

Les ressorts de l'extraordinaire. Justice et police dans la fabrique de l'exception. Perspectives historiques et contemporaines

Droit à la sécurité contre droit à la sûreté. La liberté est-elle encore le principe ?

Point de départ de cette intervention et, peut-être, de ce colloque : ce constat qui, bien qu'étant d'évidence, n'est jamais inutile à rappeler. Le droit pénal, ce n'est pas l'ordinaire ; c'est déjà, si ce n'est, hélas, l'extraordinaire, en tout cas l'exceptionnel (pour rester dans les adjectifs substantivés).

Le commencement de l'histoire, en matière de droit pénal, ou plutôt le début de la modernité, c'est sans doute ce fameux contrat social, celui-ci ne représentât-il qu'une image, contrat en vertu duquel, nul ne l'ignore, les individus auraient concédé au souverain une partie de leur liberté moyennant comme contrepartie, notamment, de la sécurité ; de la sécurité *et* de la sûreté doit-on immédiatement préciser.

Nul mieux que Beccaria n'a exprimé cette base fondamentale de la construction du système répressif moderne :

« Ce fût donc la nécessité qui contraignit les hommes à céder une partie de leur liberté ; or il est certain que chacun n'en veut mettre à la disposition de la communauté que *la plus petite portion possible*, mais qui suffise à engager les autres à le défendre. *L'ensemble de ces plus petites portions possibles constitue le droit de punir* ; tout ce qui s'y ajoute est abus et non justice ».

« *La plus petite portion possible* », c'est celle qui est nécessairement concédée par l'individu dans le cadre de la vie en société, autrement dit celle qui ne peut pas ne pas être abandonnée pour autoriser l'organisation et, pour reprendre une idée chère à Beccaria, pour rendre utile une telle vie.

Mais la plus grande portion, quant à elle, reste donc à la disposition de l'individu. Le principe, dans une société moderne digne de ce nom, c'est toujours la liberté des individus, même lorsqu'est en cause la répression ; surtout, lorsqu'est en cause la répression.

D'où cette idée moderne, on y vient, que la sûreté, entendue (largement) comme la garantie que la liberté demeure le principe, devrait désormais aller de pair avec la sécurité des personnes et des biens.

J'insiste : la sécurité est vieille comme le droit pénal, quel que soit son terrain. Par l'entremise de la menace et de la fulmination d'une punition, il s'agit toujours de contrôler socialement la violence en réprimant auteurs réels et auteurs potentiels : on stoppe les premiers en les punissant ; on décourage les seconds en les intimidant (ce sont les deux sens du mot « réprimer »). À la fin, on garantit une sécurité collective (dans le sens de « dans le cadre d'un collectif »).

En revanche, la sûreté est jeune comme le système libéral – au sens noble – dans lequel elle s'inscrit. Montesquieu et Beccaria, essentiellement, l'ont imposée comme l'une des conditions pour que les pouvoirs, même séparés, ne soient pas perçus par les citoyens comme les opprimant. La sécurité collective ne pourra pas justifier les arrestations, les détentions mais aussi les punitions qui ne seraient pas nécessaires.

Ce que je dis ne vaut, néanmoins, qu'à la condition que l'on reste sur les idées car les mots, une fois n'est pas coutume, déçoivent. Cela a été démontré un grand nombre de fois : tant étymologiquement (*securitas*, dérivé de *securus*, « exempt de soucis »), qu'historiquement et même actuellement, sûreté et sécurité, sécurité et sûreté, c'est bien souvent *idem*. L'une est prise pour l'autre, l'autre et prise pour l'une, ce qui nuit, hélas, à la compréhension d'une distinction pourtant bien réelle, parce que souhaitée par les constituants modernes.

Et ce qui facilite les confusions. Or, l'enjeu, ce n'est rien de moins que de savoir si la liberté demeure encore le principe, à l'aune de deux phénomènes étroitement liés :

- le cantonnement de la sûreté, cette belle et grande idée, que les juristes (en ce compris les pénalistes) présentent généralement comme la simple « certitude pour les citoyens qu'ils ne feront pas l'objet, notamment de la part du pouvoir, de mesures arbitraires les privant de leur liberté matérielle, telles qu'arrestations ou détentions »¹. Autrement dit, la sûreté serait un

¹ J. Rivero, H. Moutouh, *Libertés publiques*, PUF, coll. Thémis, t. II, 5^e éd., 2003, p. 23.

droit presque comme un autre, à l'encontre de ce qu'affirme l'article 2 de la Déclaration de 1789 qui en fait l'un des droits naturels et imprescriptibles de l'homme ;

- le développement de la sécurité, cette vieille idée, à qui l'on a donné une définition et un code que l'on remplit de réformes en réformes. Il existerait, en ce sens, un « droit fondamental » à la sécurité qui serait « l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives ». Son débiteur, l'État, aurait ainsi « le devoir d'assurer la sécurité en veillant, sur l'ensemble du territoire de la République, à la défense des institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics, à la protection des personnes et des biens »².

Que ces deux droits – pour peu qu'il s'agisse bien de droits – coexistent, c'est de bon aloi ; mais pour peu que le second prenne trop d'importance par rapport au premier, et l'édifice s'effondre. Curieux paradoxe que la postmodernité, cette victoire de l'individu, ait pris la forme, en droit pénal, de moins de liberté pour lui mais de plus de sécurité.

Pour bien percevoir le déséquilibre opéré (**II**), il faut sans doute préalablement revenir sur l'équilibre initial (**I**).

I. L'équilibre initial entre sécurité et sûreté

Cet équilibre entre sécurité et sûreté, qui n'est rien d'autre que ce compromis dont il est souvent question entre sécurité et liberté, doit être bien compris. À cet égard, à propos de la procédure pénale, Faustin Hélie écrivait lumineusement que le *but* de cette procédure « est la complète manifestation de la vérité judiciaire ; [et son] *principe* est la protection efficace de tous les droits, tous les intérêts, des intérêts de la société et des intérêts de l'accusé, à l'aide des formes dont elle s'entoure et des garanties qu'elle présente ».

Parallèlement, le but du droit pénal en général (qu'il partage avec d'autres règles), c'est la sécurité (**A**) ; son principe (qui le particularise), c'est la sûreté (**B**).

² Art. L. 111-1 CSI.

A. Le but : la sécurité

On peut entendre la sécurité en conformité avec l'article L. 111-1 du code de la sécurité intérieure, comme l'impératif de veiller « sur l'ensemble du territoire de la République, à la défense des institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics, à la protection des personnes et des biens ».

Apparaissent, de la sorte, les deux aspects de la sécurité : sécurité collective et sécurité individuelle (ce qui correspond, pour la première, au livre 4 c. pén., et pour la seconde, aux livres 2 et 3). Et l'on s'accorde aisément à considérer que, dans un cas comme dans l'autre, mieux vaut prévenir que guérir. La sécurité, c'est avant tout un sentiment : celui que l'on est à l'abri de tout danger.

Où l'on constate, entre parenthèses, toute l'inanité à prêter au sentiment inverse, l'insécurité, une quelconque importance. Nicolas Boileau, en son temps, c'est-à-dire dès le XVII^e s., remarquait déjà que « le bois le plus funeste et le moins fréquenté est, au prix de Paris, un lieu de sûreté » (*Les embarras de Paris*). « Sûreté », mais entendez aujourd'hui « sécurité », c'est ce que je vous disais tout à l'heure... Quant à savoir si Paris est toujours Paris de ce point de vue, je vous laisse juges.

Cette essence préventive de la sécurité révèle en tous les cas deux aspects des règles qui la préservent que l'on ne souligne peut-être pas assez.

Premier aspect, en ce qui concerne le droit pénal, celui-ci est un droit bien plus préventif qu'il n'est répressif. Comme le disait Lombois, « il y a plus d'avantages, pour la société, à voir diminuer le nombre des victimes de l'alcoolisme au volant qu'à constater que prospère la statistique des mois de prison dispensés aux éthyloconducteurs » (spéciale dédicace à Eric Ciotti). La règle répressive, on le sait, est surtout comminatoire : elle menace pour intimider, la peine représentant, à la fois, une intimidation (si tu fais cela, tu...) et un exemple (celui qui a fait cela a...).

Toujours sous cet aspect, le droit pénal n'est pas le seul à assurer préventivement la sécurité. Autrement dit, son but est partagé, notamment et de plus en plus avec le droit administratif, dont l'un des objets est d'assurer le maintien de l'ordre public.

À propos de cette articulation, avant d'en dire plus un peu plus tard, et en actualisant à peine la métaphore d'un grand pénaliste grenoblois, on peut se poser cette question : dans un jardin public, préfère-t-on être autorisé à marcher dans les allées, en étant filmé, tout le reste étant interdit (c'est le propre d'un régime préventif de nature administrative) ou préfère-t-on ne pas pouvoir marcher sur la pelouse, en croisant de temps à autre le gardien, tout le reste étant autorisé. Et ne recevoir que la restriction de liberté qu'en cas de mauvais comportement (c'est le régime répressif pénal) ? Là aussi, je vous laisse juges.

Second aspect de cette essence préventive de la sécurité : dans le cadre d'une recherche normative, il est difficile de distinguer la sécurité de l'ordre public et, en conséquence, de trouver un véritable « droit fondamental et autonome à la sécurité ». Beaucoup l'ont constaté à l'issue de leur recherche d'une telle prérogative. D'autant que, les pénalistes le savent, la répression ne nécessite pas de victime identifiée pour opérer, même si l'infraction a été commise à l'égard d'une victime privée. C'est pire pour la prévention, qui ne nécessite quant à elle-même pas d'infraction...³

On constate aisément ce lien, difficile à dénouer, à la lecture d'un certain nombre de décisions du Conseil constitutionnel. Pour ne prendre qu'un exemple emblématique, dans sa décision du 20 janvier 1981 relative à la loi sécurité et liberté, les « Sages » ont précisé (c'était à propos, déjà, des contrôles et vérifications d'identité) que « la recherche des auteurs d'infractions et la prévention d'atteintes à l'ordre public, *notamment* d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens, sont nécessaires à la mise en œuvre de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle ». De telle sorte qu'il faut concilier cet impératif social – et non ce droit individuel – avec « l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ». Ce contrôle sera effectué de nombreuses fois par le Conseil constitutionnel.

Pas de droit à la sécurité donc ; qu'en est-il maintenant du droit à la sûreté ?

³ Par ailleurs, qui serait vraiment le débiteur d'un « droit à la sécurité » ? S'il s'agissait de l'auteur potentiel d'une infraction, ce serait finalement tout le monde. Or, comme on l'a avancé à l'encontre d'obligation passive universelle de Planiol, $1/\alpha=0$. S'il s'agissait de la société, ce serait alors sa responsabilité qu'il conviendrait d'engager en cas d'infraction, ce qui n'aurait pas de sens : elle serait alors victime et coupable à la fois.

B. Le principe : la sûreté

Le droit pénal moderne se caractérise par cette idée fondamentale que, tant au stade de l'imputation de l'infraction qu'au stade de sa punition, seule la nécessité peut justifier des restrictions ou des privations de liberté. La nécessité, c'est-à-dire pas seulement l'infraction, pas seulement le trouble à l'ordre public et l'insécurité ainsi révélée.

Souci d'utilité ou d'humanisme, peu importe finalement, nous ne sommes plus, et c'est heureux, dans l'idée primitive d'une rétribution qui n'éloignerait pas suffisamment le droit pénal de la vengeance. Et nous ne sommes plus non plus, en ce qui concerne la procédure, dans l'idée d'une fin qui justifierait tous les moyens.

À cet égard, je crois que c'est donc le droit à la sûreté, tel qu'il est reconnu au moins par les articles 2, 5, 7 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁴, qui constitue le socle de l'ensemble de ces principes. Comme la propriété, autre mécanisme fondamental, ce droit s'adosse effectivement à la liberté, dont il ne constitue rien de plus qu'une application en droit pénal : pour que le principe demeure la liberté au sein d'un système répressif, il faut que la répression et les rigueurs qu'elle autorise soient légitimées et limitées par la nécessité.

La sûreté n'est alors rien d'autre que le droit de subir le moins possible le système pénal, avec toutes les constructions et les mécanismes que cela implique : principe de légalité, afin de contenir l'essor des interdits, et présomption d'innocence, afin de contenir l'essor des réactions à l'encontre de ceux qui les ont violés.

En définitive, il apparaît qu'où la propriété constitue la liberté civile, celle de faire de ses biens – dont le corps – tout ce que l'on souhaite sauf ce qui est interdit⁵, la sûreté représente la liberté pénale, celle de n'être inquiété que lorsqu'on a fait quelque chose d'interdit (et, dans l'attente d'une telle démonstration, l'impératif social de rester prudent).

Cette présentation de la sûreté est, j'en conviens, sans doute plus ambitieuse que la sûreté technique que l'on trouve en surface, et que l'on cantonne généralement à la procédure pénale. Peut-être aurait-il fallu, en conséquence, trouver un autre mot, un meilleur mot, mais il

⁴ V. aussi art. 3 et 9 DUDH ; art. 5 CEDH ; art. 9 PIDCP ; art. 6 CDFUE.

⁵ Art. 544 c. civ.

me semble que ce serait trahir les idées des grands penseurs qui nous ont conduits à réformer la punition par ce prisme précisément. Qu'ont voulu, en effet, Montesquieu, Beccaria et les autres ? Limiter, en matière de punition, l'arbitraire (ou le contingent) et l'inutile, c'est-à-dire, on y revient, instaurer de la sûreté et, à travers elle, de la justice.

Faire de la sûreté le cœur du système pénal moderne, n'est-ce pas par ailleurs la rançon de l'ambition d'un droit présenté, par la Déclaration de 1789, comme « naturel et imprescriptible de l'homme » ?

Et, pour finir sur ce point, puisque ce droit à la sûreté s'incarne de différentes façons, qu'il s'agisse d'interdire des arrestations et des détentions arbitraires, mais aussi de garantir une présomption d'innocence, ainsi que l'intervention d'une loi et d'un juge, ce droit, contrairement au droit à la sécurité, est un droit parfaitement effectif dont l'objet est et doit demeurer de conserver l'équilibre du système répressif.

Or, cet équilibre est peut-être en danger et, avec lui, la liberté qu'il préserve.

II. Le déséquilibre actuel entre sécurité et sûreté

La conjugaison de la sécurité et de la sûreté permet à la pénalisation d'avoir deux faces. Pénaliser, c'est effectivement imposer des comportements, donc réduire la liberté. Mais pénaliser, on vient de le voir et il ne faut jamais l'oublier, c'est tout autant imposer des garanties lors du processus de répression de ces comportements : présomption d'innocence, droits de la défense, plus largement procès équitable etc.

Dès lors, deux phénomènes peuvent conduire à un déséquilibre entre sécurité et sûreté : soit un excédent de droit pénal, c'est-à-dire un dépassement, en matière de répression, du strict nécessaire (**A**) ; soit, à l'inverse et paradoxalement, un déficit de droit pénal, c'est-à-dire un recours à d'autres modes de répression qui ne présentent pas les mêmes garanties (**B**). Je pense, bien sûr, au droit administratif.

A. L'excédent de droit pénal

L'excédent de droit pénal, ce peut être autant l'excédent de détermination de règles répressives que l'excédent de leur application.

En ce qui concerne le premier excès, dans un système politique libéral (au sens noble), toute loi pénale, qu'elle soit de fond ou de forme, doit invariablement être adoptée dans le respect des libertés individuelles, la fameuse grande portion qui n'a pas été concédée au départ par nécessité. Ce respect représente la contrepartie à l'acceptation sociale de la répression pénale. On retrouve le contrat social et l'équilibre entre sécurité et sûreté.

Le choix de la loi comme vecteur exclusif de droit pénal, auquel on résume bien souvent le principe de légalité, est déjà révélateur : c'est parce qu'elle est l'expression de la volonté générale que la loi est seule légitime à manipuler les libertés.

Pour autant, le droit moderne ne s'est jamais réduit à une confiance naïve envers la loi. Pour être légicentriste, la Déclaration de 1789, déjà, n'en était pas moins contraignante pour le législateur. Et, au-delà, tout ce qu'on pourrait aujourd'hui appeler le régime de la loi pénale a précisément pour objet de limiter son étendue par égard envers les libertés individuelles.

On le sait, la portée de la loi pénale est nuancée essentiellement par deux règles : l'interprétation stricte et la non-rétroactivité, perçus généralement comme les corollaires du principe de légalité. En vertu de la première, imposée par l'article 111-4 du code pénal, le juge pénal doit faire preuve de rigueur et d'exactitude dans sa compréhension d'une loi qu'à aucun moment il ne peut s'agir d'étendre au-delà de son champ d'application. En vertu de la seconde, imposée par l'article 112-1 du même code, la loi pénale ne peut prétendre régir des situations nées avant son entrée en vigueur, c'est-à-dire sanctionner des comportements qui, lorsqu'ils ont été commis, étaient plus ou moins libres de droit pénal.

Bref, dans un cas on enserme le juge, dans l'autre on enserme la loi, mais toujours pour la même raison : contenir le droit pénal au strict nécessaire.

Ces règles disparaissent, d'ailleurs, lorsqu'il s'agit, à l'inverse, d'agir en faveur de la liberté de leurs destinataires l'interprétation n'étant plus stricte et la non-rétroactivité n'étant plus du tout lorsqu'elles opèrent respectivement *in favorem* ou *in mitius*.

À cela s'ajoute la valeur supralégislative de toutes ces libertés que loi et juge pénaux doivent respecter en ne les malmenant pas trop. On les trouve, en effet, dans le bloc de constitutionnalité ou dans différentes conventions internationales. Plus encore, la nécessaire retenue à laquelle les acteurs du droit pénal sont astreints a, elle aussi, valeur supralégislative, essentiellement à travers la consécration, par ou sur le fondement de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, des principes de nécessité, de proportionnalité et d'individualisation des peines. Comme l'a impeccablement énoncé le professeur Antoine Botton, « une peine [...] n'est nécessaire que si elle est *proportionnelle* et *proportionnée* », c'est-à-dire si elle est « en rapport avec le comportement et la personnalité de l'agent condamné », donc « individualisable par le juge », et si elle est « dans une proportion normale avec le comportement incriminé ».

En ce qui concerne l'excès d'application du droit pénal, on retrouve toutes les règles de procédure qui ont pour objet de contenir les pouvoirs des enquêteurs. Droit à la sûreté, principe de légalité et présomption d'innocence, mais aussi principe de judiciarité, fondent ainsi un ensemble protecteur qui empêche que tout, absolument tout, soit fait pour parvenir à la manifestation de la vérité, fût-ce à l'encontre des libertés. La nécessité est partout, là aussi, notamment à travers une double corrélation : corrélation entre progression probatoire (soupçons, indices graves ou concordants, charges, preuves) et pouvoir coercitif ; et corrélation entre ce même pouvoir coercitif et l'urgence et/ou la gravité de certaines situations (ex. : enquête de flagrance). C'est là, justement, que s'insinue l'exception, la gravité, à laquelle on ajoute la plus énigmatique encore « complexité », autorisant des restrictions de liberté qui, par conformité envers tout ce qui précède, devraient rester des exceptions.

À la fin, le régime de la loi pénale, quelle qu'elle soit, s'explique donc par la nécessité de respecter les libertés individuelles, de ne pas privilégier la sécurité par rapport à la sûreté. Beccaria, encore lui, avait déjà souligné l'importance politique de l'observation de cet impératif. Ainsi précisait-il, dans un avis au lecteur débutant son livre, que « le but auquel [tendait son] ouvrage [...], bien loin de diminuer l'autorité légitime, peut servir à l'accroître, si la *douceur* et l'*humanité* la justifient aux yeux de tous, et si les idées ont sur les hommes

plus de pouvoir que la force »⁶. Dans la même optique, après avoir énoncé les fondements du droit de punir, il précisait que « toute loi qui s'en écarte rencontrera toujours une résistance qui finit par l'emporter, tout comme une force, bien que minime, si elle s'exerce continuellement, vient à bout de n'importe quelle impulsion violente imprimée à un corps »⁷. C'est ainsi, semble-t-il, dans le respect du contrat social, et dans un équilibre constant avec une force inverse de résistance à l'oppression (autre droit naturel et imprescriptible de l'homme selon l'article 2 de la DDHC), que réside l'équilibre du système répressif.

B. Le déficit de droit pénal

Tant au stade de la prévention qu'à celui de la répression, le droit administratif concurrence aujourd'hui fortement et de plus en plus le droit pénal.

Au stade de la prévention, la police administrative est à la mode dans comme en dehors de l'état d'urgence. À tel point d'ailleurs qu'on a fini par la doter d'un code, le code de la sécurité intérieure, dont elle déborde malgré tout, tant l'idéal de sécurité s'avère aujourd'hui envahissant. Or, quelles que soient les qualités du juge administratif, dont l'indépendance au plus haut degré n'est quand même pas garantie par un statut constitutionnel, la police administrative offre, par essence, beaucoup moins de garanties que la police judiciaire.

Pire, alors que l'on se situe dans un domaine où le lien avec une infraction n'est qu'éventuel, et donc qu'il ne s'agit pas de réagir à l'infraction mais simplement de l'envisager, on autorise certaines mesures qui, dans le cadre de la police judiciaire, sont perçues comme exceptionnelles, c'est-à-dire qui, non seulement, ne se justifient que parce qu'il y a infraction mais, plus encore, parce qu'il y a infraction grave. La prévisibilité et la proportionnalité, deux garanties fondamentales en matière de restriction de liberté, sont en l'occurrence écartées lorsqu'est en cause la police administrative.

Plus encore, alors que le juge judiciaire intervient *a priori* pour autoriser toutes les mesures qui blessent les libertés individuelles – au-delà d'ailleurs de l'impératif constitutionnel, réduit à peau de chagrin par le Conseil constitutionnel –, donc inéluctablement, le juge administratif

⁶ *Des délits et des peines*, GF, Flammarion, 1991 (texte de 1764), p. 54.

⁷ *Ibidem*, p. 63.

n'intervient qu'*a posteriori* et qu'éventuellement, s'il a été saisi pour contrôler de telles mesures.

Il faudrait donc, c'est bien le moins, pratiquer la police administrative avec parcimonie. Or, tel ne semble pas le sens du vent.

Au stade de la répression, les autorités administratives indépendantes se sont développées et leur apprentissage des garanties procédurales a été laborieux. Il a fallu, en effet, que la Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel perçoivent leurs sanctions comme ce qu'elles étaient : de la « matière pénale », selon la première, des « sanctions ayant le caractère d'une punition », selon le second. Tant et si bien que, puisqu'il s'agissait de droit pénal, fût-il dissimulé, il n'y avait aucune raison de ne pas appliquer, *mutatis mutandis*, les garanties qui vont avec.

Reste un dernier problème, qui a donné beaucoup de fil à retordre au Conseil constitutionnel, qui n'a pas voulu suivre la voie tracée par la Cour européenne : celui des cumuls de sanctions prononcées, pour un même comportement, par le juge pénal d'une part et une telle autorité d'autre part. Où l'on en revient, par le détour d'un déficit de droit pénal, à un excédent de sanction...

Il ne faudrait jamais oublier que, si les grandes libertés ont été encadrées par un régime pénal, ce n'était pas un hasard. C'est parce que, paradoxalement, aucun droit n'est plus respectueux des libertés individuelles que le droit de punir, à condition du moins que la sécurité ne prenne jamais le pas sur la sûreté.

Pour conclure, on pourrait encore revenir à Beccaria. Mais laissons la parole à Maître Henri Leclerc et à ses questions : « Qu'en est-il donc aujourd'hui de ces quatre droits naturels et imprescriptibles que proclamait l'article 2 de la Déclaration de 1789 ? Si la liberté ne se décline plus qu'en termes de libéralisme, si la propriété n'est plus que la pérennisation de la division du monde entre riches et pauvres, si la sûreté se dilue dans le droit à la sécurité, que nous restera-t-il ? La résistance à l'oppression ? »