduit à faire glisser le cadre de leur contrôle dans une zone plus souple, dans laquelle ils acceptent, par principe, des aménagements du régime des droits fondamentaux plus sévères que d'ordinaire. Ils admettent, dans ce contexte, que les droits fondamentaux doivent impérativement « céder » sous le poids de la menace, sans jamais évidemment être totalement remis en cause. Cette reconnaissance de la nécessité de lutter contre le terrorisme est facilitée pour le Tribunal constitutionnel espagnol, car les constituants l'ont eux-mêmes reconnu en choisissant d'inscrire la lutte contre le terrorisme à l'article 55-2 de la Constitution espagnole. L'absence de fondement constitutionnel à la lutte contre le terrorisme n'a cependant pas empêché les juges constitutionnels français et italien de reconnaître la nécessité de mesures adaptées au terrorisme. Selon la Cour constitutionnelle italienne, le Gouvernement et le Parlement ont même le « devoir précis et absolu » d'adopter une législation appropriée (5).

B - La délimitation du contrôle de constitutionnalité par le fait de terrorisme

La délimitation du contrôle de constitutionnalité par le fait de terrorisme est induite par l'influence qu'il opère sur l'étendue de la compétence législative et ce, quelle que soit la configuration normative, y compris constitutionnelle, qui encadre la législation antiterroriste.

L'action contre le terrorisme confère aux législateurs un pouvoir discrétionnaire étendu vis-à-vis de leur liberté de choix des mesures limitatives des droits fondamentaux. Même le législateur organique espagnol dont la compétence est, de prime abord, clairement circonscrite dans le cadre de l'article 55-2 de la Constitution bénéficie, en pratique, d'une grande marge d'appréciation quant au sens à donner à cette disposition. Le juge constitutionnel ne peut, en conséquence, développer qu'un contrôle réduit dont les paramètres se trouvent, en outre, modifiés. En effet, tous les législateurs justifient les limitations des droits fondamentaux par la singularité du terrorisme ou par l'urgence qui lui est inhérente. Le terrorisme infiltre alors, toujours par le biais de la norme législative, les paramètres du contrôle de constitutionnalité et intensifie le poids des motifs de restrictions des droits fondamentaux. Les trois juges constitutionnels ont de la sorte validé, dans une large mesure, les « bases » du régime dérogatoire antiterroriste en concédant au législateur que la singularité du phénomène autorisait de nouvelles règles de jugement (6) ou encore que l'*emergenza* que le terrorisme générerait dans la société italienne autorisait une suspension temporaire de la Constitution et permettait une prolongation de la détention préventive (7).

La charge du juge constitutionnel revêt alors une teneur particulière. En période exceptionnelle, les droits fondamentaux tombent dans le « domaine des appréciations subjectives » du législateur et de celles du juge constitutionnel, car c'est de l'étendue et de la rigueur de son contrôle que dépend le sort des libertés [\(8\)](#). C'est ainsi que ne pouvant que prendre acte de l'effet des caractéristiques du terrorisme sur son contrôle, le juge constitutionnel parvient, néanmoins, à exploiter l'espace restreint dans lequel il a été placé pour encadrer la législation antiterroriste.

II - Un contrôle de constitutionnalité difficilement préservé par le juge constitutionnel

Le juge constitutionnel démontre une réelle capacité pour reprendre la main sur l'examen qu'il doit conduire. Ce regain de dynamisme du juge constitutionnel se justifie par son souci d'exercer pleinement sa mission et de préserver, ainsi, l'effectivité du contrôle de constitutionnalité. En somme, si le terrorisme dessine les contours du contrôle de constitutionnalité, le juge constitutionnel prouve lui aussi sa capacité à redessiner les contours de la législation antiterroriste. Pour ce faire, le juge constitutionnel resserre la contrainte de constitutionnalité sur les dispositions antiterroristes (A). Le juge constitutionnel ne contrôle cependant pas toujours les dispositions antiterroristes avec la même intensité. Cette attitude manifeste un « repli » du contrôle de constitutionnalité (B).

A - Un resserrement de la contrainte de constitutionnalité

Le juge constitutionnel opère un resserrement de la contrainte de constitutionnalité sur les dispositions antiterroristes grâce à une utilisation optimale de ses outils de contrôle. Cette action a ainsi permis au Conseil constitutionnel français et au Tribunal constitutionnel espagnol d'ébaucher les contours d'une définition du terrorisme afin de recentrer la conception particulièrement extensive pour laquelle les législateurs avaient opté. En centrant l'examen de constitutionnalité sur les caractéristiques, la nature et les effets de certains actes et comportements, le juge constitutionnel exclut de la notion de terrorisme le délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger et le délit d'apologie alors qu'il y assimile les actes de rébellion [\(9\)](#). Dans le même esprit, les juges constitutionnels appliquent avec fermeté les principes essentiels protecteurs des droits et libertés à la législation antiterroriste. Ils assurent, par ainsi, le renforcement de leurs garanties. Ils n'hésitent pas à censurer l'absence de la prévision de l'intervention judiciaire dans les hypothèses de privation de liberté ou une intervention limitée de celle-ci. Sans aller sur le terrain de la censure de la disposition législative, les trois juges constitutionnels parviennent également à encadrer l'application de cette dernière en formulant des réserves d'interprétations, des avertissements à l'encontre du législateur, ou encore en conditionnant la constitutionnalité de la disposition dans le temps.

B - Un « repli » du contrôle de constitutionnalité

La préservation du contrôle de constitutionnalité est parfois plus difficile à assurer et cela se traduit par un « repli » du contrôle. Si les outils classiques du contrôle de constitutionnalité ont donné les moyens au juge constitutionnel de maintenir une contrainte de constitutionnalité serrée sur la législation antiterroriste dans la majorité des décisions, ces outils ont également démontré des limites, face à certaines caractéristiques de l'appréhension juridique du terrorisme, qui ont obligé le juge constitutionnel à redimensionner son contrôle. Par cette attitude, le juge constitutionnel parvient à assurer son office et maintient la législation antiterroriste dans un cadre démocratique qui, même plus relâché, reste un cadre [\(10\)](#).

Parmi les décisions qui illustrent cette mise en retrait du juge constitutionnel, certaines sont antérieures à 2001. Elles représentent les premières limites du contrôle de constitutionnalité qui a été exercé de manière plus retenue, notamment au regard de la conciliation entre le principe de légalité des délits et des peines et la définition des actes de terrorisme. L'impossibilité de cerner précisément le terrorisme a poussé les législateurs à adopter une définition de l'infraction de terrorisme qui, très tôt, a démontré ses lacunes. Les juges constitutionnels français et espagnols n'y ont toutefois pas vu une atteinte au principe de légalité des délits et des peines. Le Tribunal constitutionnel a même estimé que le principe de légalité tolérait, par nature, une marge d'imprécision et que les termes d'« organisation terroriste » et « d'éléments terroristes » bénéficiaient d'un passé constitutionnel et ne pouvaient, de ce fait, être considérés « indiscernables et radicalement indéterminés » [\(11\)](#). Ainsi, l'émergence d'une notion générique de la légalité [\(12\)](#) et l'insertion difficile du terrorisme dans une définition, rendent impossible le contrôle précis des définitions législatives des actes de terrorisme. Le juge constitutionnel opte alors pour un contrôle global de ces définitions.

D'autres décisions, à la fois postérieures et antérieures à 2001, mettent également en évidence une altération des équilibres classiques de la conciliation de l'ordre et de la liberté qui s'exprime par un desserrement du contrôle de constitutionnalité. Ainsi, le contrôle de proportionnalité devient « plus que restreint » face à une menace terroriste toujours plus permanente et plus lourde à gérer sur le long terme. L'intensité du contrôle est inversement proportionnelle à la menace et seules des restrictions très excessives et l'absence de garanties conduisent à la censure d'une disposition antiterroriste. La jurisprudence du Conseil constitutionnel témoigne de cette évolution, tout comme elle souligne combien le contrôle de constitutionnalité peut s'assouplir face à une législation antiterroriste qui se pérennise et alterne entre une confirmation de la

spécificité du terrorisme et la banalisation des infractions terroristes au sein d'un ensemble plus vaste d'infractions liées à la criminalité organisée (13). Cette approche se retrouve aussi dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole qui a montré, bien avant 2001, que la pérennisation de la lutte contre le terrorisme brouille les frontières et conduit le juge constitutionnel à revoir l'essence même des garanties des droits fondamentaux dans le cadre de leur suspension, que le constituant avait pourtant clairement exigé en son temps.

Si ce mouvement de « repli » ne peut encore être présenté comme une généralité du contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste il interpelle, car il légitime une invasion toujours plus poussée de la sphère individuelle, dans une époque où le maintien d'un régime dérogatoire antiterroriste ferme est toujours d'actualité.

Aussi, si le contrôle de constitutionnalité « sur mesure » réservé à la législation antiterroriste témoigne de l'efficacité et de la richesse de la justice constitutionnelle, il souligne néanmoins ses limites. Cela appelle alors une réflexion plus large sur les moyens mis à la disposition des juridictions constitutionnelles et sur leur place dans l'État, ainsi que sur l'esprit de la politique antiterroriste face, notamment, aux récentes positions des juridictions européennes qui démontrent une volonté de réaffirmer la primauté du droit dans la lutte contre le terrorisme. L'ouverture des procès des détenus de Guantanamo devant des juridictions d'exception, en mai dernier, alors que le Président des États-Unis avait clairement manifesté son souhait de faire juger ces détenus devant des tribunaux ordinaires, démontre parfaitement combien la lutte contre le terrorisme est un domaine dans lequel il est difficile de faire machine arrière et exige, en conséquence, d'être toujours menée au plus près de l'essence même de l'État de droit.

(1) Thèse soutenue le 10 décembre 2011 à l'Université du Sud Toulon-Var, devant un jury composé de M. Renato Balduzzi, professeur à l'Université catholique de Milan (rapporteur et président du jury), M^{me} Maryse Baudrez, professeur à l'Université du Sud Toulon-Var (directrice de recherche), M. Philippe Blachère, professeur à l'Université de Lyon III (rapporteur), M. Thierry Di Manno, professeur à l'Université du Sud Toulon-Var (directeur de recherche), M. Xavier Magnon, professeur à l'Université de Toulouse I Capitole, et M. Juan José Ruiz Ruiz, professeur à l'Université de Jaén.

(2) M. Delmas-Marty, *Libertés et sûretés dans un monde dangereux*, Paris, Éd. du Seuil, 2010, p. 21.

(3) *Ibid.*, p. 30.

(4) Ainsi, l'article 574 du Code pénal espagnol punit « toute personne » qui commet « une quelconque infraction » dès lors qu'elle agit, d'une part, en poursuivant une des finalités terroristes explicitées à l'article 571-3 du même code et, d'autre part, qu'elle appartient, agit ou collabore avec une organisation ou un groupe terroriste. L'article 270sexies du Code pénal italien qualifie d'infractions de terrorisme les conduites qui, « par leur nature ou leur contexte, peuvent porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale et sont commises dans le but d'intimider la population ou de contraindre les pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, ou déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques et sociales d'un pays ou d'une organisation internationale, ainsi que les autres conduites qui sont qualifiées de terroristes ou commises dans une finalité de terrorisme par des conventions ou d'autres normes du droit international qui lient l'Italie *Il faut noter que l'article italien reprend littéralement la rédaction des objectifs terroristes tels qu'ils sont formulés par la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002.*

(5) *Cour const.*, n° 15 de 1982, cons. en droit n° 5.

(6) *Cons. const.*, n° 86-213 DC, et *STC*199/1987.

(7) *Cour const.*, n° 15 de 1982, cons. en droit n° 7.

(8) P. Wachsmann, « Chronique de jurisprudence - Décision du Conseil constitutionnel n° 85-187 DC du 25 janvier 1985 (loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie) », *AJDA*, 1985, p. 364.

(9) *Cons. const.*, n° 96-377 DC, *AJDA* 1997. 86, note C. Teitgen-Colly et F. Julien-Lafferrière ; *ibid.* 1996. 693, note O. Schrameck ; *D.* 1997. 69, note B. Mercuzot ; *ibid.* 1998. 147, obs. T. S. Renoux ; *RFDA* 1997. 538, note P.-E. Spitz ; *RTD civ.* 1997. 787, obs. N. Molfessis, et *STC*199/1987.

(10) Ainsi que le souligne la récente jurisprudence du Conseil constitutionnel : *Cons. const.* n° 2011-223 QPC du 17 février 2012, *AJ pénal* 2012. 342, obs. J.-B. Perrier ; *Constitutions* 2012. 316, chron. A. Darsonville et n° 2012-228/229 QPC du 6 avril 2012, *AJ pénal* 2012. 423, obs. J.-B. Perrier.

(11) Cf. *STC*89/1993, cons. en droit n°s 3 et 5.

(12) C. Grewe, R. Koring-Joulin, « De la légalité de l'infraction terroriste à la proportionnalité des mesures antiterroristes », in *Mélanges G. Cohen-Jonathan. Liberté, justice, tolérance*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 900-906, spéc. p. 905.

(13) Respectivement, *Cons. const.*, n° 2010-31 QPC du 22 septembre 2010, *M. Bulent A. et autres*, RSC2011. 139, obs. A. Giudicelli ; *ibid.* 193, chron. C. Lazerges, et n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *D.* 2004. 2756, obs. B. de Lamy ; *ibid.* 956, chron. M. Dobkine ; *ibid.* 1387, chron. J.-E. Schoettl ; *ibid.* 2005. 1125, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; RSC2004. 725, obs. C. Lazerges ; *ibid.* 2005. 122, étude V. Bück ; *RTD civ.* 2005. 553, obs. R. Encinas de Munagorri.