

**CONTRIBUTION EXTERIEURE (DITE « PORTE ETROITE ») AUPRES DU CONSEIL
CONSTITUTIONNEL SUR LA SAISINE N° 2021-822 DC DU 22 JUILLET 2021**

Loi relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement

Produite par :

- **le Syndicat de la magistrature**
- **le Syndicat des avocats de France**

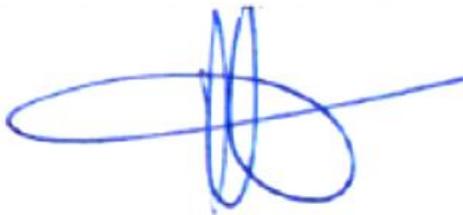
Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel,

Par la présente contribution extérieure, nos organisations entendent faire valoir les observations suivantes à l'encontre des dispositions du texte susvisé.

Paris, le 27 juillet 2021,

Katia Dubreuil,

Présidente du Syndicat de la magistrature



Estellia Araez,

Présidente du Syndicat des avocats de France



TABLE DES MATIERES

Partie 1. La pérennisation et l'aggravation des dispositions du code de la sécurité intérieure (article 4)	3
I. Sur la violation du principe de proportionnalité résultant des dispositions de l'article 4-I-1-c (prolongation des MICAS à deux ans pour les sortants de prison)	4
II. Sur les violations du principe de nécessité et d'intelligibilité de la loi résultant de la combinaison des dispositions sur les MICAS et des mesures de sûreté judiciaire pour les sortants de prison (article 4 I-4)	5
Partie 2. La mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion (article 6)	9
I. Violation des principes de légalité des délits et des peines et de non rétroactivité	10
II. Des mesures qui n'apparaissent ni nécessaires, ni adaptées, ni proportionnées	17
III. Des mesures applicables aux mineurs et contrevenant aux principes à valeur constitutionnelle fondant le droit des mineurs	29
IV. Une violation des principes à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et de clarté de la loi	33
Partie 3. Le droit de communication aux préfets et services de renseignement des informations relatives aux soins psychiatriques sans consentement (article 7).....	34
I. Contexte.....	34
II. Discussion.....	37
CONCLUSION.....	45

PARTIE 1. LA PERENNISATION ET L'AGGRAVATION DES DISPOSITIONS DU CODE DE LA SECURITE INTERIEURE (ARTICLE 4)

Le Syndicat de la magistrature et le Syndicat des avocats de France s'étaient opposé, aux côtés de nombre d'organisations et d'associations, à la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, dite loi SILT, adoptée définitivement le 30 octobre 2017 pour permettre au Gouvernement de l'époque de sortir d'un état d'urgence qui avait trop duré, sans perdre les mesures coercitives d'exception que ce régime exorbitant permettait de mobiliser.

L'étude d'impact qui avait précédé son adoption reconnaissait en effet que le législateur intégrait au droit commun les outils de l'état d'urgence, en admettant que l'objectif de l'adoption du texte n'était autre que de permettre aux services de police et de renseignement de continuer à utiliser les techniques de « déstabilisation des réseaux terroristes ».

Ces dispositions constituent, après d'autres mais de manière cruciale, une évolution radicale de la police administrative. Inspirée par un principe de précaution incompatible avec la matière à laquelle il s'applique, cette évolution est une rupture fondamentale avec les principes démocratiques de l'intervention étatique, fondée sur un droit pénal d'interprétation stricte et une police administrative mesurée.

Notre conviction en la matière est renforcée par la lecture de l'étude d'impact de la loi attaquée, qui tente vainement de démontrer l'utilité dans la lutte contre le terrorisme, d'une part, et l'innocuité pour les libertés fondamentales, d'autre part, de ces mesures. Nous estimons qu'aucun de ces deux objectifs n'est atteint par ces dispositions mises en œuvre depuis trois ans.

Au contraire, au fil de l'étude d'impact, le gouvernement admet lui-même en filigrane que certaines de ces mesures peuvent être contre-productives par rapport au travail de renseignement dans le champ de la lutte contre le terrorisme.

Comme le rappelle l'étude d'impact, « *en raison du caractère novateur de ces mesures qui accroissent de manière significative les pouvoirs de l'autorité de police administrative, l'article 5 de la loi a subordonné leur exécution à une information permanente du Parlement, à une évaluation annuelle et a limité leur durée d'application au 31 décembre 2020, puis au 31 juillet 2021, leur pérennisation étant subordonnée à l'appréciation de leur caractère nécessaire, adapté et proportionné* ».

Le gouvernement reconnaît ainsi lui-même que les pouvoirs de la police administrative sont accrus « *de manière significative* ». Toute la première partie de l'étude d'impact a pour objet, avant de présenter les quelques évolutions projetées, d'analyser l'utilisation et les effets des dispositions de la loi SILT mises en œuvre depuis le 1er novembre 2017, afin de démontrer qu'elles étaient « *nécessaires, adaptées et proportionnées* ».

Si l'étude d'impact comporte sur ce pan du projet de loi des éléments factuels nombreux, précis, et intéressants, l'analyse qui en est faite ne convainc pas sur le fond.

Le Conseil constitutionnel a, dans deux décisions intervenues à la suite de questions prioritaires de constitutionnalité, validé l'essentiel des mesures de la loi SILT.

Cependant, le texte attaqué voté par le parlement a non seulement prévu l'instauration, parallèlement aux MICAS, de mesures de sûreté visant les auteurs d'infractions terroristes après leur détention, mais aussi modifié la durée des MICAS prononcées à l'encontre de ces mêmes sortants de prison contre l'avis rendu par le Conseil d'Etat sur le projet de loi.

La coexistence dans notre ordre juridique de mesures administratives et judiciaires très semblables dans les conditions de leur prononcé et dans leur contenu pose la question de la nécessité et de l'intelligibilité de la loi (II). Par ailleurs, la durée des MICAS portée à deux ans viole le principe de proportionnalité (I).

I. SUR LA VIOLATION DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE RESULTANT DES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 4-I-1-C (PROLONGATION DES MICAS A DEUX ANS POUR LES SORTANTS DE PRISON)

Cette disposition entre directement en contradiction avec votre décision n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018, comme le Conseil d'Etat l'a relevé dans son avis sur le projet de loi.

Vous aviez ainsi considéré que « En quatrième lieu, le législateur a limité la durée de la mesure prévue à l'article L. 228-5. Elle ne peut être initialement prononcée ou renouvelée que pour une durée maximale de six mois. Au-delà d'une durée cumulée de six mois, son renouvellement est subordonné à la production par le ministre de l'intérieur d'éléments nouveaux ou complémentaires. La durée totale cumulée de l'interdiction de fréquenter ne peut excéder douze mois. Compte tenu de sa rigueur, cette mesure ne saurait, sans méconnaître les exigences constitutionnelles précitées, excéder, de manière continue ou non, une durée totale cumulée de douze mois ».

Non seulement la rigueur de ces mesures n'a pas été atténuée par la présente loi, mais celle-ci prévoit au contraire que de nouvelles obligations peuvent être prononcées par l'administration, de nature à porter atteinte à la liberté d'aller et venir, notamment l'interdiction de se rendre dans certains lieux à l'intérieur du périmètre fixé par la mesure.

Le Conseil d'Etat a par ailleurs relevé que « si le projet prévoit que le renouvellement au-delà de douze mois, par période maximale de trois mois, est subordonné à l'existence d'éléments complémentaires ou nouveaux, cette exigence, que le Gouvernement justifie pour assurer la constitutionnalité de la mesure, interroge sur la nécessité de celle-ci dès lors que la réunion

d'éléments nouveaux et complémentaires tous les trois mois paraît en pratique extrêmement difficile à réaliser ».

Il existe effectivement dans les faits une contradiction dans la justification avancée par le gouvernement dans l'étude d'impact concernant cette mesure : les sortants de prison y sont décrits comme les profils les plus lourds, le gouvernement expliquant qu'ils feraient œuvre de dissimulation afin d'empêcher la découverte de nouveaux éléments à même de justifier la prolongation des MICAS au-delà de 6 mois... avant précisément et immédiatement de solliciter que la durée de ces prolongations puisse être portée à deux ans.

Au-delà du caractère absurde d'une telle disposition, elle encourt la censure au regard du principe de proportionnalité, les mesures ordonnées étant attentatoires à la liberté d'aller et venir, au droit de mener une vie familiale normale et au droit au respect de la vie privée.

Le Conseil d'Etat relève également à propos de cette disposition : *« Enfin, les aménagements apportés au droit pénal ces dernières années afin de judiciariser plus précocement les personnes susceptibles de passer à l'acte terroriste sont de nature à répondre aux objectifs recherchés par le Gouvernement à travers cette mesure. Le Conseil d'Etat ne retient pas en conséquence cette disposition. »*

Ce raisonnement est d'autant plus convaincant que la loi introduit par ailleurs dans notre ordre juridique un nouveau type de mesures : les mesures de sûreté pour les détenus en matière de terrorisme à la sortie de leur détention.

II. SUR LES VIOLATIONS DU PRINCIPE DE NECESSITE ET D'INTELLIGIBILITE DE LA LOI RESULTANT DE LA COMBINAISON DES DISPOSITIONS SUR LES MICAS ET DES MESURES DE SURETE JUDICIAIRE POUR LES SORTANTS DE PRISON (ARTICLE 4 I-4)

Il convient de relever à titre liminaire que le gouvernement reconnaît, dans certaines parties de l'étude d'impact, que les dispositions de la loi SILT ont pu être détournées de leur objet dans certaines circonstances. Ainsi, concernant les périmètres de sécurité, l'étude d'impact débute par un *mea culpa* du gouvernement qui reconnaît que ces mesures ont été - dans un premier temps seulement selon lui - détournées de leur objet :

« Compte tenu de la nécessité pour les préfets de continuer à assurer un niveau de sécurité aussi élevé que sous l'état d'urgence et en l'absence de doctrine d'emploi sur ce dispositif, du fait même de son caractère novateur, les périmètres de protection ont pu, dans un premier temps, être parfois utilisés dans un but étranger à la seule prévention du terrorisme ou selon un mode permanent, aux lieu et place d'autres réglementations spéciales permettant d'atteindre le même objectif (points d'importance vitale, gares, installations portuaires et aéroportuaires).

Les premiers arrêtés souffraient en outre de quelques défauts de conception ou de rédaction ».

« Le rappel aux préfets des conditions dans lesquelles il devait être fait usage de cette mesure ainsi que des différents dispositifs de sécurisation auxquels il pouvait être fait appel en fonction du type d'installation a permis de renforcer rapidement la sécurité juridique des décisions préfectorales et de rééquilibrer l'usage du périmètre de protection. »

Nos organisations avaient alerté sur le risque de tel détournement lors de l'examen initial de la loi SILT. Au regard du caractère flou des conditions posées, tout espace public étant susceptible d'être le siège d'une attaque terroriste, d'autant que certains individus isolés s'en prennent à des victimes peu nombreuses et ne cherchent pas à frapper dans des lieux d'affluence, ce texte constitue une base légale pour opérer des contrôles sans condition et en tous lieux.

Nous avons d'ailleurs très vite dénoncé, au moment de sa mise en oeuvre, son utilisation à des fins étrangères à la lutte contre le terrorisme, par exemple la lutte contre l'immigration illégale dans les zones frontalières.

Aussi ne serons-nous pas particulièrement rassurés de lire que ces détournements ont pu avoir lieu « *en l'absence de doctrine d'emploi sur ce dispositif* », et qu'un « *rappel aux préfets* » a permis d'y mettre fin. Un texte qui ne permet pas en lui-même d'éviter des détournements ne saurait être considéré comme satisfaisant, ni suffisamment protecteur des libertés, si l'autorité administrative peut l'utiliser comme bon lui semble et aux fins qu'elle a choisies.

Il nous apparaît ainsi que cet aveu du gouvernement signe le défaut de clarté et d'intelligibilité de la loi, alors que la liberté d'aller et venir est restreinte par ces mesures. Ces dispositions ont cependant déjà été déclarées conformes à la Constitution.

Ce défaut de clarté et d'intelligibilité de la loi peut en revanche être soulevé au regard du caractère nouveau de la juxtaposition, dans notre ordre juridique, de dispositifs administratifs et judiciaires mis en oeuvre dans un objectif semblable, comportant des critères et un contenu des mesures similaires : les MICAS et la mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion.

Le gouvernement indique d'ailleurs dans l'étude d'impact au sujet des sortants de prison que « *afin de favoriser leur suivi, un dispositif d'anticipation et de prise en compte, par les services, des sorties de ces individus a été mis en place dès juillet 2018. Une unité permanente a été créée au sein de l'unité de coordination de la lutte antiterroriste (UCLAT) et un comité de suivi rassemblant des représentants des services des ministères de l'intérieur et de la justice se réunit tous les mois pour envisager, au regard des mesures judiciaires mises en place, les modalités de suivi sur le plan administratif des personnes dont la libération est proche. Il s'agit ainsi d'éviter tout conflit négatif de compétence et de s'assurer d'un suivi effectif par un service à l'issue de l'incarcération* ».

Ainsi donc, lorsqu'un juge judiciaire détermine les mesures qu'il estime proportionnées pour répondre à une infraction pénale commise, et favoriser la réinsertion du condamné, l'administration, dont la vocation est par nature préventive, peut venir y ajouter par des mesures plus longues et contraignantes que la peine. Ce complément de peine administratif est même benoîtement organisé par une entité au sein de l'UCLAT, ce service relevant du ministère de l'Intérieur devenant ainsi une espèce de Tribunal des conflits sauvage.

L'étude d'impact comporte un autre élément démontrant la confusion entre ces mesures dont l'objectif et les modalités sont semblables : **le gouvernement ne dissimule pas qu'il s'est interrogé sur le point de savoir si la prolongation d'une MICAS au delà de deux ans pour les sortants de prison devait être contrôlée par le juge administratif ou le juge judiciaire.** C'est dire à quel point l'imbrication des deux logiques mène à une impasse. C'est finalement le juge administratif qui est retenu dans le dispositif, non pas parce que cela répond à une quelconque logique dictée par les principes de l'Etat de droit, mais par crainte de divergences de décisions entre celles du juge administratif, qui interviendrait la première année, et celles du juge judiciaires, si on lui confiait le soin de contrôler la prolongation ensuite...

De fait, les MICAS répondent à l'objectif de « prévenir la commission d'actes de terrorisme » (article L228-1 du code de sécurité intérieure), tandis que la nouvelle mesure de sûreté créée par la loi attaquée a pour objectif de « aux seules fins de prévenir la récidive et d'assurer la réinsertion » de personnes condamnées pour des actes de terrorisme ». Il s'agit donc d'un objectif similaire dans les deux cas : éviter la commission d'actes de terrorisme.

Concernant les conditions et critères posées pour ordonner la mesure : pour les MICAS, la mesure vise une personne dont le « comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics et qui soit entre en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme, soit 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 ». Pour la nouvelle mesure de sûreté créée, « cette personne présente une 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 ». Là encore, les conditions de fond posées sont semblables, exprimées par la dangerosité (ou la menace pour la sécurité) et l'adhésion à une idéologie incitant à la commission d'actes de terrorisme.

Les similitudes sont encore plus flagrantes concernant les critères pour le renouvellement d'une MICAS pour les sortants de prison : dans ce cas de figure, **les personnes visées sont les mêmes (des détenus condamnés pour des actes de terrorisme), et les textes de l'article 706-25-16 du code de procédure pénale créé par la loi attaquée et de l'article L228-5 du CSI modifié par la loi attaquée visent exactement les mêmes conditions justifiant que la mesure administrative soit prolongée au delà de un an, ou que la mesure judiciaire soit ordonnée** : « Lorsqu'une personne a été condamnée à une peine privative de liberté, non assortie du sursis, d'une durée supérieure ou égale à cinq ans pour une ou plusieurs des infractions mentionnées

aux articles 421-1 à 421-6 du code pénal, à l'exclusion de celles définies aux articles 421-2-5 et 421-2-5-1 du même code, ou d'une durée supérieure ou égale à trois ans lorsque l'infraction a été commise en état de récidive légale ».

La loi adoptée tente de répondre à cette confusion en faisant obligation à l'administration, par une nouvelle disposition insérée à l'article L. 228-6 du CSI, de tenir compte, dans la définition des obligations qu'elle impose dans le cadre d'une MICAS, des obligations qui auraient été prescrites par le juge judiciaire. Ces nouvelles dispositions prévues par l'article 4-I-4 du texte (*« La définition des obligations prononcées sur le fondement de ces dispositions tient compte, dans le respect des principes de nécessité et de proportionnalité, des obligations déjà prescrites par l'autorité judiciaire »*) doivent être vues comme une manière pour le gouvernement de se rassurer à bon compte sur le respect de l'Etat de droit, en posant le principe selon lequel les mesures judiciaires sont prises en compte par l'administration tout en permettant à cette dernière d'y ajouter des contraintes supplémentaires.

Le principe selon lequel l'autorité administrative tient compte des obligations prescrites par l'autorité judiciaire ne suffit pas à répondre à l'objectif d'intelligibilité et de clarté de la loi : dans la mesure où les personnes visées, les critères et les objectifs des mesures administratives et judiciaires sont identiques, il est impossible au juge administratif chargé du contrôle de la mesure de déterminer en quoi une mesure non prévue par l'autorité judiciaire pourrait être ordonnée par l'autorité administrative sans encourir une annulation. La possibilité, pour l'administration, d'ajouter aux prescriptions de l'autorité judiciaire alors que son action répond aux mêmes critères et objectifs porte par ailleurs atteinte au droit à la sûreté des citoyens et au principe de séparation des pouvoirs.

PARTIE 2. LA MESURE JUDICIAIRE DE PREVENTION DE LA RECIDIVE TERRORISTE ET DE REINSERTION (ARTICLE 6)

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 (le Sénat avait d'ailleurs rétablie cette appellation dans le corps du texte, appellation supprimée par l'Assemblée nationale), 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.

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 par le législateur de votre décision du 7 août 2020, plusieurs éléments des mesures créées paraissent aller à l'encontre de principes essentiels de notre Etat de droit.

Le 7 août dernier, vous aviez répondu à la question de la nature des mesures qui vous étaient présentées en estimant que la mesure de sûreté n'était ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition.

En l'espèce, la loi, objet de la présente saisine, crée une nouvelle section au titre XV du livre IV du Code de procédure pénale intitulée « de la mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion ».

Si à titre principal nous continuons à soutenir qu'elles relèvent de catégorie des sanctions punitives, et en conséquence se révèlent contraires à l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen (I), nous verrons que même en retenant la qualification de mesure de sûreté, il est en ce cas toujours porté atteinte au principe, résultant de l'application des articles 9 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen et 66 de la Constitution, selon lequel les libertés individuelles de droit à la vie privée, de mener une vie familiale normale, et d'aller et venir mais aussi d'opinion ne sauraient être entravées par des restrictions qui ne soient pas nécessaires (II). Par ailleurs, le projet de loi contrevient totalement aux principes à valeur constitutionnelle qui fondent notre droit des mineurs (III). Enfin, la définition même de la mesure n'est pas conforme au principe d'intelligibilité et de clarté de la loi (IV).

I. VIOLATION DES PRINCIPES DE LEGALITE DES DELITS ET DES PEINES ET DE NON RETROACTIVITE

Aux termes de l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit légalement appliquée* ».

En l'espèce, le I de l'article 6 de la loi, auquel doit s'appliquer la notion de peine (A) contrevient aux principes de légalité des délits et des peines (B), et de non-rétroactivité de la loi pénale (C).

A. SUR L'APPLICATION DE LA NOTION DE PEINE AUX MESURES CRÉÉES DANS LA LOI

Il apparaît clairement que le législateur a entendu, comme en 2020, contourner le principe constitutionnel de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère qui rend inapplicable à certains auteurs d'infractions terroristes une partie des mesures déjà prévues par la loi, comme la rétention de sûreté ou le suivi socio-judiciaire, en choisissant de créer de nouvelles mesures de sûreté. Toutefois, le Conseil constitutionnel n'est nullement tenu par la qualification choisie par le législateur et il convient dès lors d'observer en détail les caractéristiques de ces mesures pour déterminer la catégorie dont elles relèvent, bien qu'au fil des années et des mesures créées, la distinction entre peines et mesures de sûreté apparaisse de plus en plus floue. Plusieurs éléments amènent à considérer que les mesures instaurées par la présente loi relèvent davantage de la catégorie des peines.

En premier lieu, et bien que l'objectif poursuivi par la mesure, davantage que son contenu, permette d'opérer cette distinction, il ne peut qu'être relevé que les mesures créées par l'article 6 de la présente loi, de par leur contenu, constituent une atteinte importante à la liberté individuelle, notamment la liberté d'aller et de venir et le droit à la vie privée, et ne pourront dès lors qu'être vécues comme une sanction par les personnes auxquelles elles seront imposées.

A défaut d'établissement d'une liste exhaustive d'interdictions et d'obligations auxquelles les condamnés pourraient être soumis dans le cadre de la mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion qui vous est présentée, le législateur a entendu évoquer de manière imprécise et incomplète des prises en charge « psychologique ou psychiatrique », une obligation « d'exercer une activité professionnelle », une interdiction « de se livrer à l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise », une obligation générale « de répondre aux convocations du juge de l'application des peines » et une obligation « de résidence » (article 6, alinéas 2 à 4).

Ces obligations et interdictions, quoi qu'incertaines et évoquées de manière équivoque et évasives, se rapprochent en tous points de celles déjà prévues par les dispositions relatives au suivi socio-judiciaire, lequel n'est pas une mesure de sûreté mais bien une peine complémentaire (Cass. crim. 2 septembre 2004).

L'intégralité des obligations prévues par la présente loi sont ainsi déjà prévues comme modalités d'exécution d'une peine, celle de suivi socio-judiciaire. En outre, comme le suivi socio-judiciaire, le sursis probatoire ou autres peines, les mesures créées par la présente loi seront contrôlées par le juge de l'application des peines.

En effet, alors que la version censurée par le Conseil constitutionnel le 7 août dernier avait initialement confié la décision de placement sous surveillance de sûreté antiterroriste à la juridiction régionale de la rétention de sûreté (JRRS), comme c'est le cas en matière de surveillance et rétention de sûreté (art. 706-52-13 et suivants, 723-37 et suivants, R53-8-40 du code de procédure pénale), la loi confie désormais, de façon paradoxale, cette prérogative à la juridiction de l'application des peines.

Il semble difficile d'admettre la contradiction manifeste entre la nature alléguée de la mesure de sûreté soumise à votre contrôle et la compétence de la juridiction d'application des peines alors qu'en application de l'article 712-1 CPP « *le juge de l'application des peines et le tribunal de l'application des peines constituent les juridictions de l'application des peines du premier degré qui sont chargées, dans les conditions prévues par la loi, de fixer les principales modalités de l'exécution des peines privatives de liberté ou de certaines peines restrictives de liberté, en orientant et en contrôlant les conditions de leur application. [...]* »

Il ne peut être ainsi que constaté qu'**en proposant de soumettre le prononcé ou le contrôle de cette mesure, quelle qu'en soit l'appellation, au tribunal de l'application des peines, le législateur admet la nature de peine privative ou restrictive de liberté de ladite mesure** dont toutes les conséquences devront être tirées, en particulier s'agissant de la non rétroactivité d'une loi pénale plus sévère.

Enfin, dans la décision précitée du 7 août 2020, vous aviez rappelé que « *s'il est loisible au législateur de prévoir des mesures de sûreté fondées sur la particulière dangerosité, évaluée à partir d'éléments objectifs, de l'auteur d'un acte terroriste et visant à prévenir la récurrence de telles infractions, c'est à la condition qu'aucune mesure moins attentatoire aux droits et libertés constitutionnellement garantis ne soit suffisante pour prévenir la commission de ces actes et que les conditions de mise en œuvre de ces mesures et leur durée soient adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi. Le respect de cette exigence s'impose a fortiori lorsque la personne a déjà exécuté sa peine* » (cons. 14).

Vous aviez souligné que la mesure contestée permettait « *d'imposer diverses obligations ou interdictions, le cas échéant de manière cumulative, qui portent atteinte à la liberté d'aller et de venir, au droit au respect de la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale. Tel est ainsi le cas de l'obligation d'établir sa résidence dans un lieu déterminé, de l'obligation de se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie, jusqu'à trois fois par semaine, de l'interdiction de se livrer à certaines activités, de l'interdiction d'entrer en relation avec certaines personnes ou de paraître dans certains lieux, catégories de lieux ou zones et de l'obligation de respecter les conditions d'une prise en charge sanitaire, sociale, éducative ou psychologique.* » (cons. 15).

Or ces obligations particulièrement attentatoires aux droits citées dans votre motivation ont été conservées dans la loi attaquée, à l'exception de l'obligation de se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie, jusqu'à trois fois par semaine et de celle de ne pas entrer en relation avec certaines personnes ou de paraître dans certains lieux.

Au surplus, l'on peut s'interroger sur le caractère privatif de liberté de l'une des obligations prévue (20° de l'article 132-45 du code pénal repris par l'article 706-25-16 I alinéa 2 du code pénal) qui dispose que la personne devra « *respecter les conditions d'une prise en charge sanitaire, sociale, éducative ou psychologique, destinée à permettre sa 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 dans lequel la personne concernée est tenue de résider* ».

La notion « d'établissement d'accueil adapté », nullement définie dans la présente loi, n'est pas sans rappeler la notion de « centre socio-médico-judiciaire de sûreté », dans lequel les personnes soumises à la rétention de sûreté sont placées.

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. L'imprécision dans la rédaction de la présente disposition ne place, en tout état de cause, pas le Conseil constitutionnel en mesure de contrôler la conformité des obligations et interdictions aux exigences constitutionnelles.

En second lieu, **s'agissant de l'objectif recherché** par la création de ces mesures, il est, selon le texte, exclusivement « de prévenir la récidive et d'assurer la réinsertion » (article 706-25-15 I, alinéa 1) et donc la commission future d'infractions à caractère terroriste. Toutefois, il sera rappelé que c'est également là l'un des objectifs d'une peine, tel que cela résulte de l'article 130-1 du Code pénal :

« Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions :

1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ;

2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion. »

En outre, le public visé par les mesures démontre que celles-ci **ne sont pas uniquement tournées vers le risque de commission d'un acte terroriste futur mais également intrinsèquement lié à la commission de tels actes dans le passé**, les mesures ne s'appliquant qu'aux auteurs des infractions visées aux articles 421-1 à 421-6 du Code pénal, à l'exclusion des infractions définies aux articles 421-2-5 et 421-2-5-1 du Code pénal, ce que le Conseil d'État n'avait d'ailleurs pas manqué de relever dans son avis sur la précédente mouture du texte

(avis CE n°399857, 11 juin 2020). Ainsi, les mesures viennent bien répondre à la commission de faits déterminés, comme c'est le propre d'une peine. Plus encore, la possibilité même d'ordonner ces mesures est fonction de la peine reçue par la personne précédemment condamnée et la durée de ces mesures est fonction du quantum de peine encourue, et donc de la gravité de l'infraction et des faits commis (article 706-25-15 I et III).

Enfin, **une sanction est explicitement prévue en cas de non-respect des mesures ordonnées**, celle-ci étant d'ailleurs sévère (3 ans d'emprisonnement encourus), alors qu'il ne s'agit pas de réprimer la commission d'un acte mais uniquement l'omission de respect d'obligations ou interdictions, mécanisme qui est habituellement prévu pour sanctionner le non-respect des mesures prononcées à titre de sanction pénale (par exemple le non-respect d'un travail d'intérêt général, le non-respect des obligations résultant de l'inscription au FIJAIS ou au FIJAIT, la non-exécution d'un stage, etc.).

L'ensemble de ces éléments conduit donc à considérer qu'en dépit de la dénomination de "mesures de sûreté" retenue par le législateur, la nouvelle mesure ainsi créée a bien le caractère d'une sanction punitive.

B. SUR LA VIOLATION DU PRINCIPE DE LÉGALITÉ DES DÉLITS ET DES PEINES

L'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose :

« La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée »

L'article 34 de la Constitution quant à lui prévoit :

« La loi fixe les règles concernant [...] la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ».

Le Conseil constitutionnel juge, sur le fondement de ces dispositions, dont découle le principe de légalité des délits et des peines, qu'il appartient au « législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire » (Cons. Constit., 20 janvier 1981, n° 80-127 DC). Le législateur doit rédiger la loi « dans des conditions qui permettent au juge, auquel le principe de légalité impose d'interpréter strictement la loi pénale, de se prononcer sans que son appréciation puisse encourir la critique d'arbitraire » (Cons. Constit., 16 juillet 1996, n° 96-377 DC, cons. n°11).

Le droit européen rappelle par ailleurs que l'exigence de restrictions « prévues par la loi » n'est pas purement formelle mais comporte également une dimension substantielle. La Cour de Strasbourg a ainsi jugé :

« L'une des exigences découlant de l'expression « prévue par la loi » est la prévisibilité. On ne peut donc considérer comme « une loi » qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; [...] il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences qui peuvent découler d'un acte déterminé. [...] La Cour rappelle qu'une norme est « prévisible » lorsqu'elle offre une certaine garantie contre des atteintes arbitraires de la puissance publique [...]. Une loi conférant un pouvoir d'appréciation doit en fixer la portée » (Tommaso c/ Italie, 23 févr. 2017, req. n° 43395/09, § 107).

Les dispositions de la présente loi ne répondent pas à cette exigence de clarté, d'intelligibilité et de prévisibilité du texte tant au regard de la notion de dangerosité (1) que de celle d'adhésion à une idéologie, allant à l'encontre des libertés fondamentales d'expression, d'opinion et de religion (2) dont la combinaison devra entraîner la censure de ces disposition (3). Le texte n'est pas davantage conforme à l'exigence précité concernant la définition du « risque de récidive » qui pourrait justifier son prononcé (4)

1) Sur la notion de dangerosité

Le caractère prédictif d'un tel régime doit conduire à un encadrement extrêmement rigoureux de la loi puisqu'elle permettrait *« d'imposer à une personne des mesures restrictives voire privatives de libertés en raison de crimes ou de délits qu'elles seraient susceptibles de commettre »* (avis CE n°399857, 11 juin 2020.)

Tel n'est pas le cas en l'état du texte retenu.

Comme l'a regretté la CNCDH dans son avis du 28 juin 2020, la loi déférée se fonde sur le critère confus de « dangerosité », que la commission consultative a 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 2008. Il est intéressant de souligner que cette même loi instaurant des mesures de sûreté s'appuyait en sus de la dangerosité sur l'évaluation d'un « grave trouble de la personnalité », soit sur une maladie psychiatrique. Si les experts psychiatres sont compétents pour connaître de l'existence d'un trouble psychique et que leurs rapports d'expertise sont strictement encadrés et susceptibles de contestation (contre-expertise), tel n'est en revanche pas le cas de la notion de dangerosité et des rapports pluridisciplinaires censés l'évaluer.

2) Sur la notion d'adhésion idéologique et l'imprécision des critères

Le texte, comme le précédent, prévoit l'application de ces mesures à des personnes présentant *« une 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 »*, formule adoptée à la suite d'un amendement du Sénat en 2020.

Tout d'abord, l'adhésion, qu'elle soit à une idéologie ou à une thèse, ne suppose aucun acte matériel et confine ainsi au « délit d'opinion. »

Par ailleurs, l'« **adhésion persistante à une idéologie ou à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme** », n'est pas sans rappeler « **l'adhésion à une idéologie terroriste** » formule qui était utilisée pour caractériser l'élément intentionnel du délit, par **deux fois abrogé**, de consultation habituelle de services de communication en ligne diffusant des contenus à faisant l'apologie du terrorisme, ainsi que le délit de recel d'apologie d'actes terroristes.

Or, dans ses décisions du 15 décembre 2017 et du 19 juin 2020, le Conseil constitutionnel est venu rappeler que ni l'adhésion à une idéologie terroriste, ni même la détention matérielle de fichiers faisant l'apologie du terrorisme ne suffisent à démontrer l'existence d'une volonté de commettre des actes de terrorisme ou même d'en faire l'apologie. (Cons. Constit., 15 décembre 2017, n° 2017-682 QPC, cons. n°14 et Cons. Constit., 19 juin 2020, n°2020-845 QPC, cons. n°24).

Dès lors, un tel critère n'apparaît pas pertinent pour définir la dangerosité supposée de la personne et pour fonder l'élément déclencheur des mesures instaurées par la présente loi.

3) Sur l'insuffisante clarté et intelligibilité de la loi résultant de la combinaison des deux critères

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 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.

4) Sur la notion de récidive

La loi qui vous est déférée est par ailleurs insuffisamment précise dans sa rédaction sur le « risque de récidive » qu'il s'agirait de prévenir, bien que l'intention évoquée soit celle de prévenir la récidive d'actes terroristes. Il suffit pour s'en convaincre d'opérer un parallèle avec ce que le législateur avait prévu pour la rétention de sûreté.

La rétention de sûreté prévoit, à l'article 723-37 du Code de procédure pénale, que :

« La juridiction régionale de la rétention de sûreté est saisie par le juge de l'application des peines ou le procureur de la République six mois avant la fin de la mesure.

Le placement sous surveillance de sûreté ne peut être ordonné, après expertise médicale constatant la persistance de la dangerosité, que dans le cas où :

1° Les obligations résultant de l'inscription dans le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes apparaissent insuffisantes pour prévenir la commission des crimes mentionnés à l'article 706-53-13 ;

2° Et si cette mesure constitue l'unique moyen de prévenir la commission, dont la probabilité est très élevée, de ces infractions."

Il est donc fait référence à une liste limitative d'infractions.

Dans la loi qui vous est déférée, la notion de récidive ne fait pas référence à une liste limitative d'infractions et notamment pas à des infractions à caractère terroriste.

Dès lors que les délits auxquels les personnes doivent préalablement avoir été condamnées pour se voir appliquer ces mesures sont punis de dix ans d'emprisonnement, si la notion de récidive n'est pas précisée, elle pourrait s'appliquer à tout type d'infraction et non seulement à des infractions à caractère terroriste (article 132-9 du Code pénal). Aussi, la portée des mesures créées pourrait ainsi se voir étendue par rapport à l'objectif initialement visé.

Pour toutes ces raisons, cette rédaction nous apparaît dangereuse, tant au regard du principe de légalité des délits et des peines que des libertés fondamentales d'expression, d'opinion et de religion.

C. SUR LA VIOLATION DU PRINCIPE DE NON-RÉTROACTIVITÉ DE LA LOI PÉNALE

La loi déférée prévoit que la mesure de sûreté ne peut être ordonnée à l'encontre des personnes libérées avant la publication de la loi. Il doit donc en être déduit que celle-ci est d'application immédiate pour les personnes condamnées avant la publication de la loi ou faisant l'objet d'une condamnation postérieure à cette date pour des faits commis antérieurement.

Or ces mesures ont le caractère d'une sanction punitive. L'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen leur est donc applicable.

Celui-ci prévoit que *« la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».*

A ce titre, l'article 112-1 du code pénal dispose que *« sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis. Peuvent seules être prononcées les*

peines légalement applicables à la même date. Toutefois, les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes. »

Ce principe de non rétroactivité de la loi pénale plus sévère exige une certaine prévisibilité de la loi, permettant à la personne qui commet une infraction de connaître les peines auxquelles elle peut être condamnée. Surtout, elle permet à la personne condamnée de connaître, au moment de son jugement, la durée pendant laquelle elle peut faire l'objet d'une privation et/ou d'une restriction de sa liberté.

Ainsi, la présente loi ne saurait être appliquée à des personnes condamnées avant la publication de la loi ou faisant l'objet d'une condamnation postérieure à cette date pour des faits commis antérieurement sans méconnaître l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

II. DES MESURES QUI N'APPARAISSENT NI NECESSAIRES, NI ADAPTEES, NI PROPORTIONNEES

Dès lors que la qualification de peine est retenue pour les mesures édictées à l'article 6 de la loi qui vous est déférée, il convient de leur appliquer le principe de stricte nécessité des peines posé par l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Il s'en déduit également un principe de proportionnalité, la nécessité d'une peine devant s'apprécier également en regard de la gravité de l'atteinte à la loi qu'elle est supposée sanctionner.

En outre, dans l'hypothèse où votre juridiction retiendrait, conformément à sa précédente jurisprudence, que les mesures créées relèvent de la catégorie des mesures de sûreté, il n'en demeure pas moins que ces mesures portent atteinte à plusieurs libertés individuelles. Or, comme l'a rappelé votre juridiction dans sa décision du 21 février 2008, il résulte de l'application de l'article 9 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ainsi que de l'article 66 de la Constitution que « la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit pas nécessaire » (Cons. Constit, 21 février 2008, n° 2008- 562 DC, cons. 13).

De même, vous avez jugé dans la décision du 7 août 2020 que « *toutefois, bien que dépourvue de caractère punitif, elle doit respecter le principe, résultant des articles 2, 4 et 9 de la Déclaration de 1789, selon lequel la liberté personnelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire. Il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, l'exercice des droits et libertés constitutionnellement garantis. Au nombre de ceux-ci figurent la liberté d'aller et de venir, composante de la liberté personnelle, le droit au respect de la vie privée protégé par l'article 2 de la Déclaration de 1789 et le droit de mener une vie familiale normale qui résulte du dixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Les atteintes portées à l'exercice*

de ces droits et libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi. »

Les multiples obligations et interdictions pouvant être imposées aux personnes concernées par la présente loi portent atteinte à plusieurs libertés constitutionnellement garanties et notamment la liberté d'aller et venir, le droit au respect de la vie privée et le droit de mener une vie familiale normale.

Plusieurs obligations prévues par la loi objet de votre saisine vont à l'encontre de ces principes, en ce qu'elles restreignent de manière importante la liberté d'aller et de venir. Il en est ainsi par exemple de l'obligation d'établir sa résidence en un lieu déterminé et d'être pris en charge au sein d'un établissement adapté.

De même, plusieurs des obligations prévues viennent porter atteinte de manière conséquente au droit au respect de sa vie privée et familiale, notamment l'obligation de communiquer au service pénitentiaire d'insertion et de probation les renseignements ou documents de nature à permettre le contrôle de ses moyens d'existence et de l'exécution de ses obligations, l'interdiction de se livrer à certaines activités, l'obligation de respecter les conditions d'une prise en charge sanitaire, sociale, éducative ou psychologique.

Vous aviez souligné dans la motivation à l'appui de la censure de la précédente loi que la mesure contestée permettait *« d'imposer diverses obligations ou interdictions, le cas échéant de manière cumulative, qui portent atteinte à la liberté d'aller et de venir, au droit au respect de la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale. Tel est ainsi le cas de l'obligation d'établir sa résidence dans un lieu déterminé, de l'obligation de se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie, jusqu'à trois fois par semaine, de l'interdiction de se livrer à certaines activités, de l'interdiction d'entrer en relation avec certaines personnes ou de paraître dans certains lieux, catégories de lieux ou zones et de l'obligation de respecter les conditions d'une prise en charge sanitaire, sociale, éducative ou psychologique. »*

Malgré une rédaction volontairement évasive de l'article 6 et la disparition d'une liste exhaustives qui aurait précisément permis un contrôle constitutionnel des mesures ainsi créées, il ressort de la combinaison des 2^{ème}, 3^{ème} et 4^{ème} alinéas de l'article 706-25-16 du code de procédure pénale que ces obligations particulièrement attentatoires aux droits ont été conservées dans la loi attaquée, à l'exception de l'obligation de se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie, jusqu'à trois fois par semaine et de celles de ne pas entrer en relation avec certaines personnes ou de paraître dans certains lieux.

Le Sénat avait introduit une condition de motivation accrue pour certaines de ces obligations, qui ne portait du reste sur aucun élément circonstancié, aucune exigence supplémentaire (*« par une décision spécialement motivée au regard de la situation et de la personnalité de cette personne, lorsque les obligations mentionnées au premier alinéa du présent I apparaissent insuffisantes »*). Cette exigence de motivation n'a pas été retenue. Il apparaît ainsi que le

législateur lui-même perçoit le caractère particulièrement attentatoire aux droits des obligations fixées.

En outre, les conditions du prononcé de ces mesures portent atteinte aux articles 10 et 11 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui consacrent la liberté d'opinion et la liberté d'expression de celles-ci. En effet, comme il a été précédemment développé, la notion d'adhésion à une idéologie ou une thèse à caractère terroriste, en ne se fondant sur aucun acte positif ni élément matériel, vient en définitive sanctionner la simple expression d'une opinion, sans qu'il soit réellement possible d'en déduire la volonté de commettre des actes à caractère terroriste.

Les atteintes ainsi portées à plusieurs libertés individuelles n'apparaissent ni adaptées (A), ni nécessaires (B), ni proportionnées (C).

A. SUR LE CARACTÈRE INADAPTÉ DES MESURES CRÉÉES

L'objectif affiché du texte soumis à votre contrôle est de permettre le suivi de personnes condamnées pour des faits de terrorisme, privées par la loi du bénéfice des crédits de réduction de peine et donc peu ou pas éligible à la mesure de contrôle déjà existante que représente la surveillance judiciaire.

Le législateur a ainsi progressivement organisé l'échec de la réinsertion des personnes détenues et a créé les conditions d'un usage impossible des dispositifs existants et serait donc le seul autorisé à se prévaloir de ses propres turpitudes.

L'ajout opportuniste d'une exigence de « réinsertion » pour répondre à votre censure du 7 août 2020 peine à dissimuler la réalité de l'exécution des peines concernant les auteurs d'infractions à caractère terroriste.

Le temps de la détention et de l'exécution de la peine devrait, selon les injonctions de la loi, permettre l'amendement et la réinsertion du condamné, y compris en cette matière. L'absence de moyens pour les dispositifs de prévention de la radicalisation ou de déradicalisation auquel on préférera la notion de désembrigadement ou de désengagement violent en milieu carcéral ne saurait justifier à eux seuls la création d'une mesure de sûreté ou d'une peine supplémentaire à l'égard de ceux déjà définitivement condamnés.

S'il est vrai que le contrôleur général des lieux de privation de liberté, dans son rapport de janvier 2020 sur la prise en charge des personnes radicalisées, soulevait de nombreux écueils de cette prise en charge, au point de questionner son efficacité, il est totalement inadapté de créer, pour pallier ces écueils, un dispositif aussi contraignant que celui prévu par la présente loi, et ce d'autant plus que l'un des défauts majeurs relevé par le CGLPL dans cette prise en charge est l'atteinte aux droits fondamentaux des personnes concernées.

*« De l'avis de tous, le terrain de la préparation à la sortie n'est pas investi en détention. Les peines sont exécutées intra-muros jusqu'au dernier jour ; les sorties sont « sèches ». Les réductions supplémentaires de peine (RSP) et les permissions de sortir, dont le droit d'accès n'a pas été restreint par la loi de 2016, sont accordées de manière très restrictive pour les premières et rarissimes pour les secondes ; l'appel du Parquet est systématique. Peu proactif sur le terrain des aménagements de peine, le SPIP se limite à une recherche de logement à la libération. A la maison d'arrêt de Lyon-Corbas, le SPIP adresse un rapport au chef d'établissement lorsque la sortie d'une personne condamnée pour des faits de terrorisme est imminente, afin de démontrer que des actions ont été mises en œuvre, reconnaissant qu'il s'agit « d'ouvrir au maximum les parapluies ». Les démarches d'insertion et de préparation des projets se heurtent en outre à la mise en application de mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance (MICAS), **qui constituent une contrainte supplémentaire à l'accomplissement des démarches – administratives, professionnelles, à l'extérieur.** »*

« Loin d'être un processus de préparation à la sortie, la fin de peine du public « radicalisé » est un temps où les conditions sécuritaires peuvent au contraire se durcir, comme en témoigne une personne affectée en QPR : « Vous vous rendez compte, passer d'un QPR à la sortie ? Ici on ne fait que ressasser. Par contre, je n'ai trouvé personne pour me parler de l'avenir ». » (CGLPL, Rapport de janvier 2020, Prise en charge des « personnes radicalisées » et respect des droits fondamentaux).

Alors que l'ensemble des textes adoptés ces dernières années n'ont cessé de rendre plus complexe la construction de projets d'aménagement de peines et de limiter les facultés d'aménagement pour les condamnés à des infractions à caractère terroriste, y compris en fin de peine, le législateur entend parvenir à la réinsertion de ceux dont l'accompagnement aura été jusque-là inexistant ou insuffisant par le prononcé de mesures privatives et restrictives de liberté.

L'absence d'horizon ainsi imposé par la loi et la politique pénale pour des condamnés qui peinent aussi à mobiliser des dispositifs d'insertion adaptés (les dispositifs de droit commun leur étant pour l'essentiel interdits) ne peut conduire qu'à un sentiment d'injustice et à une stigmatisation, facteurs pouvant faciliter la radicalisation de ces personnes.

Ainsi, alors que ces mesures n'apparaissent pas nécessaires, compte tenu de la multitude de mesures existantes et du sous-investissement des dispositifs d'insertion déjà mobilisables concernant les mêmes condamnés, il est par ailleurs à craindre qu'elles ne manquent leur véritable objectif de prévention de la récidive et s'avèrent contre-productives.

En effet, il convient de rappeler qu'aucune des mesures pouvant être prononcées n'est de nature à empêcher la commission d'un acte terroriste, de la part d'un auteur décidé à le commettre. Les obligations et interdictions ainsi créées n'ont pour unique but que de pouvoir sanctionner la personne qui ne les respecterait pas, à posteriori, en imaginant que le respect de ces dernières pourrait rendre plus difficile la préparation d'un acte terroriste et à supposer seulement que les services concernés disposent des moyens de contrôler le respect des interdictions et obligations prévues, ce qui est loin de relever de l'évidence.

A l'inverse, il existe un risque élevé que le prononcé de telles mesures n'éveille la vigilance de la personne qui, effectivement, aurait l'intention de commettre à nouveau un acte terroriste et ne conduise, *in fine*, qu'à complexifier la tâche des services d'enquête et de renseignement.

Autrement dit, à vouloir être trop prudent, le législateur pourrait bien manquer totalement son objectif, en ayant néanmoins porté des atteintes graves à la liberté individuelle.

B. SUR L'ABSENCE DE NÉCESSITÉ DES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 6

La loi qui vous est déférée crée en son article 6 de nouvelles « mesures de sûreté », ou plus exactement de nouvelles possibilités de prononcer des interdictions et obligations qui existaient déjà dans notre droit pénal.

Ainsi, la mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion vient s'ajouter à un nombre considérable de mesures post-sententielles administratives ou judiciaires déjà existantes, ayant vocation à s'appliquer aux mêmes condamnés dans des conditions similaires (1). L'absence de nécessité apparaît également au regard des mesures de prise en charge qui doivent être privilégiées (2).

1. Sur l'absence de nécessité des mesures créées à l'article 1er de la loi au regard des mesures similaires 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.

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.

D'une part, et quand bien même le législateur aurait mieux défini le risque de récidive qui pourrait justifier le prononcé desdites mesures, il s'agirait en l'espèce de réprimer un comportement qui n'a pas eu lieu, sur la base d'une interprétation purement subjective des intentions de la personne, ce qui n'apparaît pas justifié et comporte un risque élevé de sanction arbitraire.

D'autre part, si tant est que l'on admette la nécessité de venir sanctionner, de manière préventive, un comportement futur, force est de constater que de nombreux outils, que nos organisations ont d'ailleurs dénoncé au moment de leur instauration, ont d'ores et déjà été

introduits à cette fin tant dans le champ pénal (a) qu'administratif (b) particulièrement en matière d'infractions terroristes.

a. Dans le champ pénal

Il s'agit en premier lieu des infractions prévues aux articles 421-2-1 et suivants du Code pénal, qui 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". (Cons. Constit., 10 février 2017, n°2016-611 QPC, cons. 9).

Dans ces conditions, on ne peut que s'interroger sur la nécessité des mesures créées par la présente loi dont les conditions de mises en œuvre (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 permettraient en eux-mêmes, a minima, 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. Si le législateur entendait permettre l'application de ces mesures aux cas où l'on ne dispose pas de suffisamment d'éléments objectifs pour ouvrir une enquête, cela ne ferait que conforter l'idée que la mesure qu'il entend instaurer serait prononcée de manière purement arbitraire.

En second lieu, 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 on a déjà souligné la ressemblance avec les mesures créées par la présente loi dans le contenu des obligations et interdictions prévues. 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 aux auteurs d'infractions terroristes que dans l'hypothèse où ils obtiendraient des réductions de peine supplémentaires, dans la mesure où la loi n°2016-987 du 21 juillet 2016 les a exclus du bénéfice des crédits de réduction

de peine. On assiste à une situation paradoxale où le législateur justifie une inflation législative et la création de nouvelles mesures portant gravement 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 mais qui permettent déjà un suivi et apparaissent davantage proportionnées 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.

b. 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.”* (Cons. Constit., 19 juin 2020, n°2020-845 QPC, cons. n°19 et 21).

Or, comme l'a souligné la CNCDH dans son avis en 2020, la loi déferée reprend en droit pénal les dispositions du Code de la sécurité intérieure instaurant des mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance, ces mesures étant elles-mêmes pérennisées par la même loi.

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, prévoient diverses

mesures : 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 détaille les statistiques démontrant que la visée principale des MICAS est le suivi des sortants de prison : « Les mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance ont été, au cours des deux dernières années, majoritairement prononcées à l'encontre de personnes sortant de détention. Cette population représentait ainsi 57 % des mesures prononcées entre le 1er novembre 2018 et le 31 octobre 2019 (77 mesures sur un total de 134 mesures) et 71 % des mesures prises entre le 1er novembre 2020 (102 des 143 mesures prononcées, correspondant à 88 personnes). Parmi les 66 mesures en vigueur au 31 octobre 2020, 51 concernent des individus sortant de prison (soit 77%) ».

Le caractère éminemment problématique de mesures administratives et judiciaires entremêlées, dont la visée est pratiquement semblable ne peut qu'être souligné, et démontre en creux que les mesures de sûreté empoisonnent notre droit. A tel point que l'étude d'impact relève qu'« *afin de favoriser leur suivi a donc été instauré, un dispositif d'anticipation et de prise en compte, par les services, des sorties de ces individus a été mis en place dès juillet 2018. Une unité permanente a été créée au sein de l'unité de coordination de la lutte antiterroriste (UCLAT) et un comité de suivi rassemblant des représentants des services des ministères de l'intérieur et de la justice se réunit tous les mois pour envisager, au regard des mesures judiciaires mises en place, les modalités de suivi sur le plan administratif des personnes dont la libération est proche. Il s'agit ainsi d'éviter tout conflit négatif de compétence et de s'assurer d'un suivi effectif par un service à l'issue de l'incarcération* ».

Ainsi, notre ordre juridique devient tellement illisible qu'une sorte de tribunal des conflits sauvage a été instauré, sous la forme d'une unité au sein d'un service de police.

L'argument justifiant, aux yeux du législateur, d'ajouter des mesures de sûreté judiciaires aux mesures administratives est que les MICAS sont insuffisantes en ce que trop réduites dans le temps.

Cet argument nous semble périlleux, et vous l'avez souligné vous même dans votre motivation de la décision du 7 août 2020 censurant la décision. Vous aviez en effet souligné que « la durée de la mesure de sûreté en accroît la rigueur. Or, si la mesure contestée peut être ordonnée pour une période d'un an, elle peut être renouvelée et durer jusqu'à cinq ans voire, dans certains cas, dix ans. Si la personne était mineure lors de la commission des faits, ces durées sont respectivement de trois et cinq ans. Les durées maximales s'appliquent en considération de la peine encourue, quel que soit le quantum de la peine prononcée ». Si le législateur a réduit les durées maximales prévues par rapport au précédent texte, elles peuvent encore atteindre les cinq ans.

Pourtant, 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. 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.

Les articles déferés ne répondent pas à un tel encadrement dans le temps puisque les mesures de sûreté visées sont ordonnées 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, jusqu'à cinq ans.

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 excellent 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 récurrence terroriste, surestimée, "survient dans la plupart des cas dès les premiers mois après la libération."

En conséquence des éléments qui précèdent, au regard dans 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.

2. Sur l'absence de nécessité des mesures de sûreté au regard des mesures de prise en charge qui doivent être privilégiées

Considérant les motifs de la censure prononcée le 7 août dernier, le législateur a désormais introduit l'ajout, purement cosmétique, d'une opportune notion de réinsertion dans le nouvel article 706-25-16 du code de procédure pénale.

Le tribunal de l'application des peines ne pourra prononcer la mesure que s'il « *est établi, à l'issue d'un réexamen de sa situation intervenant à la fin de l'exécution de sa peine, qu'elle présente une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récurrence 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, le tribunal de l'application des peines de*

Paris peut, sur réquisitions du procureur de la République antiterroriste, ordonner, aux seules fins de prévenir la récidive et d'assurer la réinsertion, une mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion. »

Confronté à une « particulière dangerosité [...] faisant obstacle à sa réinsertion », le tribunal de l'application des peines antiterroriste pourra, sur réquisition du parquet national antiterroriste « ordonner, aux seules fins de prévenir la récidive et d'assurer la réinsertion, une mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion. »

Ces ajouts répondent de manière formelle au considérant 18 de votre décision du 7 août 2020. Cette exigence de vérifier 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 », apparaît comme l'équivalent social de l'exigence imposée par votre juridiction en matière de soins préalables au prononcé d'une mesure de rétention de sûreté.

En 2008, le Conseil constitutionnel avait en effet imposé, outre la censure-partielle concernant l'application de la loi dans le temps, que la juridiction régionale de la rétention de sûreté soit tenue de « vérifier que la personne condamnée a effectivement été en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine, de la prise en charge et des soins adaptés au trouble de la personnalité dont elle souffre ».

Ce faisant, vous placez le suivi psychologique et social du détenu au cœur de la peine, rappelant l'un de ses deux piliers : celui de la réhabilitation du condamné.

Cette réserve s'était traduite par la rédaction d'une nouvelle version de l'article 706-53-15 du code de procédure pénale dont l'alinéa 3 prévoit désormais : « La juridiction régionale de la rétention de sûreté ne peut prononcer une rétention de sûreté qu'après avoir vérifié 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 ».

Cette exigence est d'autant plus importante que l'accès de la personne condamnée à une « prise en charge médicale, sociale et psychologique adaptée au trouble de la personnalité dont elle[s] souffre[nt] » peut être contrôlé en présence d'un cadre médicosocial relativement objectif et défini.

Le législateur a, dans le projet loi soumis à votre contrôle, précisément omis de reproduire l'exigence d'effectivité de l'accès à des « mesures de nature à favoriser sa réinsertion ». Au même titre que le titre de la mesure comprend désormais une dimension de réinsertion sociale, le projet entend prendre acte de manière seulement cosmétique de la censure du Conseil constitutionnel sur ce point.

S'agissant de personnes condamnées pour terrorisme, dont certaines auront passé l'essentiel de l'exécution de leur peine à l'isolement, il paraît difficile sinon impossible de déterminer ce que seraient les « mesures de nature à favoriser [leur] réinsertion » qui auraient pu leur être proposées tant qu'elles subiront en détention d'un régime d'incarcération spécifique.

La simple évolution de la dénomination de la mesure qui vous est présentée ne peut en elle-même, sans aucune évolution de leur contenu, en faire des mesures de réinsertion.

La nature des mesures de réinsertion qui doivent être proposées à la personne n'est ainsi jamais précisée, notamment sur leur rapport avec le fait que la personne ait pu commettre des infractions en lien avec une entreprise terroriste. 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 ?

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 fondamentaux, 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.

C. SUR LA DISPROPORTION DES MESURES CRÉÉES À L'ARTICLE 6 DE LA LOI

L'absence de nécessité des mesures créées ressort également de leur disproportion au regard des comportements incriminés et de la dangerosité supposée de la personne.

Il y a lieu à ce titre de relever que la surveillance de sûreté, mesure très similaire à celles créées par la présente loi ne s'applique qu'aux personnes ayant commis des crimes et non des délits, c'est justement parce que, compte tenu de la gravité de l'atteinte qu'elles portent à la liberté individuelle, il convenait de la limiter pour en garantir la proportionnalité.

Aussi, en instaurant des mesures similaires pour des comportements réprimés bien moins sévèrement par notre droit pénal, le législateur ne respecte pas le principe de stricte nécessité des peines et porte ainsi une atteinte disproportionnée à la liberté individuelle.

En effet, si la classification des infractions terroristes parmi les infractions les plus graves de notre droit pénal n'est pas contestable, il n'en demeure pas moins que le législateur a entendu opérer une distinction entre les infractions commises sous cette qualification, certaines étant des délits, d'autres des crimes, (article 421-3 du Code pénal), toutes n'emportant pas la même atteinte à l'intérêt général. Par ailleurs, comme rappelé ci-dessus, en matière terroriste, le législateur a également entendu réprimer des comportements qui ne constituent pas en soi des infractions mais peuvent permettre leur préparation ou leur commission. Dès lors que ces qualifications viennent réprimer des comportements de manière préventive, il est également logique que les sanctions pénales encourues soient différentes de la commission d'actes de terrorisme en tant que tels.

Malgré cela, l'intégralité des comportements prévus aux articles 421-2-1 à 421-2-6 du Code pénal sont d'ores et déjà passibles d'une peine d'emprisonnement. Les peines appliquées pour ce type d'infraction sont généralement assez sévères par rapport au quantum encouru.

Or, en dépit de la sévérité de la peine déjà existante, le législateur entend par la présente loi en ajouter une seconde, au travers de ces mesures restrictives de liberté, pour une **durée** qui pourra dans certains cas être plus longue que la peine d'emprisonnement précédemment subie. En outre, les obligations et interdictions listées peuvent se cumuler entre elles sans limites et être ajoutées postérieurement à la décision initiale ordonnant la mesure.

Il sera relevé que les limites posées par le législateur au prononcé de ces mesures sont totalement insuffisantes et ne font que mettre en évidence leur disproportion. En effet, si le législateur a prévu un **seuil minimal d'emprisonnement prononcé** en répression des infractions prévues aux articles 421-1 à 421-6 du Code pénal, ce seuil se révèle excessivement faible (5 ans ou 3 ans en cas de récidive légale) au regard des peines habituellement prononcées pour ce type d'infractions. En pratique, ce sont donc l'intégralité des auteurs de ces infractions qui seront susceptibles d'encourir le prononcé de telles mesures à l'issue de leur peine d'emprisonnement.

Enfin, bien que des **garanties procédurales** existent pour le prononcé de ces mesures (débat contradictoire pouvant être public à la demande du condamné, assistance obligatoire d'un avocat, décision prise collégalement par le tribunal de l'application des peines de Paris), il y a lieu de souligner que non seulement la définition des conditions permettant le prononcé de cette mesure est bien plus floue, mais au surplus, il n'y a pas de contre-expertise possible à l'évaluation réalisée par la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, à la différence de ce qui est prévu dans le cadre de la rétention ou de la surveillance de sûreté. En outre, la loi prévoit, au dernier alinéa de l'article 706-25-18 que le tribunal de l'application des peines de Paris peut modifier les mesures de sûreté ou en ordonner la mainlevée, à la demande de la personne concernée ou sur réquisitions du procureur de la République. Toutefois, l'article prévoit également que le juge de l'application des peines, qui lui statue à juge unique, pourra

également “adapter à tout moment les obligations de la mesure de sûreté”. L’article ne précisant par ailleurs pas clairement la nuance entre la modification et l’adaptation des obligations de la mesure de sûreté, il pourrait être interprété de telle sorte que lorsqu’il s’agit d’alléger la mesure, cela relèverait nécessairement du tribunal de l’application des peines tandis que lorsqu’il s’agit de l’aggraver, la décision pourrait être prise par le seul juge de l’application des peines. Aussi, même sur un plan procédural, les mesures créées n’apparaissent pas encadrées par des garanties suffisantes.

Pour l’ensemble des éléments qui précèdent, l’article 6 de la loi soumise à votre appréciation ne respecte pas le principe selon lequel l’atteinte à la liberté individuelle se doit d’être proportionnée.

III. DES MESURES APPLICABLES AUX MINEURS ET CONTREVENANT AUX PRINCIPES A VALEUR CONSTITUTIONNELLE FONDANT LE DROIT DES MINEURS

Le projet de loi prévoit que ces nouvelles mesures judiciaires de prévention de la récidive terroriste seront applicables aux mineurs.

L’article 6 du projet de loi, en son III, prévoit ainsi que « la mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion prévue au I peut être ordonnée pour une durée maximale d’un an. À l’issue de cette durée, la mesure peut être renouvelée sur réquisitions du procureur de la République antiterroriste par le tribunal de l’application des peines de Paris, après avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté prévue à l’article 763-10, pour au plus la même durée, périodes de suspension comprises, dans la limite de cinq ans ou, lorsque le condamné est mineur, dans la limite de trois ans. Chaque renouvellement est subordonné à l’existence d’éléments nouveaux ou complémentaires qui le justifient précisément ».

Il s’agit de la seule occurrence du mot mineur dans l’ensemble du texte.

Alors que le Conseil constitutionnel a consacré, par sa décision du 29 août 2002, un principe fondamental de la justice des mineurs imposant « *l’atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de leur âge* » et « *la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées* », le projet soumis à votre contrôle ne prévoit aucune adaptation procédurale (A), n’exige aucun caractère éducatif de la mesure prononcée (B) et n’envisage aucun aménagement de la durée initiale de son prononcé (C).

A. SUR L'ABSENCE DE RESPECT DU PRINCIPE DE SPECIALISATION DE LA JUSTICE PENALE DES MINEURS (PFRLR)

Le principe fondamental reconnu par les lois de la République, dégagé par votre juridiction concernant la Justice des mineurs dans la décision du 29 août 2002, impose un principe de spécialisation qui repose alternativement soit sur une procédure adaptée à la minorité du justiciable, soit sur le caractère spécialisé de la juridiction ordonnant la mesure.

En l'état, le texte qui vous est soumis n'envisage aucun aménagement procédural, ni aucune spécialisation des juridictions appelées à prononcer ou prolonger les mesures judiciaires de prévention de la récidive terroriste : seul le tribunal de l'application des peines de Paris est appelé à prononcer et contrôler cette nouvelle mesure de sûreté.

Pourtant, si, sous réserve de quelques particularités, les juridictions des mineurs appliquent les mêmes procédures que celles fixées pour les majeurs, le principe de la spécialisation des acteurs judiciaires et des services éducatifs impose que seules les juridictions pour mineurs puissent exercer les attributions prévues pour les majeurs : le juge des enfants pour le juge de l'application des peines, le tribunal pour enfants pour le tribunal de l'application des peines, la chambre spéciale des mineurs et son président pour la chambre de l'application des peines et son président (art. 20-9 al. 1er ord. 2 février 1945 (remplacés par les articles L611-2, L611-3 et L611-4 du CJPM, D. 49-45 et D. 49-46 CPP).

Une notable exception figure à l'article 706-22-1 du code de procédure pénale qui prévoit, depuis le 1^{er} mai 2006, que « par dérogation aux dispositions de l'article 712-10, sont seuls compétents le juge de l'application des peines du tribunal de grande instance de Paris, le tribunal de l'application des peines de Paris et la chambre de l'application des peines de la cour d'appel de Paris pour prendre les décisions concernant les personnes condamnées pour une infraction » à caractère terroriste, ce y compris les décisions des juges des enfants, des tribunaux pour enfants et des cours d'assises pour mineurs, sans que soit précisé si ces dispositions sont applicables quel que soit l'âge du condamné. Dans les faits, le juge des enfants et le tribunal pour enfants de Paris s'estiment toujours compétents pour l'exécution des peines des condamnés mineurs en matière de terrorisme, le texte étant insuffisamment précis.

De fait, ces dispositions n'ont jamais fait l'objet d'aucun contrôle constitutionnel, le texte ayant été examiné dans la décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, sans que le Conseil ne soit précisément saisi de cette question, puis dans la décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, qui n'a pas davantage permis de statuer sur la conformité de ces dispositions au regard du principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs dégagé par votre jurisprudence.

La seule existence de ces dispositions dérogatoires applicables aux auteurs mineurs d'infractions terroristes ne saurait justifier que les dispositions qui vous sont présentées, introduisant une mesure judiciaire de suivi et de contrôle applicable aux mineurs, puissent échapper au contrôle constitutionnel.

L'absence de procédure adaptée et de spécialisation de la juridiction appelée à prononcer cette nouvelle mesure de sûreté, en l'espèce le tribunal de l'application des peines de Paris, ne peuvent être que contraire au principe de spécialisation de la justice des mineurs, principe de valeur constitutionnelle.

B. SUR L'ABSENCE DE RECHERCHE DU RELEVEMENT EDUCATIF ET MORAL DU MINEUR (PFRLR)

L'article 6 du projet soumis à votre contrôle définit ainsi la nouvelle mesure de sûreté présentée : *« lorsqu'il [...] est établi, à l'issue d'un réexamen de sa situation intervenant à la fin de l'exécution de sa peine, que cette personne présente une 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, le tribunal de l'application des peines de Paris peut, sur réquisitions du procureur de la République antiterroriste, ordonner, aux seules fins de prévenir la récidive et d'assurer la réinsertion, une mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion ;*

La décision définit les conditions d'une prise en charge sanitaire, sociale, éducative, psychologique ou psychiatrique destinée à permettre la réinsertion de la personne concernée et l'acquisition des valeurs de la citoyenneté ».

Le principe à valeur constitutionnel dégagé par votre jurisprudence concernant la Justice des mineurs impose au législateur, dans l'ensemble des dispositions relatives aux contraintes pouvant s'exercer sur les mineurs *« de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité ».*

En l'espèce, le projet présenté ne prévoit aucun aménagement de la mesure aux condamnés mineurs, n'impose l'intervention d'aucun service spécialisé dans la prise en charge et l'accompagnement éducatif de ces derniers (protection judiciaire de la jeunesse en particulier) ni ne prévoit l'adaptation des obligations ou des interdictions qui assortissent la mesure.

Il ne peut y avoir aucune prise en charge éducative sans saisine des services de la protection judiciaire de la jeunesse, seuls à même d'assurer, dans le respect du principe de spécialisation des acteurs judiciaires autour du mineur, son accompagnement et son relèvement ; le texte ne vise pourtant que le service pénitentiaire d'insertion et de probation.

Il sera utilement rappelé que le Conseil constitutionnel n'avait conclu à la conformité des dispositions élargissant les conditions dans lesquelles il pouvait être recouru au contrôle judiciaire des mineurs âgés de treize à seize ans en matière correctionnelle qu'après avoir constaté que le contrôle judiciaire pouvait être assorti d'obligation à caractère éducatif (placement, stage, formation civique, suivre une scolarité) et ainsi jouer *« un rôle dans le relèvement éducatif et moral des mineurs délinquants »* (décision n° 2007-553 DC du 3 mars 2007, considérants 20 et 22).

En l'espèce, si le projet soumis au contrôle de votre juridiction affirme que le condamné soumis à une mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste devra connaître les conditions « *d'une prise en charge sanitaire, sociale, éducative, psychologique ou psychiatrique destinée à permettre la réinsertion de la personne concernée* », il appert que la liste des obligations qui pourront lui être imposées n'est pas exhaustive et ne met pas le Conseil constitutionnel en mesure de contrôler la conformité de ces obligations, et par extension de la mesure concernée, à l'objectif à valeur constitutionnel du relèvement éducatif et moral du mineur.

C. SUR L'ABSENCE DE DIMINUTION DE LA DUREE DE LA MESURE

Cette nouvelle mesure de sûreté, telle qu'elle est qualifiée par le législateur, pourra être prononcée pour une durée d'un an, peu important que le condamné concerné soit majeur ou mineur, puis renouvelée jusqu'à 5 ans pour les majeurs et 3 ans pour les mineurs.

La seule adaptation concédée concerne ainsi la durée maximale de la mesure, renouvellement compris ; l'adoucissement de la peine encourue, dans son quantum, qu'impose ordinairement l'excuse atténuante de minorité dont bénéficie le mineur en matière pénale n'a pas été transposée en l'état puisque la durée initiale d'une mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste est la même, peu important que son sujet soit mineur ou majeur.

Si nous soutenons que la MJPRTR a une nature de sanction punitive au sens de l'article 8 de la Déclaration de 1789, il apparaît que la qualification de « mesure de sûreté » ne devrait permettre au législateur de faire échapper la mesure aux aménagements propres à la Justice des mineurs.

En effet, le Conseil constitutionnel a déjà jugé que si une mesure de contrainte exceptionnelle peut être envisagée à l'égard des mineurs, ce n'est qu'à la condition que la juridiction concernée juge nécessaire d'écarter les dispositions conformes au principe d'atténuation propre à la justice des mineurs (décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, cons. 38 et 39, préc. concernant la prolongation des mesures de garde-à-vue en matière de criminalité organisée, et décision n°2007-553 DC du 3 mars 2007, cons. 60, entre autres).

En l'espèce, l'application d'une procédure propre aux majeurs à des condamnés mineurs n'est pas une exception envisagée par le texte, n'est pas soumise à l'appréciation de la juridiction concernée, mais envisagée comme le principe et ce en violation du principe à valeur constitutionnel de spécialisation de la justice des mineurs.

IV. UNE VIOLATION DES PRINCIPES A VALEUR CONSTITUTIONNELLE D'INTELLIGIBILITE ET DE CLARTE DE LA LOI

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 ».

Alors que le Sénat avait défini la « mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion » comme une mesure de sûreté comportant une ou plusieurs des obligations définies par les articles 132-44 et 132-45 du code pénal, le texte définitivement adopté fait de la prise en charge sanitaire, sociale, éducative ou psychologique, le cas échéant au sein d'un établissement d'accueil, la définition même de la mesure.

Les parlementaires espèrent ainsi ne pas encourir votre censure, en donnant à la mesure une dimension principalement « éducative » et non répressive, et en renonçant à certaines des mesures complémentaires prévues dans la loi du 10 août 2020, dont votre décision avait pointé le caractère attentatoire aux libertés d'aller et venir et au respect de la vie privée.

Si la prise en charge sanitaire, sociale, éducative ou psychologique devient ainsi le coeur de la mesure que le parlement a entendu mettre en place, son insuffisante précision quant à ses modalités n'en est que plus problématique encore.

La première question qui se pose est celle de savoir quel type de prise en charge est envisagée. Sans les nommer véritablement, le projet de loi semble ici faire référence aux centres de prise en charge individualisée des personnes radicalisées.

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, ces dispositions apparaissent bien trop floues pour être directement applicables, alors même que ce qu'elles semblent 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.

Cette analyse justifie la censure de l'alinéa 2 de l'article 706-25-16. – I. qui contrevient au principe d'intelligibilité et de clarté de la loi.

PARTIE 3. LE DROIT DE COMMUNICATION AUX PREFETS ET SERVICES DE RENSEIGNEMENT DES INFORMATIONS RELATIVES AUX SOINS PSYCHIATRIQUES SANS CONSENTEMENT (ARTICLE 7)

« Après l'article L. 3211-12-6 du code de la santé publique, il est inséré un article L. 3211-12-7 ainsi rédigé :

« Art. L. 3211-12-7. – Aux seules fins d'assurer le suivi d'une personne qui représente une menace grave pour la sécurité et l'ordre publics en raison de sa radicalisation à caractère terroriste, le représentant de l'État dans le département et, à Paris, le préfet de police ainsi que les représentants des services de renseignement mentionnés aux articles L. 811-2 et L. 811-4 du code de la sécurité intérieure désignés à cette fin par un décret en Conseil d'État et qui exercent une mission de renseignement à titre principal peuvent, lorsque la personne fait l'objet d'une mesure de soins psychiatriques sans consentement, se voir communiquer les données d'identification de cette personne et les données relatives à sa situation administrative portées à la connaissance du représentant de l'État dans le département d'hospitalisation ou, à Paris, du préfet de police en application des articles L. 3212-5, L. 3212-8 et L. 3213-9 du présent code et de l'article 706-135 du code de procédure pénale, lorsque ces données sont strictement nécessaires à l'accomplissement de leurs missions. Ces mêmes données ne peuvent être communiquées lorsqu'elles sont antérieures de plus de trois ans à la date de levée de la mesure de soins sans consentement. »

I. CONTEXTE

L'article 7 du projet de loi étend la possibilité de communication des informations relatives à l'admission d'une personne en soins psychiatriques, aujourd'hui limitée au seul représentant de l'État dans le département du lieu d'hospitalisation, lorsqu'elle représente par ailleurs une menace grave pour la sécurité et l'ordre publics à raison de sa radicalisation à caractère terroriste.

Ces dispositions marquent une étape supplémentaire et significative dans le fichage et la surveillance des personnes souffrant de troubles psychiatriques et aggravent un dispositif privilégiant la logique sécuritaire sur la logique sanitaire.

Ce glissement de logiques est parfaitement illustré par l'historique du fichier HOPSYWEB.

C'est à la suite de la réforme des soins psychiatriques de 1990 que la gestion des données personnelles des patients a été clarifiée. Il s'agissait de distinguer plus précisément les personnes hospitalisées volontairement des autres et de gérer d'un point de vue administratif la procédure de contrôle de l'hospitalisation contrainte (tenue des échéanciers d'audience et de

délivrance des certificats médicaux, information des personnes et organismes impliqués dans la procédure, etc.).

Deux fichiers se sont ainsi succédés : en 1992 (GEPHOSC) puis en 1994 (HOPSY)¹, permettant aux agences régionales de santé (ARS) de mettre en place une gestion automatisée des données personnelles de ces patients.

A cette époque, les informations traitées étaient : l'identité de la personne hospitalisée sans consentement (nom, prénoms, date et lieu de naissance, profession, adresse) ; l'identité de la personne ayant demandé l'hospitalisation (nom, prénoms, profession, adresse) ; l'identité des médecins auteurs des certificats prévus par la loi (nom, adresse professionnelle) ; les informations en rapport avec la justice ; les informations en rapport avec la situation administrative des personnes hospitalisées (lieu d'hospitalisation, date des certificats médicaux, date des arrêtés préfectoraux d'hospitalisation d'office, date et mode de sortie). Ces données étaient accessibles aux seules personnes que désignait la procédure d'hospitalisation sans consentement.

Aussi, le traitement automatisé de données à caractère personnel relatives à ces patients - sans possibilité d'opposition de la part de l'intéressé - n'était qu'un simple outil de gestion administrative destiné à « *limiter les risques d'erreur dans la gestion des hospitalisations sans consentement* » et d'éviter les condamnations de l'Etat, rétorquait l'administration en février 2011².

Ce n'est qu'en 2018 - sans qu'aucune nécessité objectivée ne le justifie - que le fichier unique HOPSYWEB a été créé par le décret du 23 mai 2018³.

Outre une interconnexion nationale des fichiers régionaux, une prolongation de la conservation des données a ainsi été permise, étant indiqué que les données des fichiers HOPSY étaient conservées une année civile à compter de la fin de la mesure d'hospitalisation sans consentement et que pour le fichier HOPSYWEB ce délai de conservation a été porté à 3 ans.

La « relance » de ce fichier en 2018 a en réalité coïncidé avec la diffusion du plan national de prévention de la radicalisation du 23 février 2018 proposant - justement - d'« *actualiser les dispositions existantes relatives à l'accès et la conservation des données sensibles contenues dans l'application de gestion des personnes faisant l'objet d'une mesure de soins psychiatriques sans consentement (HOPSY)* »⁴.

1 Arrêté du 19 avril 1994 relatif à l'informatisation du suivi des personnes hospitalisées sans leur consentement en raison de troubles mentaux et au secrétariat des commissions départementales des hospitalisations psychiatriques
2 Instruction DGS/MC4 n° 2011-66 du 11 février 2011 relative au rôle des agences régionales de la santé dans la gestion des hospitalisations d'office

3 Décret n° 2018-383 du 23 mai 2018 autorisant les traitements de données à caractère personnel relatifs au suivi des personnes en soins psychiatriques sans consentement

4 Comité interministériel de prévention de la délinquance et de la radicalisation du 23 février 2018 - « Prévenir Pour Protéger » Plan national de prévention de la radicalisation

Il n'est pas anecdotique de relever qu'à la suite des remous créés par la publication du décret du 23 mai 2018 élargissant l'utilisation de cette dénommée application, le Ministère des solidarités et de la santé indiquait en juillet 2018 : « *Hopsyweb ne peut être défini comme un fichier dans la mesure où sa finalité [...] est d'assurer le suivi, par les agences régionales de santé, des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques sans consentement, et, plus précisément, de faciliter la gestion administrative des mesures de soins sans consentement qui associent des acteurs multiples* »⁵.

C'est donc logiquement que le décret du 6 mai 2019 a été adopté, en mettant en oeuvre la mesure n° 39 du plan national de prévention de la radicalisation. Il vise à modifier les objectifs jusqu'alors affichés en ajoutant une finalité nouvelle, à savoir permettre « *l'information du représentant de l'Etat sur l'admission des personnes en soins psychiatriques sans consentement nécessaires aux fins de prévention de la radicalisation à caractère terroriste* », et se traduit par une interconnexion entre les fichiers HOPSYWEB et FSPRT⁶.

Ce décret du 6 mai 2019 (en son article 2-1⁷) - effectif sur le plan technique depuis le 15 juillet 2020, selon l'étude d'impact - permet, pour cette seule finalité (la prévention de la radicalisation à caractère terroriste), de mettre en relation les noms, prénoms et dates de naissance des personnes figurant dans ce traitement avec le FSPRT, et précise que, lorsque ce croisement de données révèle une correspondance, (seul) le préfet du département où les soins ont été délivrés et, le cas échéant, les agents qu'il désigne à cette fin, en sont informés. L'objectif affiché est d'identifier, parmi les personnes signalées dans le FSPRT, celles qui sont susceptibles de présenter, en raison d'une pathologie mentale, des risques accrus d'atteinte à la sûreté des personnes ou à l'ordre public et d'améliorer leur surveillance et leur suivi.

En clair, le présent article 7 du projet de loi est la version législative renforcée du décret du 6 mai 2019.

5 Réponse du Ministère des solidarités et de la santé publiée dans le JO Sénat du 19 juillet 2018, p. 3645

6 Selon les termes du rapport d'information n° 1335 sur les fichiers mis à la disposition des forces de sécurité, le FSPRT, dont l'acte de création en 2015 n'a pas été publié, « *recense et centralise les informations relatives aux personnes qui, engagées dans un processus de radicalisation, sont susceptibles de vouloir se rendre à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes ou de vouloir prendre part à des activités terroristes* ». Il est placé depuis décembre 2019 sous la responsabilité de la direction générale de la sécurité intérieure, c'est-à-dire l'un des services spécialisés de renseignement mentionnés à l'article R. 811-1 du code de la sécurité intérieure, et non plus de l'unité de coordination de la lutte antiterroriste rattachée à la direction générale de la police nationale. Il est en outre au nombre des traitements intéressant la sûreté de l'Etat énumérés à l'article R. 841-2 de ce code

7 « *Pour la seule finalité prévue au 6° de l'article 1er, les noms, prénoms et dates de naissance figurant parmi les données mentionnées au 1° de l'article 2 font l'objet d'une mise en relation avec les mêmes données d'identification enregistrées dans le traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé FSPRT. Lorsque cette mise en relation révèle une correspondance des données comparées, le représentant de l'Etat dans le département où a eu lieu l'admission en soins psychiatriques sans consentement et, le cas échéant, les agents placés sous son autorité qu'il désigne à cette fin en sont informés* »

II. DISCUSSION

A. EN DROIT

La liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (DDHC) implique le droit au respect de la vie privée. Ce droit requiert que soit observée une particulière vigilance dans la transmission des informations nominatives à caractère médical entre les médecins prescripteurs, les professionnels de santé et les organismes de sécurité sociale. Il appartient toutefois au législateur de concilier, d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, les exigences de valeur constitutionnelle qui s'attachent tant à la protection de la santé qu'à l'équilibre financier de la sécurité sociale (CC, 21 décembre 2017, n° 2017-756 DC, § 63 à 65, JORF n° 0305 du 31 décembre 2017, texte n° 7).

Le secret médical est un principe fondamental de l'exercice de la médecine et son respect découle des exigences du 11ème alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 relatives à la protection de la santé.

Sans confiance des patients envers leur médecin par crainte de la diffusion de données médicales, l'incitation à aller se soigner se trouve dangereusement altérée alors même que le code de déontologie médicale (R. 4127-4 code de la santé publique) prévoit que « *le secret professionnel est institué dans l'intérêt des patients* ».

En ce sens la Cour européenne des droits de l'Homme a rappelé à propos de l'accès d'un organisme de sécurité sociale au dossier médical d'une patiente (CEDH, 27 août 1997, M. S. contre Suède, 20837/92) que les données personnelles médicales sont des données particulièrement sensibles et que le secret médical est nécessaire pour « *préserver [la] confiance dans le corps médical* ».

De même, la Cour de justice de l'Union européenne estime qu'« *il convient de donner à l'expression « données relatives à la santé » [...] spécialement protégée, une interprétation large de sorte qu'elle comprenne des informations concernant tous les aspects, tant physiques que psychiques, de la santé d'une personne* » (CJCE, 6 nov. 2003, Lindqvist, aff. C-101/01, pt. 51). La Cour européenne des droits de l'Homme a en outre insisté sur le fait que la collecte indifférenciée de données sensibles, et leur centralisation, devrait particulièrement attirer l'attention des juges en ce qu'elle est porteuse d'un « *risque de stigmatisation* », des personnes.

Par ailleurs, l'article L. 1110-4 du code de la santé publique dispose que « *toute personne prise en charge par un professionnel de santé, un établissement ou service, un professionnel ou organisme concourant à la prévention ou aux soins dans des conditions d'exercice où les activités sont régies par le présent code, le service de santé des armées, un professionnel du secteur médico-social ou social ou un établissement ou service social et médico-social mentionné au I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles, a droit au respect de sa vie privée et au secret des informations la concernant* ».

Ce même article précise qu'excepté dans les cas de dérogation expressément prévus par la loi, ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venue à la connaissance du professionnel, de tout membre du personnel de ces établissements, services ou organismes et de toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ces établissements ou organismes.

B. EN L'ESPÈCE

Le présent article 7 du projet de loi crée une nouvelle dérogation au secret médical dans le code de la santé publique au bénéfice du préfet de département et, à Paris, du préfet de police, et des services de renseignement du premier et du deuxième cercle.

Il existe six services de renseignement spécialisés dits du « premier cercle », visés à l'article L. 811-2 du code de la sécurité intérieure, qui renvoie à un décret pris en Conseil d'État codifié à l'article R. 811-1 du même code : la direction générale de la sécurité intérieure (DGSE), la direction du renseignement et de la sécurité de la défense (DRSD), la direction du renseignement militaire (DRM), la direction générale de la sécurité intérieure (DGSI), la direction nationale du renseignement et des enquêtes douanières (DNDRED) et le service chargé du traitement du renseignement et de l'action contre les circuits financiers clandestins (TRACFIN).

D'autres services dits du « second cercle » peuvent également recourir à certaines techniques de renseignement. Parmi la liste de ces services, visés à l'article L. 811-4 du code de la sécurité intérieure, qui renvoie à un décret pris en Conseil d'État codifié à l'article R. 811-4 du même code, figurent notamment le service du renseignement territorial et le service national du renseignement pénitentiaire.

Aussi, l'étendue des agents destinataires de ces informations à caractère personnel s'avère très large et l'extension du nombre de personnes ayant accès à une information de type médical disproportionnée. Or, aucun spécialiste ne démentira que la multiplication des personnes ayant accès à un fichier, qui va en l'occurrence au-delà des professionnels de santé, accroît les risques de diffusion et entrecroisement des données personnelles, en l'espèce ultra-sensibles.

De plus, le Règlement général sur la protection des données (Règl. (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, art. 12) - que la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) a considéré comme applicable en l'espèce - dispose de la nécessité pour les personnes concernées d'être informées des conditions dans lesquelles leurs données ont été traitées.

L'identité des professionnels fait partie de cette information essentielle. Les personnes ayant accès aux données doivent donc être authentifiées dans des conditions définies par la loi.

A cette fin d'authentification notamment, l'article L. 1110-4-1 du code de la santé publique dispose : « Afin de garantir la qualité et la confidentialité des données de santé à caractère personnel et leur protection, les professionnels de santé, les établissements et services de santé, et tout autre organisme participant à la prévention, aux soins ou au suivi médico-social et social dont les conditions d'exercice ou les activités sont régies par le présent Code, utilisent, pour leur traitement, leur conservation sur support informatique et leur transmission par voie électronique, des systèmes d'information conformes aux référentiels d'interopérabilité et de sécurité élaborés par le groupement d'intérêt public mentionné à l'article L. 1111-24. Ces référentiels sont approuvés par arrêté du ministre chargé de la santé, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés ».

Le Référentiel Général de Sécurité (page 9) prévoit ainsi que « L'authentification a pour but de vérifier l'identité dont se réclame une personne ou une machine. La mise en œuvre par une autorité administrative des fonctions de sécurité « Authentification » ou « Authentification serveur » peut se faire selon trois niveaux de sécurité aux exigences croissantes ».

En matière de santé, le niveau de sécurité requis est le plus haut. C'est pourquoi l'arrêté du 22 mars 2017 relatif au référentiel de sécurité applicable au Système national des données de santé (actuel Health Data Hub), précise au point 5.3. Paliers d'identification et d'authentification : « L'accès à des données à fort risque doit nécessiter une identification locale ou nationale pour toute personne physique ou morale, conformément aux exigences du palier 2 du Référentiel d'identification de la PGSSI-S, et une authentification forte, conformément aux exigences du palier 2 du Référentiel d'authentification de la PGSSI-S ».

Or, l'article 7 du projet de loi définit un grand nombre de professionnels qui n'ont actuellement pas tous les moyens techniques d'une authentification forte telle que décrit par les référentiels de sécurité applicables à la matière.

Si la loi prévoit le traçage des personnes sans leur consentement, elle ne peut faire l'économie du traçage des accès aux données de santé par les personnes qui y sont autorisées.

En cela, les dispositions contestées violent le droit au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles.

Plus loin, ces nouvelles dispositions ne répondent aucunement à l'opacité de la procédure de levée de doute qui permet, à la suite de l'interconnexion, un échange informel d'informations entre préfetures et ARS.

Concrètement, en effet, dès l'inscription d'une nouvelle personne dans l'un ou l'autre fichier et toutes les 24 heures au moins, un croisement des données « noms », « prénoms » et « dates de naissance » de chacun des fichiers est réalisé. En cas de concordance, le FSPRT génère un mail à destination du préfet du département d'hospitalisation et des agents qu'il a habilités pour les en informer. Ces derniers peuvent contacter l'ARS afin de s'assurer de l'identité de la personne concernée dans le cadre d'une procédure dite de « levée de doute » et d'obtenir des informations

complémentaires portant sur les dates de début et de fin de la mesure, le type de mesure prononcée ou encore le lieu d'hospitalisation.

Or, cette procédure de levée de doute, autrement dit l'utilisation de ces données complémentaires « aux fins de prévenir la radicalisation terroriste », s'avère n'être encadrée par aucun texte. L'étude d'impact mentionne que « *le décret n° 2018-383 du 23 mai 2018 autorisant les traitements de données à caractère personnel relatifs au suivi des personnes en soins psychiatriques sans consentement devra être modifié pour permettre d'élargir la liste des accédants à l'information en cas de correspondance entre HOPSYWEB et FSPRT et les protocoles entre ARS et préfetures seront à modifier pour préciser les conditions de la levée de doute intervenant en cas d'identification d'une correspondance* ».

La CNIL ne s'y est d'ailleurs pas trompée dans sa délibération n° 2018-354 du 13 décembre 2018 puisqu'elle relève que « *les informations relatives aux mesures de soins sans consentement dont a fait l'objet une personne, en particulier les informations complémentaires susceptibles d'être transmises dans le cadre de la procédure de levée de doute, sont susceptibles de relever du secret professionnel prévu à l'article L. 1110-4 du code de la santé publique* ».

En tout état de cause, il est permis de s'interroger sur l'utilité d'une telle procédure ou plutôt sur sa réelle utilité. En effet, le préfet du lieu d'hospitalisation est censé disposer de ces informations complémentaires, soit parce qu'il est l'auteur de la mesure sur le fondement des articles L. 3213-1 et suivants du code de la santé publique, soit parce que l'article L. 3212-5 du même code fait obligation au directeur d'établissement qui prononce l'admission du patient à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent d'en informer sans délai le préfet, soit encore parce que les admissions en soins psychiatriques ordonnées par le juge sur le fondement de l'article 706-135 du code de procédure pénale sont immédiatement portées à la connaissance du préfet en vertu de ce texte. Sauf à permettre de connaître des données de santé, comme par exemple la nature de la pathologie, ce canal informel n'est absolument pas justifié ni d'un point de vue juridique, ni d'un point de vue opérationnel, d'autant que l'article L. 3212-5 du code de la santé publique a été modifié par la loi du 26 janvier 2016⁸ pour supprimer la communication au préfet des certificats médicaux et du bulletin d'entrée du patient admis sur décision de l'établissement.

A ce sujet, la CNIL - perplexe - avait d'ailleurs émis une recommandation afin que la personne en charge de la transmission des informations complémentaires soit exclusivement la personne référente qui, à l'ARS, participe aux cellules pour la prévention de la radicalisation et l'accompagnement des familles (CPRAF), commissions départementales supposées apporter un soutien social aux personnes suspectées d'être engagées dans un processus de radicalisation, ainsi qu'à leurs proches.

⁸ Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé

Dans son avis sur le décret, la CNIL faisait même état des «*précisions apportées par le ministère selon lesquelles, dans le cadre de la procédure de levée de doute, le préfet de département du lieu d'hospitalisation peut ensuite prendre contact [...] avec le préfet de département en charge du suivi de la personne radicalisée ou du service chargé de ce suivi* » qui peut lui-même «*lancer une évaluation plus poussée de l'individu dans le cadre du groupe d'évaluation départementale [...] ou encore renseigner le FSRPT* ». C'est dire que les données de santé ont circulé - de manière sauvage - et circulent du fait de l'interconnexion.

En réalité - d'aucuns n'est dupe - cette interconnexion vise à adapter la surveillance et intensifier le contrôle exercé sur le patient, quitte à faire procéder à une nouvelle évaluation de sa dangerosité, et ce sur la base de données de santé qui figureront sur le FSPRT. D'ailleurs, le rapporteur public le 27 mars 2020⁹ n'a pas manqué de souligner les risques attachés à une telle interconnexion : «*Il s'agit de rapprocher deux fichiers aux finalités originelles clairement distinctes, qui comportent tous les deux des données présentant une particulière sensibilité. Il est vrai que le décret se borne à permettre l'identification des personnes figurant dans l'un et l'autre fichiers, sans autre détail sur leur santé, le processus de radicalisation dans lequel elles sont engagées ou d'autres éléments de leur vie privée. Mais ce rapprochement peut ensuite motiver des actions de surveillance potentiellement très intrusives. En outre, le FSPRT a une portée nationale et concernerait plus de 20 000 personnes ; si HOPSYWEB est structuré au niveau départemental, il s'agit d'un fichier déployé à l'échelle nationale qui recense l'ensemble des personnes faisant l'objet de soins sans consentement, soit près de 100 000 en 2018* ».

Dans son avis sur le présent projet de loi, la CNIL a d'ailleurs réitéré ses réserves et appelé à un encadrement strict des conditions de mise en œuvre de cette transmission, notamment un renforcement de la sécurisation de la procédure de levée de doute.

Seulement, l'article 7 du projet de loi n'apporte aucune précision et ne prévoit aucune garantie concernant cette phase de vérification d'identité et de recueil d'informations complémentaires, violant ainsi le droit au respect de la vie privé.

Enfin, l'article 7 du projet de loi est formulé en des termes généraux et imprécis et renvoie implicitement au pouvoir réglementaire sa mise en œuvre, méconnaît l'étendue de la compétence que l'article 34 de la Constitution confère au législateur, porte atteinte au principe de séparation des pouvoirs qui résulte de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et conséquemment aux exigences de garantie légale qui accompagne l'exercice des droits et libertés que la constitution garantit, notamment la liberté individuelle et de respect de la vie privée.

En effet, en tant qu'il renvoie au pouvoir règlementaire la phase de vérification d'identité et de recueil d'informations complémentaires (procédure de levée de doute), le législateur méconnaît

9 Conseil d'État, 27 mars 2020, n° 431350, concernant le recours formé par l'association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie (CRPA), la Ligue des droits de l'homme (LDH), la MGEN action sanitaire et sociale (MGEN ASS), l'association Avocats, droits et psychiatrie (ADP), le Conseil national de l'ordre des médecins (CNOM) et le Syndicat des psychiatres des hôpitaux (SPH)

l'étendue de sa compétence relative « aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » (article 34 alinéa 2 de la Constitution) et porte une atteinte excessive à la liberté individuelle et à la vie privée.

Le grief d'incompétence négative vaut aussi pour la finalité de l'interconnexion entre les fichiers HOPSYWEB et FSPRT, à savoir le « suivi d'une personne qui représente une menace grave pour la sécurité et l'ordre publics en raison de sa radicalisation à caractère terroriste ». En effet, cette finalité s'avère insuffisamment fondée et floue car, contrairement à l'idée aujourd'hui diffusée par un discours politique dominant sans mesure, il n'est pas démontré qu'il existe un lien entre radicalisation à caractère terroriste et troubles psychiatriques.

Malheureusement, les déclarations en ce sens sont légion. Par exemple, le 22 août 2017, quelques jours après les attentats terroristes en Catalogne, Gérard Collomb, alors ministre de l'Intérieur, a affirmé qu'un « *certain nombre d'esprits faibles [...] vont passer à l'acte par mimétisme et c'est ce contre quoi il faut se prémunir et il faut travailler* », arguant de ce « *qu'à peu près un tiers des personnes signalées pour radicalisation souffre de troubles psychologiques* »¹⁰. En 2019, Laurent Nuñez, secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'Intérieur, a à son tour déclaré devant l'Assemblée nationale, sans citer aucune source, que « *12 % des personnes inscrites au FSPRT souffr[ent] de troubles psychologiques* »¹¹.

Pire encore, le Conseil d'Etat ainsi que le gouvernement dans l'étude d'impact du présent projet de loi prennent pour argent comptant ces affirmations, sans aucune recherche approfondie, sans aucune référence documentée, alors que les plus raisonnés et les sachants s'accordent à dire que le sujet est complexe. Le Conseil d'Etat (dans sa décision du 27 mars 2020 concernant le décret du 6 mai 2019, paragraphe 11) se borne en effet à mentionner le rapport d'information *sur les services publics face à la radicalisation* du 27 juin 2019 pour affirmer que « *12% des personnes enregistrées dans le FSPRT présenteraient des troubles psychiatriques* » - en commettant une erreur au passage car dans le rapport il est question de troubles « psychologiques » - alors qu'il s'agit de propos non sourcés de Laurent Nuñez. Sans aucune rigueur également, les auteurs de l'étude d'impact accompagnant le présent projet de loi se sont contentés de copier-coller la phrase du Conseil d'Etat.

10 Comme le souligne Cyprien Anrochte : « *Le chiffre avancé par le ministre - un tiers de personnes radicalisées présentant des troubles psychologiques - semble surprenant. Ce chiffre peut évoquer l'étude menée par Corner et Gill (2015) qui montrait qu'à peu près un tiers de ceux que les auteurs ont qualifiés de « lone-actor » souffraient de pathologies psychiatriques. Mais l'étude notait que la plupart n'étaient pas rattachés à une idéologie partagée comme le fondamentalisme islamique ou l'extrême-droite. Si nous comparons la prévalence des pathologies psychiatriques chez les terroristes avec celle de la population générale, nous observons effectivement une occurrence plus élevée de troubles psychotiques et autistiques chez les « lone-actors ». Cependant, ces chiffres doivent être comparés avec d'autres facteurs de risques comme l'isolement social, que nous retrouvons dans 52,9 % des cas chez cette même catégorie. Aussi, la maladie mentale comme unique facteur dans les passages à l'acte violent ne concerne seulement que 4 à 5 % des cas* »

11 Assemblée nationale, *Rapport d'information sur les services publics face à la radicalisation*, n° 2082, 27 juin 2019, p. 86

Le travail parlementaire est tout autant à l'emporte-pièce en la matière. Ainsi, en 2018, le rapport de l'Assemblée nationale consacré aux fichiers de police¹² faisait état de la nécessité de prendre davantage en compte le champ psychiatrique dans la lutte contre la radicalisation. Sauf que rien dans ce rapport ne venait démontrer que les personnes atteintes de troubles psychiatriques seraient plus que les autres susceptibles de commettre des actes terroristes – ou même violents, ni qu'à l'inverse les actes de la sphère terroriste (qui englobe jusqu'à l'apologie) seraient davantage commis par des personnes atteintes de pathologies psychiatriques.

Pour reprendre les termes du rapporteur public (dans le cadre de la décision du CE du 27 mars 2020), « *Ni la médecine, ni les sciences humaines et sociales n'ont encore éclairci de façon satisfaisante les liens entre radicalisation à caractère terroriste et troubles psychiatriques. S'il existe un consensus sur le fait que la radicalisation n'est pas en elle-même une maladie mentale, les études peinent à identifier si et dans quelle mesure une telle pathologie peut constituer un facteur causal ou prédisposant, ou la conséquence d'un processus d'endoctrinement ou de dérive extrémiste* ».

Par exemple, le psychiatre Michel Triantafyllou¹³ avance plutôt le chiffre de 3,5 % de personnes incarcérées et radicalisées montrant des signes de troubles psychiatriques (chiffres bien inférieurs à la population carcérale générale).

Le docteur Charles Stecken¹⁴ conclut que le phénomène de radicalisation ne peut être rattaché à une quelconque maladie psychiatrique. Il explique que « *de ces profils d'individus polymorphes et de ces trajectoires de vie toujours singulières, il faut éviter les explications simplistes mono-causales. Toutes les personnes rassemblées sous la seule étiquette « radicalisation » peuvent présenter des motivations qui sont diamétralement opposées. Il faut favoriser une approche multifactorielle tenant compte des facteurs de risque individuels (vulnérabilités psychologiques), les facteurs de risque micro-environnementaux (entourage amical et familial) et les facteurs de risque sociétaux (événements géopolitiques). La radicalisation d'un individu ne peut être prise en compte qu'à partir d'une histoire de vie et d'un contexte social et historique déterminé* ».

Il poursuit : « *Il n'est pas retrouvé de psychopathologie propre à la radicalisation. Néanmoins, elle peut toucher des personnes plus fragiles psychologiquement. Mais cette fragilité est multifactorielle et protéiforme. Elle doit être prise en charge de façon plurielle engageant surtout la sphère sociale et politique* ».

De la même façon, la Fédération française de psychiatrie avance, après une revue de littérature, qu'il existe un « *consensus général selon lequel les terroristes n'ont pas une psychopathologie*

12 Assemblée nationale, *rapport d'information sur les fichiers mis à la disposition des forces de sécurité*, n° 1335, D. Paris et P. Morel-À-L'Huissier, 17 oct. 2018

13 La pensée psychiatrique au sujet de la radicalisation depuis 2015 », *Le genre humain*, 2019/2 n° 61, p. 89

14 Charles Stecken, *Evaluation des liens entre la radicalisation islamiste et la psychiatrie*, thèse en médecine Université Bordeaux 2, 2019

spécifique et qu'il n'y pas plus de troubles mentaux chez les terroristes qu'en population générale »¹⁵.

Bien qu'aucun lien de causalité ne soit établi entre trouble(s) psychiatrique(s) et radicalisation - dont le concept n'est d'ailleurs à aucun moment défini dans l'exposé des motifs du projet de loi -, il est toutefois considéré par le gouvernement que « *la finalité qui vise donc à partager les informations relatives au suivi des ces personnes entre les deux institutions est donc légitime, afin de mieux prévenir les risques de passage à l'acte des personnes faisant l'objet d'un suivi au titre de la radicalisation terroriste. A cet égard, l'autorité de police administrative en charge de ce suivi doit en particulier être à même de savoir si la personne inscrite dans le fichier de signalement pour la prévention de la radicalisation à caractère terroriste fait à ou a fait l'objet d'une prise en charge psychiatrique, pour adapter son suivi* » (étude d'impact).

Aussi, la finalité poursuivie par le présent article 7 du projet de loi est péremptoire et insuffisamment précisé, ce qui porte atteinte à la liberté individuelle et à la vie privée.

15 Rapport du groupe de travail de la Fédération française de psychiatrie, *Psychiatrie et radicalisation*, Pr. Michel Botbol, Nicolas Campelo, Dr Catherine Lacour Gonay, Dr Danièle Roche-Rabreau, Dr Roger Teboul, Dr Jean Chambry, Dr Michel David, janvier 2020

CONCLUSION

Par cette contribution extérieure, nos organisations ont souhaité alerter le Conseil constitutionnel sur ce qui nous apparaît être de graves atteintes à des libertés fondamentales, justifiant une censure de votre juridiction. A titre subsidiaire, l'imprécision de cette loi pourrait vous amener à tout le moins à en affiner les contours par des réserves d'interprétation.