

Paris, le 17 mai 2021

Observations du Syndicat de la magistrature sur le projet de loi relatif à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement

Dispositions relatives à la mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion (article 5)

A la suite de la censure quasi totale par le Conseil constitutionnel de la loi 2020-1023 du 10 août 2020 qui entendait créer de nouvelles mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infraction à caractère terroriste, ce projet de loi entend créer cette fois une mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion, qui, en dépit des circonvolutions sémantiques utilisées, n'en demeure pas moins une mesure de sûreté, si ce n'est une peine, fondée elle aussi sur des obligations et mécanismes de surveillance, et poursuit la même finalité, à savoir celle de l'évitement de la récidive en matière terroriste.

Ce volet du projet de loi ne peut s'examiner sans aborder parallèlement la proposition de loi enregistrée à la présidence du Sénat le 23 mars 2021 relative au renforcement du suivi des condamnés terroristes sortant de détention qui crée des mesures similaires, comportant néanmoins quelques différences sur lesquelles l'on pourra revenir.

Il est évident que la prévention des actes de terrorisme est un objectif légitime qu'il ne s'agit nullement de contester. Pour autant, et en dépit de la prise en compte de la décision du Conseil constitutionnel du 7 août 2020, plusieurs éléments des mesures créées paraissent aller à l'encontre de principes essentiels de notre Etat de droit et posent des difficultés pratiques (1). En outre, l'utilité des mesures ainsi créées se doit d'être questionnée, y compris au regard de cet objectif, l'importance de l'atteinte aux libertés individuelles en jeu ne devant pas être mésestimée (2.a et 2.b). D'autres voies peuvent par ailleurs être examinées pour atteindre cet objectif (2.c).

Ces observations reprennent en partie celles que nous avons pu développer en juin 2020 au sujet de la proposition de loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine¹, auxquelles nous renvoyons pour de plus amples développements sur le danger intrinsèque à la création de nouvelles mesures restrictives de liberté sur le fondement non pas des actes commis par un individu mais sur le concept flou de « dangerosité » et donc sur des actes que l'on suppose qu'il pourrait commettre, sans en avoir jamais la certitude.

¹ Observations relatives à la proposition de loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine, 26 juin 2020, consultables [ici](#).

En complément, nous renvoyons également à la porte étroite que nous avons pu déposer, conjointement avec le Syndicat des avocats de France, devant le Conseil constitutionnel au sujet de cette précédente loi².

1. Analyse technique des dispositions proposées

a. Conformité des dispositions à la Constitution

Au préalable, et bien que le Conseil constitutionnel n'ait pas contesté la qualification de « mesure de sûreté » s'agissant de la loi du mois d'août 2020, nous questionnons à nouveau le fait que les mesures que le projet de loi entend créer s'apparentent à des peines, plutôt qu'à des mesures de sûreté qui sont décidées *a posteriori* de l'exécution de la peine, et ce pour plusieurs raisons :

- elles sont directement en lien avec la commission d'infractions précises et avec la gravité de celles-ci. Il ne s'agit donc pas simplement de prévenir un risque futur mais bien de répondre à un comportement passé ;
- plusieurs des obligations de la mesure se rapprochent des obligations pouvant être prononcées à l'occasion de peines, comme le sursis probatoire ;
- la mesure semble pouvoir comporter un aspect privatif de liberté, dans le sens où la personne peut être astreinte à une prise en charge dans un centre adapté ;
- les objectifs assignés à la mesure sont la prévention de la récidive et la réinsertion de la personne soumise à la mesure, autant d'objectifs que le code pénal assigne également à la peine (cf. article 130-1 du code pénal) ;
- le non-respect de la mesure est puni d'une peine d'un an d'emprisonnement ;
- la mesure est ordonnée par le tribunal de l'application des peines de Paris (et non pas la juridiction régionale de la rétention de sûreté comme cela était prévu dans la précédente loi et dans la proposition de loi déposée au Sénat).

Dès lors, il nous semble que le principe de non-rétroactivité de la loi pénale devrait s'appliquer à ces mesures, qui ne devraient donc pouvoir concerner que les personnes qui commettraient des faits postérieurement à la promulgation de la loi. Cela questionne plus largement le sens d'une telle loi qui actuellement n'est justifiée que par l'hypothèse – discutable également – selon laquelle un certain nombre de condamnés pour des infractions terroristes ne seraient concernés par aucune des mesures de surveillance prévues mais instaurées postérieurement à leur condamnation.

Quand bien même l'on s'en tiendrait au qualificatif de mesure de sûreté (la nouvelle dénomination de la mesure dans le projet de loi ne devant à cet égard tromper personne), tant le projet de loi que la proposition de loi déposée au Sénat tentent de tenir compte des réserves qui avaient pu être formulées par le Conseil constitutionnel dans sa décision 2020-805 DC du 7 août 2020 en termes de stricte nécessité, adaptation et proportionnalité de la mesure envisagée. Pour autant, des difficultés persistent selon nous à ce titre.

- Caractère nécessaire et adapté de la mesure

S'agissant de la stricte nécessité de la mesure envisagée, le Conseil constitutionnel avait pu relever dans sa décision plusieurs écueils de la précédente loi, au regard de l'importance de l'atteinte aux libertés qui pouvaient en résulter :

2 Notre porte étroite sur la loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine, en date du 3 août 2020, consultable [ici](#).

- il n'était nullement exigé préalablement que la personne ait pu bénéficier durant l'exécution de sa peine de mesures de nature à favoriser sa réinsertion ;
- la mesure pouvait être ordonnée y compris lorsque la peine d'emprisonnement était en partie assortie d'un sursis simple, lequel signifie pourtant que la juridiction de jugement n'a pas estimé nécessaire de prononcer une mesure de suivi ;
- la mesure pouvait être renouvelée sans exigence d'éléments nouveaux.

Le projet de loi entend répondre à ces motifs de censure en prévoyant d'une part que la condition pour le prononcé de la mesure est que la personne ait été condamnée à une « peine non assortie du sursis d'une durée supérieur ou égale à 5 ans (...) ou d'une durée supérieure ou égale à 3 ans lorsque l'infraction a été commise en état de récidive légale ». D'autre part, le projet de loi reprend les termes même du Conseil constitutionnel en spécifiant que le tribunal de l'application des peines de Paris ne pourra ordonner ladite mesure « qu'après s'être assuré que la personne condamnée a été mise en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine, de mesures de nature à favoriser sa réinsertion ». Enfin, le projet de loi subordonne la possibilité de renouveler la mesure au-delà d'un an à l'existence d'éléments nouveaux ou complémentaires.

Pour autant, ces ajouts par rapport au texte précédent ne nous semblent pas suffisants pour s'assurer de la stricte nécessité de la mesure prononcée.

Tout d'abord, tout comme la précédente loi, le critère principal pour prononcer de telles mesures de sûreté est celui de la « particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive et par une adhésion persistante à une idéologie ou à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme, faisant ainsi obstacle à sa réinsertion ».

Or, comme l'a regretté la CNCDH dans son avis du 28 juin 2020 relatif à la précédente loi, le critère de « dangerosité » est confus, la commission consultative l'ayant déjà qualifié de « notion émotionnelle dénuée de fondement scientifique » dans son avis sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental, en 2008³.

La tentative de caractériser cette dangerosité ne la rend pas moins floue. En effet, comme nous pouvions déjà le souligner dans nos observations de juin 2020, l'adhésion persistante à une idéologie terroriste apparaît difficile, si ce n'est impossible, à caractériser, sauf à prétendre sonder les âmes.

De la même manière, le critère de la récidive apparaît insuffisamment précis, et ce d'autant plus que la récidive peut être relevée lorsque la personne a été précédemment condamnée pour un délit puni de 10 ans d'emprisonnement ou un crime, et ne signifie donc pas qu'il s'agisse de deux condamnations successives pour des infractions à caractère terroriste, dès lors que le texte ne le précise pas. En outre, il demeure particulièrement hasardeux de prédire les comportements futurs des personnes condamnées, ce qui est pourtant envisagé au travers du critère du « risque de récidive ».

Enfin, il existe en l'état de la rédaction du texte un risque non négligeable de porosité entre les deux critères, à savoir celui du risque de récidive et celui de l'adhésion persistante à une idéologie terroriste. Le second critère de l'adhésion persistante à une idéologie terroriste, si tant est que l'on parvienne à le démontrer, ne risque-t-il pas de servir à motiver le premier, à savoir le risque de récidive ? A notre sens, compte tenu du caractère déjà très flou de cette notion de dangerosité, il est

3 Avis de l'assemblée plénière de la CNCDH du 7 février 2008 sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental.

a minima impératif que le cumul de deux critères distincts soit exigé, ce qui nécessiterait une clarification du texte en ce sens. Par ailleurs, et pour ces mêmes raisons, la formulation actuelle ne permet pas de remplir l'objectif à valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la loi.

S'agissant de l'exigence préalable « que la personne condamnée a été mise en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine, de mesures de nature à favoriser sa réinsertion », il y a lieu de relever son caractère presque incantatoire, au même titre d'ailleurs que l'intitulé donné à ces mesures de sûreté, comme si leur simple dénomination pouvait en elle-même, sans aucune évolution de leur contenu, en faire des mesures de réinsertion.

En effet, rien n'est tout d'abord précisé sur la nature des mesures de réinsertion qui doivent être proposées à la personne et notamment sur leur rapport avec le fait que la personne ait pu commettre des infractions en lien avec une entreprise terroriste, ni sur l'effectivité de la mesure. Si la personne a simplement été mise en mesure de travailler en détention, par exemple, pourra-t-on considérer qu'elle a bénéficié de mesures de nature à favoriser sa réinsertion ? Et si la « mesure de réinsertion » lui a été proposée sur une durée extrêmement courte ?

A cet égard, le texte relatif à la rétention de sûreté, lui-même critiquable, est pourtant bien plus précis puisqu'il prévoit que « la personne condamnée a effectivement été mise en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine, d'une prise en charge médicale, sociale et psychologique adaptée au trouble de la personnalité dont elle souffre ».

La question n'est pas sans fondement car l'état actuel des prisons et l'indigence des moyens mis, de manière globale, sur les mesures de nature à favoriser la réinsertion des condamnés, ne peuvent qu'inquiéter sur la possibilité de remplir la condition posée alors même qu'il s'agit de la manière la plus efficace, bien plus que d'éventuelles mesures de surveillance ou de sûreté, de prévenir la récidive. En outre, le rapport du Contrôleur général des lieux de privation de libertés (CGLPL) de janvier 2020, relatif à la prise en charge pénitentiaire des « personnes radicalisées » et au respect des droits fondamentaux⁴, met en évidence d'une part que les détenus classés comme « radicalisés » ont moins accès que les autres détenus aux possibilités de travailler, de se former ou de faire des activités. D'autre part, si certains établissements pénitentiaires ont mis en place des programmes spécifiques pour la prise en charge de ces détenus, cela n'apparaît pas systématique, loin s'en faut, et l'évaluation en France de ces programmes et des conduites auxquelles ils entendent mettre fin reste embryonnaire.

L'étude d'impact ne peut que renforcer notre inquiétude à ce sujet, celle-ci étant totalement muette sur les moyens qu'il serait nécessaire de mettre en œuvre pour garantir cette possibilité de bénéficier d'une mesure de réinsertion digne de ce nom à tous les condamnés concernés.

Enfin, s'agissant de l'exigence d'éléments nouveaux pour permettre un renouvellement de la mesure, si le projet de loi reprend la formulation exacte du Conseil constitutionnel, à savoir l'exigence d'éléments « nouveaux ou complémentaires », la proposition de loi, elle, n'évoque pas des éléments nouveaux mais « actuels », ce qui n'a pas exactement la même signification et ne garantit pas qu'il s'agit d'éléments différents par rapport au précédent examen de la situation.

S'agissant de la formulation retenue par le projet de loi, elle suscite tout de même des interrogations sur la notion d'éléments complémentaires. Est-ce à dire que des éléments anciens, voire déjà connus, mais non évoqués dans la première décision, pourraient suffire à justifier la prolongation

⁴ Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *Prise en charge des personnes « radicalisées » et droits fondamentaux*, janvier 2020

d'une mesure pourtant fortement attentatoire aux droits et libertés de la personne et ce en l'absence de toute commission d'infraction ?

- Caractère proportionné de la mesure

Le Conseil constitutionnel a également dans sa décision du 7 août 2020 pointé l'importance des atteintes aux libertés causées par ces nouvelles mesures de sûreté ainsi que leur durée très importante.

Le gouvernement en a tiré quelques leçons, en réduisant fortement le champ des obligations pouvant être prononcées, avec notamment l'abandon du placement sous surveillance électronique mobile et du pointage au commissariat par rapport à la précédente loi, et en réduisant la durée maximale de la mesure.

Pour autant, les obligations prévues par le projet de loi demeurent pour le moment relativement floues. En effet, si le projet évoque clairement une obligation de travail ou de formation, une interdiction d'exercer certaines activités professionnelles et une obligation d'établir sa résidence en un lieu déterminé, il est en revanche beaucoup moins aisé de comprendre ce qui est sous-entendu par les termes suivants : « La décision définit les conditions d'une prise en charge sanitaire, sociale, éducative ou psychologique, destinée à permettre la réinsertion et l'acquisition des valeurs de la citoyenneté. Cette prise en charge peut, le cas échéant, intervenir au sein d'un établissement d'accueil adapté ». Le non-respect des conditions en questions pourrait pourtant conduire à considérer que la mesure n'est pas respectée et occasionner des poursuites pénales. Or en l'état du texte et de l'imprécision sur ce plan, il est impossible de s'assurer de la proportionnalité de ces conditions.

Par ailleurs, le fait que la prise en charge puisse intervenir au sein d'un établissement d'accueil adapté, conjuguée au fait qu'il est possible d'obliger la personne à fixer sa résidence en un lieu déterminé, peut être considéré comme une mesure privative de liberté (et non plus seulement restrictive), en fonction de ce qui est sous-entendu sous ce terme « d'établissement d'accueil adapté » et des conditions qui seraient fixées (sortie à certains horaires, ou restrictions de sortie etc), ce qui serait alors très clairement disproportionné.

En outre, au regard de ce qui est prévu dans la proposition de loi présentée au Sénat, il n'est pas non plus improbable que des obligations plus coercitives comme le pointage ou même le placement sous surveillance électronique mobile (bien que pour le moment retiré par amendement) soient ré-introduits par le jeu du débat parlementaire, étant précisé qu'à notre sens la gradation instituée par cette proposition de loi dans le type de mesures pouvant être prononcées demeure illusoire. En effet, le critère prévu pour ordonner les mesures les plus coercitives, à savoir celui de la « particulière dangerosité » ne se distingue pas véritablement du critère initial permettant de prononcer ces mesures de sûreté.

S'agissant de la durée de la mesure, tant le projet de loi que la proposition de loi ont maintenu une durée d'un an renouvelable. Certes, par rapport à la loi d'août 2020, la mesure ne pourra être renouvelée que jusqu'à cinq années, alors que la précédente loi prévoyait de porter cette période à 10 ans pour les personnes condamnées en état de récidive légale. Pour autant, le texte actuel ne fait plus de distinction entre les condamnés récidivistes et les personnes n'ayant été condamnées qu'une seule fois pour de tels faits. Une durée de cinq ans apparaît dans tous les cas toujours excessive, étant rappelé qu'il s'agira de personnes ayant déjà exécuté leur peine en

intégralité et n'étant pas même soupçonnées de tenter de commettre de nouvelles infractions à caractère terroriste (sans quoi l'arsenal coercitif existant dans le cadre des enquêtes pour ce type de fait serait mobilisable).

- Principes constitutionnels en matière de droit des mineurs

Enfin, il y a lieu de souligner que le projet de loi prévoit que ces nouvelles mesures judiciaires de prévention de la récidive terroriste seront applicables aux mineurs, seule la durée maximale de la mesure, renouvellement compris, étant réduite. Cette réduction de la durée n'est pas envisagée pour la mesure initiale et n'est même pas portée à la moitié, comme cela est prévu pour les peines, lorsque les durées sont cumulées. Le projet ne prévoit en revanche aucune adaptation procédurale, ne serait-ce que sur le tribunal compétent pour ordonner la mesure, ni aucune spécificité de la mesure en question lorsqu'elle s'applique à des mineurs (lieux adaptés, suivi par le service de la protection judiciaire de la jeunesse et non le SPIP, adaptation des obligations, etc.). Il en est de même de la proposition de loi déposée au Sénat qui prend uniquement la précaution de prévoir que la mesure serait ordonnée, dans cette hypothèse, par le tribunal pour enfants de Paris.

En ce sens, le projet de loi contrevient totalement aux principes à valeur constitutionnelle qui fondent notre droit des mineurs tels que la spécialisation des acteurs et de la procédure applicable ainsi que l'atténuation de la responsabilité.

b. Mise en œuvre pratique

Sur le plan pratique, la mesure créée par ce projet de loi pose de nombreuses questions et risque de se heurter à plusieurs obstacles.

- Une durée d'évaluation irréaliste

Le projet de loi comme la proposition de loi du Sénat prévoient un délai de trois mois avant la libération de la personne pour que la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté examine la situation de l'intéressé, placé pour une durée minimale de six semaines dans un service d'évaluation spécialisé, qu'elle rende un avis et que le tribunal de l'application des peines de Paris (ou la JRRS dans le cas de la proposition de loi) puisse rendre sa décision après un débat contradictoire.

Un tel délai démontre la méconnaissance totale de la réalité des juridictions et des établissements pénitentiaires. Actuellement, les délais pour disposer de l'avis de la CPMS après affectation des détenus au centre national d'évaluation (CNE), service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues, sont de l'ordre de huit mois, auxquels il convient d'ajouter ensuite les délais de convocation en audience et de prononcé de la décision.

Dès lors, c'est plutôt un délai d'un an qu'il aurait été nécessaire d'envisager qu'un délai de trois mois pour prendre une telle décision, avec des conditions d'évaluations correctes, ce qui est bien le strict minimum au regard du caractère déjà suffisamment imprécis de la notion de dangerosité. Il y a lieu de relever d'ailleurs que c'est bien un délai d'un an qui a été retenu pour la rétention de sûreté, dont le prononcé est soumis à des conditions similaires.

- Des mesures aux contours incertains

Comme évoqué ci-dessus, le contenu des mesures créées par le projet de loi apparaît particulièrement nébuleux et de fait sujet à de multiples interprétations dont il pourrait résulter de graves atteintes aux droits des personnes concernées.

En premier lieu, le texte prévoit que « la décision définit les conditions d'une prise en charge sanitaire, sociale, éducative ou psychologique, destinée à permettre la réinsertion et l'acquisition des valeurs de la citoyenneté. Cette prise en charge peut, le cas échéant, intervenir au sein d'un établissement d'accueil adapté ».

La première question qui se pose est celle de savoir de quel type de prise en charge on parle et de l'accessibilité à celle-ci. Sans les nommer véritablement, le projet de loi semble ici faire référence aux centres de prise en charge individualisée des personnes radicalisées, sur l'efficacité desquels nous avons à l'heure actuelle bien peu de recul.

La seconde question est celle de savoir ce qu'il est entendu par « conditions » de cette prise en charge. S'agit-il ici de fixer de nouvelles obligations ou interdictions à la personne ? Dans quelle limite ? Pourrait-on, par exemple, par le biais de cette formulation imprécise, lui imposer des horaires de sortie du lieu de prise en charge ? Fixer une obligation de soin ?

Aussi, en l'état, ce texte apparaît bien trop flou pour être directement applicable, alors même que ce qu'il semble induire dépasse le cadre réglementaire. Le renvoi à un décret en Conseil d'État pour fixer les modalités d'applications du présent projet de loi n'apparaît donc pas suffisant et la question de la constitutionnalité des dispositions visées se pose.

2. Des mesures gravement attentatoires aux libertés individuelles, dont l'utilité est limitée

Au-delà des risques que cette loi comporte d'atteinte à des principes à valeur constitutionnelle, l'utilité même de la mesure doit être interrogée.

Dans un contexte où la « menace terroriste » continue d'alimenter le débat public volontairement électrisé par les exécutifs successifs maniant avec brio le discours de la peur, le législateur tend à multiplier les dispositifs qui permettraient de s'en protéger. C'est donc dans un domaine caractérisé par une surproduction législative que s'inscrit cette loi. Il est dès lors nécessaire de se référer à l'existant pour se questionner sur l'utilité réelle de cette mesure.

a. Des mesures qui viennent s'ajouter à un panel déjà très large de mesures existantes

Si la nécessité de prévenir la commission d'actes à caractère terroriste est indéniable, la gravité de ces actes ne dispense pas néanmoins d'apprécier la stricte nécessité des mesures prévues pour y parvenir. Il convient notamment d'apprécier si les dispositions déjà existantes n'apparaissent pas suffisantes pour parvenir à cet objectif.

Alors que Madame Yaël Braun-Pivet, à l'occasion du vote de la loi d'août 2020, parlait d'un « vide juridique indéniable », il apparaît au contraire que ces dernières années ont été marquées par une inflation législative concernant la prévention du terrorisme.

Cette hypertrophie tant pénale qu'administrative, en plus de participer au manque d'intelligibilité de la loi, n'est pas nécessaire et peut s'avérer contre-productive.

Le Conseil d'État lui-même, dans son avis du 11 juin 2020 relatif à la précédente proposition de loi, avait pu questionner l'intérêt de venir créer de nouvelles mesures : « *La dimension fortement préventive de ces infractions, même si elle ne rend pas par elle-même inutile la création de mesures préventives de sûreté dans ce domaine, en limite nécessairement l'intérêt.* »

- Outils existants dans le champ pré-sentenciel

Les infractions prévues aux articles 421-2-1 et suivants du Code pénal viennent réprimer comme des actes terroristes des agissements qui interviennent bien en amont de l'acte terroriste en tant que tel, voire en amont de sa préparation, l'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste en étant devenu le parfait exemple.

Ainsi, notre droit pénal, indépendamment de toute mesure de sûreté, permet d'ores et déjà de mener des enquêtes et des instructions, d'ordonner le cas échéant des mesures coercitives, et de prononcer des condamnations pour des faits qui interviennent bien en amont d'un acte terroriste. Comme le Conseil constitutionnel l'a d'ailleurs rappelé dans ses décisions des 10 février 2017, 15 décembre 2017 et 19 juin 2020, « *les magistrats et enquêteurs disposent de pouvoirs étendus pour procéder à des mesures d'interception de correspondances émises par voie de communication électronique, de recueil des données techniques de connexion, de sonorisation, de fixation d'images et de captation de données informatiques. Par ailleurs, sauf pour les faits réprimés par l'article 421-2-5 du code pénal, des dispositions procédurales spécifiques en matière de garde à vue et de perquisitions sont applicables* »⁵.

Si l'on peut contester le principe selon lequel notre droit pénal vient maintenant réprimer des comportements qui relèvent davantage de l'intention que de l'acte positif, en l'état actuel du droit, on ne peut que s'interroger sur la nécessité de la mesure créée par la présente loi dont les conditions de mises en oeuvre (une dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive ET une adhésion persistante à une idéologie ou à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme) nécessitent pour être objectivées de disposer d'éléments qui, dans certains cas, pourraient permettre en eux-mêmes, de diligenter une enquête et donc de prévenir le risque de survenance d'un acte terroriste, peut-être plus efficacement d'ailleurs qu'une mesure de sûreté qui ne ferait qu'éveiller la méfiance de la personne ainsi suivie. A l'inverse, si le législateur entendait permettre l'application de ces mesures aux cas où l'on ne dispose pas de suffisamment d'éléments objectifs pour diligenter une telle enquête, cela ne ferait que conforter l'idée que la mesure qu'il entend instaurer serait prononcée de manière purement arbitraire.

- Outils existants dans le champ post-sentenciel

Les peines susceptibles d'être prononcées, ou les modalités d'exécution de celles-ci permettent déjà d'assurer une surveillance des personnes dont on craint le risque de récidive. Il s'agit notamment du suivi socio-judiciaire, dont le prononcé est, depuis la loi du 10 août 2020, devenu systématique en matière d'infractions à caractère terroriste, sauf motivation spécifique contraire de la juridiction. Il s'agit aussi des aménagements de peine, ou encore de la surveillance judiciaire, qui permettent justement de répondre à la préoccupation du législateur pour la présente loi qui était d'éviter les sorties sèches. Il est vrai que la surveillance judiciaire ne peut s'appliquer

⁵ Cons. Constit., 10 février 2017, n°2016-611 QPC, cons. 9

aux auteurs d'infractions terroristes que dans l'hypothèse où ils obtiendraient des réductions supplémentaires de peine, dans la mesure où la loi n°2016-987 du 21 juillet 2016 les a exclus du bénéfice des crédits de réduction de peine. L'on assiste à une situation paradoxale où le législateur justifie une inflation législative et la création de nouvelles mesures portant atteinte à la liberté individuelle pour pallier le fait qu'il a lui-même précédemment exclu le public visé des mesures déjà existantes ayant la même finalité. Il s'agit enfin de l'inscription au fichier national des auteurs d'infractions terroristes (FIJAIT) qui n'impose certes pas des obligations aussi extensives que celles prévues dans la présente loi, ni de prise en charge particulière, mais qui permet déjà un traçage et apparaît davantage proportionnée au fait qu'il n'est, à ce stade, reproché aucun acte concret à la personne visée.

Enfin, la loi a d'ores et déjà instauré des mesures de sûreté, applicables aux auteurs d'infractions terroristes, que sont la rétention et la surveillance de sûreté.

S'il est vrai que la loi a prévu que les mesures nouvellement créées ne s'appliqueraient pas aux personnes déjà sous le coup d'un suivi socio-judiciaire, d'une mesure de surveillance judiciaire, d'une surveillance de sûreté ou encore d'une rétention de sûreté, cela semble davantage prévu pour s'assurer que ce sont les mesures existantes, permettant le plus d'options en termes d'obligations et interdictions imposées à la personne, qui seront utilisées en priorité, par rapport aux mesures nouvellement créées.

Cette précision réduit néanmoins d'autant le nombre de personnes susceptibles d'être concernées par la nouvelle mesure de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion. En effet, l'étude d'impact indique qu'elles pourraient concerner au maximum 163 personnes libérables entre 2020 et 2023, et donc en réalité 146 personnes, déduction faite de celles déjà libérées courant 2020. Parmi ces 146 personnes, l'étude d'impact ne mentionne pas celles qui bénéficient déjà d'une autre mesure judiciaire et qui seront donc de fait exclues du bénéfice du nouveau dispositif. Il s'agit donc d'une mesure créée pour moins de 150 personnes, alors même que d'autres outils existent d'ores et déjà.

- Outils existants dans le champ administratif

L'autorité administrative dispose elle aussi de pouvoirs déjà très étendus de surveillance dans l'objectif de prévenir la commission d'actes de terrorisme. Ainsi, *“en application du 4 ° de l'article L. 811-3 du Code de la sécurité intérieure, les services spécialisés de renseignement peuvent recourir aux techniques mentionnées au titre V du livre VIII de ce même Code pour le recueil des renseignements relatifs à la prévention du terrorisme. Ces services peuvent accéder à des données de connexion, procéder à des interceptions de sécurité, sonoriser des lieux et véhicules et capter des images et données informatiques. (...) Enfin, conformément au chapitre VIII du titre II du livre II du Code de la sécurité intérieure, l'autorité administrative peut, aux fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme, prescrire des mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance à toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics et qui soutient, diffuse, lorsque cette diffusion s'accompagne d'une manifestation d'adhésion à l'idéologie exprimée, ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes.”*⁶

⁶ Cons. Constit., 19 juin 2020, n°2020-845 QPC, cons. n°19 et 21

Les articles L. 228-1 et L. 228-2 du Code précité tels qu'issus de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, applicable jusqu'en juillet 2021 prévoient diverses mesures (les MICAS) : assignation à résidence prenant la forme d'une interdiction de se déplacer à l'extérieur d'un périmètre géographique déterminé qui ne peut être inférieur au territoire d'une commune ; obligation de se présenter aux services de police ou aux unités de gendarmerie dans la limite d'une fois par jour ou, en dispense de cette mesure, et avec l'accord de la personne, placer celle-ci sous surveillance électronique mobile ; obligation de déclarer son lieu d'habitation et tout changement de lieu d'habitation.

L'étude d'impact indique que près de 80 % des MICAS en vigueur au 31 octobre 2020 concerneraient des sortants de prison.

Nous avons largement dénoncé l'existence de ces mesures et demandons leur suppression. Le projet de loi tend au contraire, dans le même temps que des mesures de sûreté judiciaires seraient instituées, à les inscrire définitivement dans le droit commun et à prévoir des conditions encore plus restrictives de libertés dans leur mise en oeuvre. Dans les faits, la juxtaposition de mesures quasi identiques susceptibles d'être prononcées par le juge judiciaire et l'administration, selon des critères eux aussi quasiment identiques, poursuit l'évolution délétère qui a débuté il y a quinze ans, en brouillant le rôle du juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle selon la Constitution. Le simple constat de la similarité de ces mesures devrait, si l'intention de poursuivre l'affichage d'un volontarisme effréné en matière de lutte contre le terrorisme ne faisait pas perdre la boussole à nos élus, conduire le législateur à prendre conscience qu'il fait fausse route.

On assiste ainsi à un empilement de mesures, source de la plus grande confusion, chaque nouvelle loi cherchant à pallier les soi-disant « trous » de la précédente, pour permettre une surveillance de plus en plus généralisée, sans que jamais le bilan de l'utilité réelle de ces mesures ne soit fait.

L'un des arguments venant justifier ce doublon est que les MICAS sont insuffisantes en ce que trop réduites dans le temps - que le gouvernement souhaite pourtant, contre l'avis du Conseil d'Etat, étendre à deux ans pour les sortants de prison. Cet argument nous semble périlleux.

En effet, la limitation dans le temps d'une telle mesure restrictive de liberté s'explique justement par le caractère purement prédictif de ses critères et l'exigence de proportionnalité. Le législateur a ainsi soumis le renouvellement de la MICAS à des « raisons sérieuses » et à l'existence de comportements détaillés à l'article L228-1 du code de la sécurité intérieure.

Autrement dit, si les soupçons émis par le Ministère de l'intérieur à l'encontre de la personne concernée s'avéraient fondés, celle-ci ne ferait plus l'objet d'une mesure de contrôle mais d'une poursuite pénale.

De plus, le législateur a souhaité dans le cadre administratif, encadrer de telles atteintes aux libertés en prévoyant une gradation dans le temps. Ainsi, l'arrêté portant MICAS est d'une durée de trois mois, renouvelable dans la limite d'une année (ou bientôt deux selon le projet de loi). Lors de son premier renouvellement, le ministère de l'Intérieur est tenu de justifier de la continuité de la menace. Lors du second renouvellement, il doit se fonder sur des éléments nouveaux ayant trait à la menace terroriste.

La mesure créée par le projet de loi ne répond pas à un tel encadrement dans le temps puisqu'elle est ordonnée pour une durée d'un an, durant laquelle aucun réexamen de la situation la personne

visée n'est prévu. De plus, cette mesure peut être renouvelée tous les ans, selon des critères de renouvellement qui, comme on l'a vu plus haut, apparaissent moins exigeants.

Or, au-delà de la disproportion de la mesure que cela induit, il n'apparaît pas non plus nécessaire de disposer de mesures dont la durée serait bien plus longue que celle des MICAS. En effet, dans son rapport d'avril 2020 intitulé "Overblown: Exploring the Gap Between the Fear of Terrorist Recidivism and the Evidence – Combating Terrorism Center at West Point", le chercheur Thomas Renard explique que la récidive terroriste "survient dans la plupart des cas dès les premiers mois après la libération."

En conséquence des éléments qui précèdent, au regard des infractions existantes, des moyens d'enquête et de surveillance pouvant être déployés dans le champ pénal comme dans le champ administratif, les mesures créées par la présente loi n'apparaissent pas nécessaires.

b. Des mesures dont la pertinence en termes de prévention de la récidive et de réinsertion questionne

Il convient de noter en préambule que l'étude la plus récente relative à la récidive des personnes condamnées à de l'emprisonnement pour des faits de terrorisme entre 1991 et 2019 en Belgique (aucune étude n'a été effectuée en France) conclut à un taux de récidive très faible de l'ordre de 3 % alors qu'il se situe pour les condamnés de droit commun autour de 30 % dans une conception large de la récidive (au sens de réitération).

Même minime, ce risque ne doit néanmoins pas être pris à la légère au regard de la gravité des infractions concernées et du risque élevé d'atteinte à la vie d'autrui qu'elles comportent. Pour autant, cela ne justifie pas d'instaurer n'importe quelle mesure, sans réflexion sur l'impact réel qu'elle pourrait avoir en termes de prévention de la récidive. En l'espèce, la possibilité pour la mesure en question de parvenir à cet objectif apparaît pour le moins incertaine, voire contre-productive.

S'agissant des obligations ou interdictions que peut comporter la mesure, rien ne permet d'affirmer qu'une personne qui les respecterait serait moins susceptible de commettre des actes de nature terroriste. Inversement, le non-respect des obligations en question ne nous renseigne pas véritablement sur le risque potentiel de récidive de la part de cette personne.

Au contraire, il existe un risque important qu'une personne qui envisagerait véritablement de commettre de nouveau des infractions à caractère terroriste, se sachant spécifiquement surveillée, mette en place des stratégies pour se conformer aux obligations d'une part, et prenne encore davantage de précautions, ce qui pourrait *in fine* compliquer la tâche des services de renseignement ou de police pour parvenir à éviter la commission de l'infraction.

En outre, comme on l'a vu, ces mesures pourraient finalement faire doublon avec les MICAS, ordonnées dans un cadre administratif, voire entrer en contradiction avec elles, au point que le présent projet de loi a cru nécessaire d'ajouter une précision à l'article L228-6 du code de la sécurité intérieure selon laquelle la définition des obligations prévues dans les MICAS « tient compte, dans le respect des principes de nécessité et de proportionnalité, des obligations déjà prescrites par l'autorité judiciaire ».

S'agissant de l'aspect « réinsertion » de la mesure, il est en l'état du texte bien trop flou pour pouvoir apprécier la réalité de la prise en charge qu'il s'agit de proposer.

Enfin, le fait que le texte prévoie une nouvelle infraction, sanctionnée d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende en cas d'inobservation des obligations et interdictions prévues par la mesure illustre la logique réelle derrière cette proposition de loi : se rassurer en se donnant les moyens d'incarcérer à nouveau des personnes qu'on préférerait voir disparaître, y compris sur des motifs étrangers à la réalité d'une volonté persistante de commettre des actes terroristes.

La peur collective soumet les juridictions à une forte pression, de sorte que certaines personnes soumises à une MICAS ont été condamnées à de l'emprisonnement ferme pour de simples retards par rapport aux horaires fixés. Or le cumul successif et parfois dans le même temps de mesures judiciaires et administratives soumet ces personnes à des obligations très contraignantes, pendant de longues durées, contraintes parfois difficilement compatibles avec une vie normale (travail, vie familiale), de sorte que le respect scrupuleux et quotidien des conditions posées est malaisé.

Cette création d'une nouvelle infraction, se situe dans la logique de la prolifération d'un droit « para pénal », que nous avons déjà dénoncée à propos des infractions sanctionnant le non respect des MICAS. Les mesures de sûreté, qu'elles soient décidées par le juge judiciaire ou l'autorité administrative, ont pour objet principal de créer des mesures de contrôle dont le non-respect permettra une nouvelle éviction de la collectivité, afin d'en exclure indéfiniment certaines personnes jugées trop dangereuses et irrécupérables.

c. Des alternatives possibles

Si l'on peut comprendre que les pouvoirs publics souhaitent agir pour prévenir la commission d'actes de terrorisme, d'autres voies que la création d'une énième mesure de sûreté doivent à notre sens être privilégiées.

En premier lieu, l'existence potentielle d'un besoin de suivi après l'exécution de la peine devrait, inciter à réfléchir au fait que la peine d'emprisonnement sans autre mesure de suivi ou d'aménagement de peine ne constitue pas la sanction adaptée dans la perspective de la prévention de la récidive, et donc à rétablir les possibilités d'aménagements de peine que le législateur a supprimées.

Il convient dans un premier temps de relever que si la juridiction ayant prononcé une peine n'a pas jugé utile de l'assortir d'une mesure de suivi, alors qu'elle disposait au moment de la condamnation des éléments concernant la personnalité de la personne condamnée, ce n'est vraisemblablement pas parce qu'elle n'a pas eu en tête la prise en compte du risque de récidive.

Ensuite, l'abrogation de la disposition supprimant les crédits de réduction de peine, permettrait de parvenir au même résultat qu'une mesure de sûreté tout en restant dans le cadre de la peine, sans créer un nouvel outil juridique aux contours imprécis. Par ailleurs, il convient de rappeler que les crédits de réduction de peine (du moins si tant est qu'ils ne soient pas supprimés par le biais du projet de loi pour la confiance dans la justice) peuvent être retirés au regard du comportement en détention. Désormais, les condamnés pour des faits en lien avec le terrorisme ne peuvent bénéficier que des réductions supplémentaires de peine octroyées pour les efforts fournis en détention. L'absence de bénéfice de crédits de réduction de peine et le suivi quasi systématique en sortie de

détention sur la durée des RSP (en surveillance judiciaire notamment), si celles-ci sont accordées, ont un effet dissuasif de tout effort de réinsertion à fournir en détention alors que tant les CRP que les RSP sont censés avoir au contraire un effet incitatif.

En tout état de cause, on perçoit difficilement l'intérêt en termes de réinsertion et de compréhension de l'acte, d'obliger quelqu'un pendant plusieurs années à fixer sa résidence en un endroit déterminé, ou à répondre à des convocations régulières du service pénitentiaire d'insertion et de probation dans le seul but de contrôler sa situation. Certes, la mesure prévoit une prise en charge sanitaire, sociale, éducative, ou psychologique, mais dont on a vu que le contenu précis n'est en l'état pas défini. Il est ainsi permis de se demander, dans la mesure où la spécificité des crimes et délits terroristes reste à démontrer en termes de passage à l'acte et de réitération, plusieurs études ayant montré la diversité des parcours et des profils des personnes concernées, s'il ne serait pas plus efficace de maintenir les condamnés à de tels faits dans le droit commun et de permettre la mise en place d'aménagements de peine (préparés, adaptés à leur personnalité, et individualisés) dont tout manquement pourra être rapidement repéré ou sanctionné et dont la mise en œuvre serait bien plus à même de prévenir la récidive que des mesures de pur contrôle et de stigmatisation.

Cela n'est actuellement pas possible, dans la mesure où la loi du 21 juillet 2016 a très fortement restreint les possibilités d'aménagement de peine pour les personnes condamnées pour des infractions à caractère terroriste au point de les rendre quasiment impossibles pour les personnes condamnées à des infractions de ce type de nature correctionnelle, avec des durées de détention plus courtes. De fait, la préparation de la sortie n'est absolument pas investie, faute de perspective à ce niveau, ce qui conduit à des sorties sèches, venant aujourd'hui justifier la création de nouvelles mesures de sûreté postérieures à la peine. Plutôt que de bouleverser à nouveau notre ordonnancement juridique en imposant des mesures qui ne pourront qu'être perçues comme une prolongation injustifiée de la peine, la possibilité de revenir à un régime plus proche de celui du droit commun de l'aménagement des peines pour ces détenus doit être envisagée.

En second lieu, et quand bien même les possibilités d'aménagement de peine seraient plus répandues pour ces détenus, il convient également, pour préparer au mieux la sortie, sous quelque forme qu'elle soit, d'améliorer les conditions de leur prise en charge en détention. En effet, le rapport du CGLPL de janvier 2020⁷ met en évidence que la prise en charge des détenus auteurs d'infraction à caractère terroriste peut se révéler particulièrement stigmatisante et freiner les possibilités de réinsertion. Ainsi, il ressort de ce rapport que les personnes catégorisées « TIS » sont soumises à des mesures de contrôle particulièrement importantes en détention, en fonction des établissements : fouilles à nu systématique, placement à l'isolement en continu, impossibilité ou très grande difficulté à accéder aux activités et au travail, confiscation de livres religieux pourtant en vente libre, transfèrements annoncés à la dernière minute, etc. Un tel traitement non seulement ne favorise absolument pas la réinsertion de la personne mais peut même accroître un sentiment d'injustice et dès lors renforcer la personne dans son éventuelle « radicalisation »⁸.

L'affectation en quartier d'évaluation de la radicalisation (QER) n'y change rien, les règles de sécurité qui s'y pratiquent rendant ces quartiers très similaires à des quartiers d'isolement (caillebotis aux fenêtres, limitation des effets personnels en cellule, interdiction de certains objets, promenades limitées, avec peu de personnes, limitation des créneaux de parler, etc.), outre que le temps consacré à l'évaluation limite d'autant les autres activités qui pourront être proposées

⁷ Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *Prise en charge des personnes « radicalisées » et droits fondamentaux*, janvier 2020

⁸ Ce concept étant lui-même particulièrement flou et mal défini, comme cela ressort du rapport précité.

(absence d'accès à la bibliothèque, réduction des possibilités d'accès au terrain de sport, limitation des possibilités d'accéder au travail ou aux autres activités, etc.).

Seuls les quartiers de prévention de la radicalisation (QPR) offrent un accès un peu plus ouvert à d'autres activités, tout en demeurant très proches des quartiers d'isolement en termes de conditions de sécurité. Les détenus doivent également y participer à des activités qualifiées par le SPIP comme « processus de désengagement », perçues comme plus ou moins imposées.

En outre, le CGLPL note une forte disparité d'un établissement à l'autre, et une absence de cohérence dans le suivi de la personne. Ainsi, il apparaît fréquent que les préconisations d'orientation formulées à l'issue du passage en QER ne soient pas suivies et de manière générale, l'administration pénitentiaire ne paraît pas avoir de visibilité sur le parcours de ces détenus, ce qui conduit finalement le CGLPL à conclure que « l'affectation post-QER apparaît davantage comme un outil de gestion de la détention qu'un outil permettant la prise en charge des personnes évaluées ».

Aussi, s'il est compréhensible que les agressions qui ont pu avoir lieu en détention à l'encontre de surveillants aient contribué à une telle évolution, il apparaît néanmoins urgent de revoir ces dispositifs pour permettre une véritable préparation de la sortie de détention de ces personnes, ce qui éviterait d'avoir à inventer de nouvelles mesures qui d'ailleurs ne pourront s'appliquer en l'état puisque dans nombre de cas, les personnes concernées n'ont absolument pas été mises en mesure de bénéficier pendant leur détention de mesures de nature à favoriser leur réinsertion. De même, il apparaît important de pérenniser les programmes de prévention de la radicalisation violente qui ont vu le jour dans certains établissements, en les professionnalisant davantage, leur contenu demeurant en l'état relativement flou et les évaluations à leur sujet encore peu développées.