
Décision de la Défenseure des droits n°2020-158

La Défenseure des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la Constitution du 4 octobre 1958, et notamment son article 66 ;

Vu la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, et notamment ses articles 2, 4, 5, 7, 8, 9 et 16 ;

Vu la loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine, adoptée définitivement par l'Assemblée nationale le 27 juillet 2020 ;

Informée de la saisine du Conseil constitutionnel de cette loi par le président de l'Assemblée Nationale et par soixante sénateurs (saisine 2020-805 DC) ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le Conseil constitutionnel.

Claire HÉDON

**Observations devant le Conseil constitutionnel présentées dans le cadre de l'article 33
de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011**

La loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine, si elle poursuit l'objectif légitime de prévention de la commission d'infractions terroristes, introduit dans le code de procédure pénale des dispositions qui sont, pour certaines, contraires à la Constitution.

La création de mesures de sûreté avait été initiée par la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté. Lors de son adoption, cette loi avait donné lieu à une décision du Conseil constitutionnel¹ qui a affirmé d'une part que :

« la rétention de sûreté, eu égard à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limite et au fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction, 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 » (considérant 10) ;

Et d'autre part que :

« la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté doivent respecter le principe, résultant des articles 9 de la Déclaration de 1789 et 66 de la Constitution, selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire ; qu'il incombe en effet au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, ainsi que la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire ; que les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi » (considérant 13).

Par conséquent, les règles applicables à cette nouvelle catégorie de mesures, les « mesures de sûreté », qui sont à la croisée de la prévention administrative et de la répression pénale, sont ainsi les suivantes :

- L'instauration d'une mesure privative de liberté faisant suite à une condamnation pénale, sans être elle-même une peine, doit néanmoins être soumise au principe de non-rétroactivité.
- Les mesures de sûreté, en tant qu'elles portent atteinte à la liberté d'aller et venir et au respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, et à la liberté individuelle dont l'autorité judiciaire est garante en vertu de l'article 66 de la Constitution, doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention des atteintes à l'ordre public.

¹ Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008

A l'aune de ces exigences, la conformité à la Constitution de cette nouvelle loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine doit être interrogée à plusieurs égards.

Les critères de mise en œuvre des mesures de sûreté tels que prévus à l'article 706-25-15 I² du code de procédure pénale ne permettent pas d'en garantir la nécessité et la proportionnalité eu égard à l'objectif de prévention des atteintes à l'ordre public : le périmètre des infractions ouvrant la possibilité de prononcer ces mesures est excessivement large, et la définition de la dangerosité imprécise (1).

La nécessité et la proportionnalité de ce nouveau dispositif sont d'autant moins bien garanties que certaines des obligations prévues à titre de mesure de sûreté à l'article 706-25-15 sont privatives de liberté, s'agissant de la possibilité de prise en charge dans un établissement adapté, ou très fortement restrictives de liberté, s'agissant du placement sous surveillance électronique mobile. La première de ces mesures n'apparaît en outre pas pouvoir s'appliquer de manière rétroactive, et la seconde est insuffisamment encadrée par les dispositions de la loi (2).

Le régime procédural des mesures de sûreté, tel qu'il est prévu aux articles 706-25-16, 706-25-17 et 706-25-17-1, pose également problème dès lors qu'il ne garantit pas l'exercice effectif des voies de recours, appel et pourvoi en cassation, contre la décision prononçant la mesure de sûreté (3).

L'article 706-25-17-2 prévoit en outre la possibilité de reprise des obligations prononcées à titre de mesure de sûreté, lorsqu'elles ont été interrompues par une nouvelle incarcération, sans nouveau contrôle juridictionnel (4).

Enfin, l'application de ces nouvelles dispositions aux mineurs sans spécificité quant aux critères de mise en œuvre, aux obligations susceptibles d'être prononcées et à la procédure doit être débattue (5).

1. Article 706-25-15 I - Les critères de mise en œuvre des mesures de sûreté

a) Les infractions susceptibles de donner lieu à une mesure de sûreté

L'article 706-25-15 I prévoit qu'une mesure de sûreté serait susceptible d'être prononcée *« lorsqu'une personne a été condamnée à une peine privative de liberté 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 »*.

L'article 421-1 du code pénal définit comme terroristes une multitude d'actes, dès lors qu'ils sont commis en lien avec une entreprise terroriste : ces actes vont du vol et des dégradations de biens, de leur recel ou de leur blanchiment, à des infractions en matière d'armement et des atteintes volontaires à la vie.

Sont également visés comme pouvant donner lieu au prononcé d'une mesure de sûreté le financement d'actes de terrorisme et le fait de ne pouvoir justifier de ses ressources en étant habituellement en lien avec des personnes se livrant à des actes de terrorisme³.

² La numérotation utilisée est celle qui serait en vigueur dans le code de procédure pénale si les nouvelles dispositions y étaient introduites.

³ Articles 421-2-2 et 421-2-3 du code pénal.

L'ensemble de ces infractions est susceptible d'être sanctionné de peines d'emprisonnement d'une durée au moins égale à 3 ou 5 ans.

Les infractions concernées sont ainsi très variées dans leur degré de gravité et les valeurs protégées, sans qu'aucune gradation quant aux obligations susceptibles d'être prononcées à titre de mesure de sûreté ne soit instaurée.

A titre de comparaison, la rétention de sûreté ne peut être décidée qu'à l'encontre de personnes condamnées à une peine de réclusion criminelle d'une durée supérieure ou égale à 15 ans⁴.

La proportionnalité de l'atteinte aux droits des personnes condamnées eu égard à l'objectif de prévention des atteintes à l'ordre public n'est, dans ces conditions, pas assurée, et les dispositions critiquées ne sont pas conformes aux exigences découlant des articles 2, 4 et 9 de la Déclaration de 1789 et de l'article 66 de la Constitution.

b) Le critère de la dangerosité

Pour que des mesures de sûreté puissent être décidées, l'article 706-25-15 I prévoit en outre que la personne condamnée doit présenter « *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* ».

La notion de dangerosité avait déjà été critiquée au moment de l'instauration de la rétention de sûreté. Des garde-fous avaient alors été mis en place : la dangerosité, caractérisée par une probabilité très élevée de récidive, suppose qu'un trouble grave de la personnalité soit médicalement constaté⁵.

La dangerosité au sens de la nouvelle loi consiste dans la probabilité très élevée de récidive et dans l'adhésion à une idéologie, éléments qui ne peuvent être objectivement constatés comme peut l'être le trouble de la personnalité.

Le critère de mise en œuvre des mesures de sûreté en matière terroriste apparaît ainsi trop incertain eu égard aux atteintes à la liberté individuelle, à la liberté d'aller et venir et au respect de la vie privée que comportent ces mesures, posant là encore la question de la conformité des dispositions critiquées aux articles 2, 4 et 9 de la Déclaration de 1789 et à l'article 66 de la Constitution.

2. Article 706-25-15 – Les obligations susceptibles d'être imposées à titre de mesure de sûreté

a) Article 706-25-15 I 9° - La prise en charge au sein d'un établissement d'accueil adapté

L'article 706-25-15 I 9° prévoit que la personne qui fait l'objet d'une mesure de sûreté puisse se voir imposer l'obligation suivante :

« *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*

⁴ Article 706-53-13 du code de procédure pénale.

⁵ Article 706-53-13 du code de procédure pénale.

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. »

Il convient de relever que cette mesure, qui avait déjà été instaurée par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 comme modalité du sursis avec mise à l'épreuve, dans le sillage de la création des « centres de déradicalisation », n'a jamais été soumise au contrôle du Conseil constitutionnel.

En outre, cette mesure étant absente de la version initiale de la proposition de loi ici discutée, le Conseil d'Etat n'a pas été en mesure de se prononcer sur sa conformité avec la Constitution dans son avis du 11 juin 2020⁶.

Or, au considérant 10 de sa décision du 21 février 2008, précitée, le Conseil constitutionnel avait considéré qu'une mesure privative de liberté ne pouvait s'appliquer de manière rétroactive.

Le placement d'une personne dans un établissement d'accueil adapté tel qu'il est prévu par la présente loi, en l'absence de précisions complémentaires quant à la durée du placement d'une part, à la liberté d'aller et venir de la personne au sein et en dehors de l'établissement d'autre part, doit s'analyser comme une mesure privative, et non simplement restrictive, de liberté⁷.

Le prononcé d'une telle obligation ne doit dès lors pas pouvoir s'appliquer à des faits commis antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi. Or la loi ne le précise pas. L'article 706-25-15 II bis prévoit uniquement que les obligations prononcées à titre de mesure de sûreté seront applicables aux condamnés qui n'ont pas encore été libérés au jour de l'entrée en vigueur de la loi. Le non-respect du principe de non-rétroactivité doit ainsi être constaté.

L'obligation de prise en charge au sein d'un établissement d'accueil adapté apparaît en outre disproportionnée eu égard à la variété des comportements susceptibles d'entraîner la mise en place d'une mesure de sûreté⁸.

b) Article 706-25-15 I bis – le placement sous surveillance électronique mobile

L'article 706-25-15 I bis prévoit que le placement sous surveillance électronique mobile, mesure actuellement prévue comme modalité de la peine complémentaire de suivi socio-judiciaire, sera susceptible d'être mis en œuvre comme mesure de sûreté contre les auteurs d'infractions terroristes. Le consentement de la personne sera requis.

Cette mesure revêt un caractère fortement restrictif de liberté et elle apparaît ainsi disproportionnée eu égard à la variété des comportements susceptibles d'entraîner la mise en place d'une mesure de sûreté.

Par ailleurs, il doit être relevé que les dispositions de la loi relatives à la procédure de placement sous mesure de sûreté et à la durée de cette mesure ne se réfèrent qu'à l'article 706-25-15 I et non au I bis issu d'un amendement lors des débats parlementaires. Par exemple, l'article 706-25-15 II prévoit que « *la mesure de sûreté prévue au I peut être*

⁶ Avis sur la proposition de loi, 11 juin 2020, n° 399.857.

⁷ Sur la notion de privation de liberté : la rétention de sûreté, mesure privative de liberté, consiste dans le placement dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté (art. 706-53-13 dernier al. CPP) et apparaît ainsi assez proche de la mesure de prise en charge ici discutée ; le Conseil constitutionnel a également considéré que serait privative de liberté une assignation à résidence comportant une astreinte à domicile de plus de 12h par jour (décisions n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, cons. 6 ; n° 2017-674 du 1^{er} décembre 2017, cons. 15-17).

⁸ Cf. supra, 1.a).

ordonnée pour une période d'une durée maximale d'un an », et la durée du placement sous surveillance électronique mobile n'est de ce fait pas expressément encadrée.

Si cette disposition de la loi était déclarée conforme à la Constitution, il semblerait justifié, afin d'éviter toute confusion dans la mise en œuvre du placement sous surveillance électronique mobile, d'émettre une réserve d'interprétation précisant que cette mesure est soumise à la même procédure et aux mêmes limitations de durée que les autres obligations susceptibles d'être prononcées.

3. Articles 706-25-16, 706-25-17 et 706-25-17-1 – procédure et exercice des voies de recours

L'article 706-25-16 prévoit que la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté⁹ est saisie au moins trois mois avant la date de libération des personnes condamnées pour évaluer leur dangerosité.

L'article 706-25-17 dispose que la décision relative aux mesures de sûreté est ensuite prise par la juridiction régionale de la rétention de sûreté¹⁰ « *avant la date prévue pour la libération du condamné* ». Elle peut donc être prise immédiatement avant la libération, et les mesures de sûreté peuvent commencer à être exécutées avant même que la personne condamnée ait exercé un recours¹¹.

L'article 706-25-17-1 prévoit quant à lui, par référence aux dispositions applicables à la rétention de sûreté, la possibilité pour le condamné d'interjeter appel puis de former un pourvoi en cassation contre la décision relative à la mesure de sûreté.

Au titre de la « *garantie des Droits* » affirmée à l'article 16 de la Déclaration de 1789, figure l'exigence d'un recours juridictionnel qui soit effectif¹².

La mesure de sûreté est prononcée pour une durée d'une année¹³.

En l'absence de délai fixé entre la date de la décision relative à la mesure de sûreté et la date de la libération, et en l'absence d'encadrement des délais pour statuer en appel puis en cassation, il n'est pas acquis que la personne condamnée puisse voir son appel et son pourvoi examinés avant que la décision ait cessé de produire ses effets.

Le texte actuel ne permet ainsi pas de garantir un exercice effectif des voies de recours qu'il instaure.

⁹ Commission prévue à l'article 763-10 du code de procédure pénale, compétente pour rendre des avis en matière de placement sous surveillance électronique mobile et de rétention de sûreté.

¹⁰ Juridiction prévue à l'article 706-53-15 du code de procédure pénale, compétente en matière de rétention de sûreté.

¹¹ A titre de comparaison, en matière de rétention de sûreté, il est prévu que la commission pluridisciplinaire soit saisie un an avant la date de libération du condamné et que la juridiction régionale soit saisie trois mois avant la libération (articles 706-53-14 et 706-53-15 du code de procédure pénale).

¹² Décisions n° 96-373 DC du 9 avril 1996, cons. 83.

¹³ Article 706-25-15 II

4. Article 706-25-17-2 – suspension de la mesure de sûreté en cas de détention au cours de son exécution

L'article 706-25-17-2 prévoit que les mesures de sûreté prononcées « *sont suspendues par toute détention intervenue au cours de leur exécution* » et que « *si la détention excède une durée de six mois, la reprise d'une ou de plusieurs des obligations prévues au même article 706-25-15 doit être confirmée par la juridiction régionale de la rétention de sûreté au plus tard dans un délai de trois mois après la cessation de la détention, à défaut de quoi il est mis fin d'office à la mesure.* »

Les obligations prononcées à titre de mesure de sûreté peuvent donc être mises en œuvre à nouveau en l'absence de toute décision juridictionnelle concomitante à leur reprise, lorsque la détention a duré moins de six mois, et avec un contrôle juridictionnel qui n'intervient qu'au bout de trois mois en cas de détention supérieure à six mois.

L'article 66 de la Constitution fait pourtant du juge judiciaire le gardien de la liberté individuelle.

Au titre des articles 9 et 16 de la Déclaration de 1789, il apparaît en outre nécessaire qu'un contrôle juridictionnel intervienne chaque fois que sont mises en œuvre des mesures privatives ou fortement restrictives de liberté, afin de s'assurer de la nécessité et de la proportionnalité de l'atteinte.

Les garanties en matière de contrôle juridictionnel telles qu'elles sont prévues dans la présente sont donc insuffisantes.

Les restrictions et privations de liberté susceptibles d'être prononcées à titre de mesure de sûreté portent une atteinte incontestable à la liberté individuelle affirmée à l'article 66 de la Constitution, à la liberté d'aller et venir et au respect de la vie privée garantis aux articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789.

En permettant la reprise d'une mesure de sûreté sans aucun contrôle juridictionnel de sa nécessité et de sa proportionnalité à l'issue de la nouvelle période de détention, la disposition critiquée ne permet pas un encadrement suffisant des atteintes portées aux droits des condamnés faisant l'objet d'une mesure de sûreté.

5. Application des mesures de sûreté aux mineurs

La loi instaurant des mesures de sûreté en matière terroriste crée des dispositions s'appliquant indistinctement aux majeurs et aux mineurs : les critères de mise en œuvre, les obligations susceptibles d'être prononcées et la procédure sont identiques. Seule varie la durée maximale de ces mesures, de 3 ou 5 ans pour les mineurs, et de 5 ou 10 ans pour les majeurs.

Or, le Conseil constitutionnel considère que la spécificité du droit pénal et de la procédure pénale applicables aux mineurs constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République¹⁴, et il a récemment reconnu une valeur constitutionnelle à l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁵.

L'absence de spécificité dans la procédure mise en œuvre comme dans le contenu de la mesure doit conduire le Conseil constitutionnel à s'interroger sur la constitutionnalité de la loi.

¹⁴ Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, cons. 26.

¹⁵ Décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, cons. 6.