Décision n° 2021 – 822 DC

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

Liste des contributions extérieures

Services du Conseil constitutionnel - 2021

Plusieurs auteurs peuvent rédiger une contribution commune

Contributions	
Date de réception	**Auteur(s)**
23/07/2021	Association des Archivistes de France
26/07/2021	Commission nationale consultative des droits de l'homme
27/07/2021	Le Syndicat de la magistrature et le Syndicat des avocats de France
27/07/2021	Observatoire international des prisons – Section française
27/07/2021	La Quadrature du Net

CONTRIBUTION EXTERIEURE AUPRES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

DU 23 JUILLET 2021

À PROPOS DE L'ARTICLE 19 DE LA LOI RELATIVE A LA PREVENTION DES ACTES DE TERRORISME ET AU RENSEIGNEMENT,

CONCERNANT L'ACCES AUX ARCHIVES PUBLIQUES DE LA NATION

Déposée par le collectif « Accès aux archives publiques » coordonné par :

L'ASSOCIATION DES ARCHIVISTES FRANÇAIS,

association régie par la loi du 1er juillet 1901
dont le siège est 8 rue Marie Jégo, 75013 Paris
prise en la personne de sa présidente Madame Céline Guyon

L'ASSOCIATION DES HISTORIENS CONTEMPORANEISTES DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR ET DE LA RECHERCHE,

association régie par la loi du 1er juillet 1901
dont le siège est à la Maison de la Recherche de Sorbonne-Université, 28 rue Serpente, 75006 Paris
prise en la personne de sa présidente Madame Raphaëlle Branche

L'ASSOCIATION JOSETTE ET MAURICE AUDIN,

association régie par la loi du 1er juillet 1901
dont le siège est à la Ligue des droits de l'Homme, 138 rue Marcadet, 75018 Paris
prise en la personne de son président Monsieur Pierre Mansat

Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil,

L'article 19 de la loi relative à la prévention des actes de terrorisme et au renseignement, tel qu'adoptée définitivement par l'Assemblée nationale ce jeudi 22 juillet 2021, soulève une **très vive inquiétude dans la communauté des archivistes et des historiens contemporanéistes** – dont nous représentons les deux principales associations professionnelles –, ainsi que chez de nombreux usagers des services publics d'archives en général.

Cet article soulève en outre, nous semble-t-il, d'importants problèmes de constitutionnalité.

En tant que que collectif ayant directement provoqué la disposition querellée, par suite du recours pour excès de pouvoir ayant *in fine* conduit à l'annulation par le Conseil d'État des règles relatives à l'accès aux archives publiques de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale (CE, 2 juillet 2021, req. n° 444865 et 448763, Association des archivistes français et autres), nous nous permettons de faire valoir quelques observations dans le débat qui vous est soumis, conformément aux modalités définies dans votre communiqué de presse du 24 mai 2019.

Dans cette contribution, nous rappellerons très rapidement, d'abord, que la loi qui vous est déférée n'est, en aucun cas et sur aucun point, une loi qui libéraliserait l'accès aux archives publiques (I). Nous expliciterons ensuite les termes de notre particulière préoccupation concernant l'accès aux archives des services de renseignement (II). Nous préciserons enfin les différents griefs d'inconstitutionnalité que nous identifions (III).

I.- Sur la prétendue libéralisation de l'accès aux archives qu'organiserait l'article 19

Durant le débat parlementaire, le gouvernement a systématiquement présenté l'article 19 comme organisant une « ouverture massive des archives publiques » (étude d'impact, p. 251). Cet argument a été repris par les rapporteurs des deux chambres.

Une telle ouverture découlerait de l'alinéa 14, en vertu duquel les documents d'archives publiques sont automatiquement déclassifiés au moment même où ils deviennent communicables de plein droit. Et c'est au nom de cette prétendue « libéralisation » que l'article 19 organise, en contrepoint, un allongement inédit des délais de communication d'un certain nombre d'archives publiques (alinéas 5 à 10).

L'arrêt précité du Conseil d'État du 2 juillet 2021 montre que cette présentation est mensongère, et a contribué à biaiser lourdement le débat parlementaire. En effet, en déclarant illégale et en annulant la procédure de déclassification des archives « secret-défense » que le code du patrimoine rendait communicables de plein droit, le juge administratif démontre que l'alinéa 14 n'apporte aucune nouveauté, mais **redouble l'annulation de pratiques administratives grossièrement illégales**.

De ce fait, et contrairement à ce que martèlent l'exposé des motifs, l'étude d'impact, les discours de la ministre des armées et les rapports des commissions, l'article 19 a **pour seul et unique objet d'allonger les délais d'accès à certaines catégories d'archives publiques**, selon des modalités, qui plus est, particulièrement discutables, en ce qu'elles placent cet allongement en rupture avec la législation sur les archives telle qu'elle existe en France depuis la loi du 3 janvier 1979 : d'une part, **la durée de cet allongement reste indéterminée** (elle n'est pas fixée par le projet de loi et aucun délai-plafond n'est établi) ; d'autre part, **seule l'administration déterminera le moment où ces archives deviendront communicables**, alors que la détermination, par le législateur et par lui-seul, des délais de communication était l'une des principales avancées de la loi du 3 janvier 1979 sur les archives.

II.- Sur la fermeture de l'accès aux archives des services de renseignement

De tous les allongements des délais qu'organise l'article 19 du projet de loi, c'est celui prévu aux 8e et 9e alinéas de l'article 19 qui inquiète le plus les archivistes et les historiens, car il est susceptible de concerner un volume considérable de documents.

Ces deux alinéas organisent l'allongement, au-delà de cinquante ans et pour une durée indéfinie, des délais de communication des archives publiques révélant des « procédures opérationnelles » ou des « capacités techniques » des services de renseignement, dès lors que ces procédures et capacités conservent une « valeur opérationnelle ».

Le très faible encadrement juridique de l'allongement des délais, au-delà de cinquante ans, qu'organisent les 8e et 9e alinéas de l'article 19 produira, c'est une certitude, des **conséquences de très grande ampleur sur le travail des chercheurs** s'intéressant à l'histoire des politiques de renseignement et de sécurité – et bien au-delà, du fait de l'immense diversité des thématiques abordées dans ces archives. Il aura aussi pour conséquence un **alourdissement important de la tâche des archivistes** responsables de la communication des documents.

Concrètement, **tout document produit par les services concernés par les alinéas 8 et 9 est susceptible de donner, d'une manière ou d'une autre, des informations sur leurs**

« procédures opérationnelles » et leurs « capacités techniques ». Dès lors qu'il s'agit de documents de travail, en effet, ils renseignent nécessairement sur la manière dont ces services travaillent, montent des opérations, élaborent des procédures, obtiennent des renseignements, font circuler de l'information.

Certes, dans un message à l'ensemble du réseau des archives de France en date du 1er juillet 2021, la cheffe du Service interministériel des archives de France soutient que les catégories prévues aux 8e et 9e alinéas de l'article 19 « ne visent pas les documents faisant état du renseignement recueilli par ces services, mais bien uniquement **ceux qui décrivent les méthodes permettant ce recueil**, dès lors qu'elles n'auraient pas été révélées et qu'elles seraient toujours opérationnelles ». On ne peut néanmoins que constater le décalage entre la lettre des alinéas en question (les documents qui « révèlent les procédures opérationnelles ») et l'interprétation très optimiste qui en est donnée dans ce message (les documents qui « décrivent les méthodes des procédures opérationnelles »), alors même que toute l'histoire des pratiques archivistiques des services de renseignement – très réticents à accomplir leurs obligations légales de versement dans des services publics d'archives – démontre le contraire : du côté des services de renseignement, **ce sont toujours les interprétations qui conduisent à l'ouverture la plus restrictive des archives qui sont retenues, jamais les interprétations résolument optimistes du type de celle que propose aujourd'hui le Service interministériel des archives de France**.

Un exemple très récent permet d'ailleurs d'anticiper facilement les interprétations à venir de l'article 19, au regard de **l'extrême largesse des interprétations passées de la part des services de renseignement**.

Le 8 juillet 2021, un membre du collectif a consulté aux Archives Nationales un carton (F/7/16097) contenant un certain nombre de documents classifiés de plus de cinquante ans, **dont l'accès ne pouvait désormais plus lui être refusé, du fait de l'arrêt du Conseil d'État du 2 juillet 2021**.

Le contexte était le suivant : depuis 2017, la DGSI refusait l'accès à différents documents conservés dans ce carton, plus précisément aux documents « secret-défense » de la DST des années 1950 relatifs aux individus interdits « pour motifs politiques » de séjour en France. Ces documents n'étaient pas des documents « en cours de déclassification », mais des documents qui avaient fait l'objet d'un refus exceptionnel de déclassification : **par une décision n°24691 du 7 décembre 2017, la DGSI avait expressément refusé leur déclassification au nom des impératifs contemporains de la défense nationale**.

Qu'y avait-il donc dans ces enveloppes apparemment encore si sensibles 70 ans après les faits ? De simples listes d'individus que l'on a interdits d'entrer en France ou dont on a levé l'interdiction d'entrée dans les années 1950 : des nazis, des militants des organisations

communistes internationales, des réfugiés espagnols, des membres du conseil mondial de la paix...

Il n'y a pas d'autre explication au refus incompréhensible opposé par la DGSI, depuis 2017, d'accéder à ces documents que le fait très simple selon lequel, **par principe, ce service de renseignement considère aujourd'hui que tout document qui dévoile son activité opérationnelle l'affaiblit**. C'est à l'aune de cette position de principe que la DGSI se sent autorisée à à soutenir que l'accès à ces informations parfaitement inoffensives (quel est le danger d'une liste de nazis admis ou refoulés du territoire national, d'ailleurs aujourd'hui tous morts ?) est, aujourd'hui encore, en 2017-2021, de nature à nuire à la défense nationale.

Nous insistons sur le fait que l'exemple de ce carton est particulièrement important : **les cas dans lesquels on voit explicitement s'exprimer l'interprétation contemporaine, par la DGSI, du danger associé à des documents de plus de cinquante ans sont rares**.

Or, le caractère exagérément extensif de l'appréciation du danger que l'on voit ici à l'œuvre permet d'avoir une idée assez précise de la manière dont les services de renseignement interpréteront aussi l'article 19.

C'est la raison pour laquelle le collectif « Accès aux archives publiques » estime, **au regard de l'expérience passée des versements des archives des services de renseignement, que la grande majorité des archives des services de renseignement bénéficiera *de facto* de l'allongement des délais de communication si l'article 19 est laissé en l'état.**

Il est évident, en particulier, que **toute une série de fonds majeurs aujourd'hui devenus librement communicables ne le seraient pas devenus si les 8e et 9e alinéas de l'article 19 avaient existé**. On peut citer par exemple les 17 500 dossiers de la direction de la surveillance du territoire (DST) ayant servi à retrouver et à juger des collaborateurs (Seconde guerre mondiale), versés aux Archives nationales entre 1999 et 2016, qui comprennent de multiples informations sur les procédures opérationnelles tant de la DST que des services nazis. On peut citer aussi, autre exemple, les archives des services secrets français à Alger (1942-1944) et Paris (1944-1945), conservées au Service historique de la défense sous la cote GR28P13, qui mettent en lumière l'organisation et le fonctionnement des services spéciaux français durant cette période, comme par exemple les notices techniques de contre-espionnage produites par la direction des services de documentation (DSDOC).

Pour prendre un exemple plus spectaculaire encore, il est très vraisemblable qu'une part des archives ayant permis à des travaux récents d'écrire l'histoire de la torture durant la guerre d'Algérie serait entrée dans le champ d'application des alinéas 8 et 9 de l'article 19. En effet, l'histoire de la torture a pu être écrite grâce à des archives qui, précisément, ne parlent pas de torture, mais de « procédures opérationnelles » et de « capacités

techniques » des départements opérationnels de protection (DOP) décrites en des termes si euphémisés qu'il est très vraisemblable que l'accès à ces documents aurait été restreint si les alinéas 8 et 9 de l'article 19 avait existé. Ce n'est qu'après l'application de la méthode historique à ces sources, et le croisement entre les documents opéré par l'historien, que la réalité des pratiques de torture est pleinement apparue dans les archives.

Tous ces travaux historiques de premier plan n'auraient pas pu être menés sans restriction si les alinéas 8 et 9 de l'article 19 avait existé. Pire même, certaines des archives sur lesquelles ces travaux ont pris appui risquent d'être désormais refermées, dès lors que la mesure transitoire prévue au II de l'article 19 applique les nouvelles règles de communicabilité à tous les documents de plus de cinquante ans ayant fait l'objet d'une mesure de classification.

Au travers des 8e et 9e alinéas de l'article 19, au fond, ce qui a été adopté par le Parlement, sans que cela ne soit clairement exprimé et sans que celui-ci ne soit éclairé sur les conséquences exactes d'un tel choix, c'est la fermeture des archives des services de renseignement et leur ouverture au gré de la volonté de ces derniers.

Le projet construit, autrement dit, **un régime d'incommunicabilité des archives des services de renseignement qui ne dit pas son nom** :

- Les documents relatifs aux « techniques » des services de renseignement resteront secrets même après 50 ans et comme ces « techniques » sont-elles mêmes secrètes, il ne sera pas possible de vérifier si elles ont gardé leur valeur opérationnelle.
- Les services de renseignement n'auront même pas besoin de prouver que la communication d'archives de plus de 50 ans fait peser une quelconque menace puisque tous les amendements qui faisaient de la nécessité d'une menace grave pour la sécurité nationale une condition de la non communication ont été repoussés par le gouvernement.

A partir du vote de la loi donc, les archives mêmes antérieures à 1971 resteront fermées au bon vouloir des services qui les ont produites.

De ce point de vue, c'est une rupture majeure dans le droit français des archives qui se trouve accomplie au détour d'un projet de loi sur le terrorisme et le renseignement, sans aucune mesure sérieuse des conséquences de cette mesure, comme en témoigne le silence complet de l'étude d'impact sur ce point.

III.- Sur les différents griefs d'inconstitutionnalité

Depuis la loi du 15 juillet 2008 relative aux archives, les archives publiques dont la communication porte atteinte au secret de la défense nationale, aux intérêts fondamentaux de l'État dans la conduite de la politique extérieure, à la sûreté de l'État, à la sécurité publique, à la sécurité des personnes ou à la protection de la vie privée sont communicables de plein droit à l'expiration d'un délai de cinquante ans à compter de la date du document ou du document le plus récent inclus dans le dossier (article L. 213-2, I, 3° du code du patrimoine).

Or, à en croire certaines administrations, ce délai de cinquante ans serait, dans quelques hypothèses, insuffisant, sans qu'aucun des délais plus longs prévus par le code du patrimoine (article L. 213-2, I, 4° et 5°, et II) ne puisse par ailleurs être actionné : en l'état actuel des délais légaux prévus par le code du patrimoine, des documents d'archives publiques deviendraient communicables de plein droit à tout citoyen qui les demande **alors même qu'ils continueraient, est-il soutenu, de contenir des informations d'une très grande « sensibilité »**.

L'article 19 de la loi relative à la prévention des actes de terrorisme et au renseignement prétend donc remédier à cette difficulté nouvellement identifiée. Pour cela, et après l'échec d'une précédente tentative, grossièrement illégale et sèchement annulée par le Conseil d'État le 2 juillet 2021 (req. n° 444865 et 448763, Association des archivistes français), **l'article 19 prolonge au-delà de cinquante ans et pour une durée indéterminée les délais de communicabilité de plusieurs catégories de documents d'archives publiques**.

Ces catégories, définies aux alinéas 6 à 10 de l'article 19, sont au nombre de quatre : elles concernent les documents « relatifs aux caractéristiques techniques des installations militaires, des installations et ouvrages nucléaires civils, des barrages hydrauliques de grande dimension, des locaux des missions diplomatiques et consulaires françaises et des installations utilisées pour la détention des personnes » (alinéa 6), les documents « relatifs à la conception technique et aux procédures d'emploi des matériels de guerre et matériels assimilés mentionnés au second alinéa de l'article L. 2335-2 du code de la défense, désignés par un arrêté du ministre de la défense révisé chaque année » (alinéa 7), les documents qui « révèlent des procédures opérationnelles ou des capacités techniques » des services de renseignement et de différents services qui leur sont associés (alinéas 8 et 9) et, enfin, les documents « relatifs à l'organisation, à la mise en œuvre et à la protection des moyens de la dissuasion nucléaire » (alinéa 10).

Il n'est pas question de discuter devant le Conseil constitutionnel de la possibilité, pour le législateur, d'allonger les délais d'accès aux archives publiques à chaque fois qu'il estime que les exigences constitutionnelles inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la nation sont en jeu, ni même de la réalité des impératifs de sécurité nationale qui, selon certaines administrations, seraient mis en cause par l'actuelle rédaction de l'article L. 213-2 du code du patrimoine. On signalera simplement que ces

impératifs n'ont jamais été précisés durant les débats parlementaires au-delà des exemples faciles, consensuels et sans cesse repris des plans de centrales nucléaires ou d'installations militaires, alors même que, s'agissant des archives des services de renseignement, les archivistes et les historiens familiers des fonds concernés sont unanimes à considérer que la prolongation au-delà de cinquante ans et pour une durée indéterminée du délai d'accès témoigne d'une logique de prévention poussée jusqu'à l'extrême, caractéristique d'une méconnaissance de la réalité des documents anciens en question.

Si, donc, la possibilité, pour le législateur, d'allonger les délais d'accès aux archives publiques n'est pas en soi en cause, **il en va tout autrement des conditions dans lesquelles cet allongement est mis en œuvre dans l'article 19**.

Celles-ci méconnaissent gravement **l'article 15 de la Déclaration de 1789** selon lequel « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration » (A), **le principe de légalité des délits et des peines**, dans la mesure où la méconnaissance des dispositions en cause est, pour une grande part des archives concernées par l'article 19, pénalement sanctionnée (B), ainsi que **l'article 34 de la Constitution** aux termes duquel « la loi fixe les règles concernant […] les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » (C).

A.- Sur la violation du droit d'accès aux archives publiques

Dans sa décision n° 2017-655 QPC du 15 septembre 2017, le Conseil constitutionnel applique à la question de l'accès aux archives publiques le mécanisme structurant du régime contemporain de garantie des droits et libertés fondamentaux qu'est « le principe de proportionnalité », comme il l'a fait dans de nombreux autres domaines ces dernières années depuis sa décision du 21 février 2008 (n° 2008-562 DC).

Plutôt qu'une pondération relative des éléments en balance – qui, en l'occurrence, consisterait à rechercher l'équilibre entre le droit constitutionnel d'accès aux archives publiques, d'un côté, et les exigences constitutionnelles inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la nation, de l'autre –, il défend, dans le quatrième paragraphe de sa décision, une conception plus libérale et donc plus protectrice des droits et libertés qui a pour conséquence de réduire les limitations au droit d'accès à ce qu'exige strictement la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la nation : sous peine d'inconstitutionnalité, la loi doit **garantir en priorité le droit d'accès aux archives publiques**, si bien que ce n'est que par exception, et sous certaines conditions, qu'elle peut admettre que ce droit se trouve limité. C'est pourquoi toute mesure restrictive du droit d'accès aux archives publiques doit répondre aux termes du triple « test de proportionnalité ».

Or, il apparaît que la limitation instituée par la disposition contestée n'est pas systématiquement nécessaire, d'une part ; et qu'elle est, pour certaines des catégories d'archives concernées, manifestement disproportionnée, d'autre part.

1) Sur le défaut de nécessité

La structure même de la limitation, par l'article 19, du droit d'accès aux archives publiques pose problème : elle conduit à prolonger les délais d'accès à certaines archives **de manière automatique**, y compris dans des hypothèses dans lesquelles, pourtant, cette prolongation peut ne pas – ou ne plus – être nécessaire.

En effet, si l'article 19 allonge, au-delà de cinquante ans et pour une durée indéterminée, les délais d'accès aux archives visées aux alinéas 6 à 10, **il ne conditionne pas cet allongement à l'existence d'une quelconque menace** ou du moindre danger tiré de la divulgation des informations contenues dans les documents en question.

Au contraire, la **simple présence**, dans un document d'archives publiques, d'une information relative aux caractéristiques techniques des installations encore affectées mentionnées à l'alinéa 6, à la conception technique et aux procédures d'emploi des matériels encore en emploi mentionnés à l'alinéa 7, aux procédures opérationnelles et aux capacités techniques n'ayant pas perdu leur valeur opérationnelle mentionnées aux alinéas 8 et 9, ou à l'organisation, à la mise en œuvre et à la protection des moyens de la dissuasion nucléaire n'ayant pas perdu leur valeur opérationnelle mentionnées à l'alinéa 10, suffit à provoquer l'allongement des délais d'accès au document concerné, et par voie de conséquence à tout le dossier dans lequel ce document se trouve, et ce, alors même qu'il est notoirement faux de penser que toute information ayant trait aux caractéristiques techniques d'une centrale nucléaire ou d'un barrage de grande dimension encore en affectation ou toute information portant sur une procédure encore opérationnelle d'un service de renseignement présente **par principe** un risque d'ordre sécuritaire.

Poussant plus loin que jamais la logique préventive, l'article 19 revient donc à consacrer l'existence d'informations qui, **par leur nature même et indépendamment de toute menace**, doivent demeurer secrètes et dont la communicabilité de plein droit doit, en conséquence, être reportée de manière automatique et sans limite de temps.

C'est très précisément, d'ailleurs, ce que soutenait Madame la ministre des Armées lors de la discussion en première lecture à l'Assemblée nationale, en réponse aux amendements identiques n° 224, 245, 297, 379 et 426 qui proposaient, au contraire, de subordonner la possibilité de prolonger les délais à l'existence d'une « menace grave pour la sécurité nationale » (2e séance publique du 2 juin 2021) :

> « Votre amendement vise à limiter le champ d'application de la clause de sauvegarde aux seuls documents dont la divulgation représenterait une menace grave pour la sécurité nationale. Cette approche est beaucoup trop réductrice. **L'objectif du Gouvernement ne se limite pas à éviter des divulgations susceptibles de faire peser une grave menace sur la sécurité nationale, ni même une simple menace**. Il est aussi de préserver notre capacité de renseignement et les avantages dont nous pourrions disposer dans ce domaine vis-à-vis de nos partenaires. Voilà pourquoi je suis défavorable à votre amendement. »

De ce point de vue, l'article 19, en reconnaissant l'existence de certaines catégories de documents qui doivent, par elles-mêmes et par principe, être extraites hors du champ de la communicabilité de plein droit quel que soit le temps écoulé, y compris si celui-ci se compte en siècles, revient à **étendre le modèle très particulier d'accès aux archives mettant en jeu les armes de destruction massive**, tel qu'il a été institué par la loi du 15 juillet 2008 et tel qu'il est désormais prévu au II de l'article L. 213-2 du code du patrimoine. Aux termes de cette disposition, en effet, « ne peuvent être consultées les archives publiques dont la communication est susceptible d'entraîner la diffusion d'informations permettant de concevoir, fabriquer, utiliser ou localiser des armes nucléaires, biologiques, chimiques ou toutes autres armes ayant des effets directs ou indirects de destruction d'un niveau analogue ». Ces archives ne deviennent, autrement dit, communicables qu'à compter du jour éventuel où, pour une raison ou une autre, les informations qu'elles contiennent ne sont plus susceptibles de permettre de concevoir, fabriquer, utiliser ou localiser des armes de ce type, consacrant, de ce fait, la même idée que celle de l'article 19, selon laquelle il existerait des informations qui doivent être secrètes du fait de leur nature même, et qui doivent le rester tant qu'elles n'ont pas changé de nature et quel que soit le temps écoulé.

Or, s'inspirer du modèle des informations secrètes par leur nature même, comme le fait l'article 19 de la loi relative à la prévention des actes de terrorisme et au renseignement, c'est oublier que le II de l'article L. 213-2 était censé représenter une exception isolée dans le droit français des archives. Le « modèle français d'accès aux archives publiques », tel qu'il est consacré par la loi du 3 janvier 1979 et largement perpétué par celle du 15 juillet 2008, ne consiste pas, en effet, à attendre la péremption d'un secret pour rendre communicable de plein droit le document qui le contient, mais à définir par la voie légale des délais abstraits au terme desquels le droit d'accès aux archives publiques est considéré comme devant prévaloir sur les secrets et intérêts protégés **et ce, indépendamment du fait que ces secrets et intérêts soient périmés ou non**.

On comprend cependant bien pourquoi, par exception, le II de l'article L. 213-2 procède différemment : c'est en raison des dangers sans aucun équivalent que représentent les informations qui permettent effectivement « de concevoir, fabriquer, utiliser ou localiser des armes nucléaires, biologiques, chimiques ou toutes autres armes ayant des effets

directs ou indirects de destruction d'un niveau analogue », qui tant qu'elles ne sont pas périmées, sont dangereuses en soi.

Et c'est précisément la raison pour laquelle il est en revanche très discutable d'appliquer ce même mécanisme – le mécanisme consistant à attendre la péremption du secret pour rendre les documents communicables de plein droit – à l'ensemble des archives publiques qui entrent dans les catégories mentionnées aux alinéas 6 à 10 de l'article 19. Si, en effet, l'on conçoit aisément que la divulgation d'une information concernant la conception, la fabrication, l'utilisation ou la localisation des armes de destruction massive représente, **dans tous les cas et en soi**, une menace grave pour la sécurité nationale, on ne peut pas en dire autant de la simple mention, dans un document d'archives publiques, de la moindre information intéressant les caractéristiques d'un barrage de grande dimension encore affecté ou révélant une procédure encore opérationnelle d'un service de renseignement. **Il est, autrement dit, manifestement excessif d'étendre l'outil du secret par nature et sans limite de durée à des informations – qui, au passage, sont immensément plus nombreuses que celles concernant les armes de destruction massive – dont la divulgation ne peut pas être considérée comme représentant nécessairement « une grave menace sur la sécurité nationale, ni même une simple menace »**, comme le reconnaît Madame la ministre des Armées elle-même (Assemblée nationale, 2 juin 2021, préc.).

On notera, d'ailleurs, que dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'État du 2 juillet 2021 (préc.), le rapporteur public Alexandre Lallet souten ait que le cadre constitutionnel actuel – au travers de l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la nation – permet « que l'administration s'oppose à la divulgation d'informations **si et aussi longtemps que celle-ci exposerait la France à une menace grave pour la sécurité nationale** », et ce, même dans le cas où le code du patrimoine rend les documents concernés « communicables de plein droit ». Or, ce raisonnement du rapporteur public a vocation à s'appliquer également à l'article 19 : certes, constitutionnellement parlant, le législateur peut sans doute allonger au-delà de cinquante ans les délais d'accès aux archives publiques intéressant la sécurité nationale chaque fois que cela s'avère nécessaire, et c'est précisément l'objet de l'article 19 ; mais **dans tous les cas, et dans la lignée du raisonnement du rapporteur public, c'est à la condition que cet allongement demeure, d'une part, exceptionnel et, d'autre part, prenne appui sur l'existence d'une menace particulière – deux conditions qu'en l'état, et de manière étonnante, l'article 19 n'exige en rien**.

Par voie de conséquence, faute de circonscrire la prolongation au-delà de cinquante ans et pour une durée indéterminée des délais d'accès aux archives visées aux alinéas 6 à 10 aux seules archives pour lesquelles cette prolongation est nécessaire, et alors même, rappelons-le, qu'une très longue durée de temps est d'ores et déjà écoulée (un demi-siècle à compter du document le plus récent inclus dans le dossier), l'article 19 porte une atteinte manifestement excessive au droit constitutionnel d'accès aux archives publiques.

Toute solution contraire reviendrait à admettre que certaines administrations, et en particulier les services de renseignement, pourraient, **en dépit de l'écoulement d'un délai d'un demi-siècle, sous le seul prétexte d'une « valeur opérationnelle » et au seul nom d'un impératif vague de « préservation de notre capacité de renseignement »** (Florence Parly, préc.), ne pas avoir à rendre des comptes de leur action devant la société, contrairement à ce qu'énoncent les dispositions de l'article 15 de la Déclaration de 1789.

2) Sur le caractère disproportionné à proprement parler

Les critères que retient l'article 19 pour décider de la prolongation au-delà de cinquante ans et pour une durée indéterminée des délais d'accès aux archives publiques sont insuffisamment circonscrits. C'est tout particulièrement le cas s'agissant de l'accès aux documents visés aux alinéas 8 et 9 de l'article 19 (archives des services de renseignement, qu'ils soient spécialisés ou non), dès lors que leur communication de plein droit se trouve subordonnée à la démonstration de « la perte de valeur opérationnelle » d'une « procédure opérationnelle » ou d'une « capacité technique » non encore « révélée ».

L'ensemble de ces notions est excessivement vague (a) et neutralise pour partie l'idée même d'une communicabilité de plein droit, pourtant inséparable du droit constitutionnel d'accès aux archives publiques (b), de sorte qu'il paraît évident que le degré de précision du champ et des modalités des exceptions apportées au droit d'accès aux archives publiques ne satisfait pas aux exigences constitutionnelles.

Il n'est pas sûr, par ailleurs, que l'absence de tout « délai-plafond » ne soit pas aussi une atteinte disproportionnée au droit constitutionnel d'accès (c).

a.- En premier lieu, l'appréciation de la « perte » de la « valeur opérationnelle » d'une « procédure opérationnelle » ou d'une « capacité technique » non encore « révélée » sera très difficile, alors même que cette opération juridique de qualification conditionnera la possibilité d'accéder aux archives concernées sans avoir besoin d'obtenir une autorisation administrative préalable. Les travaux parlementaires – l'étude d'impact, en premier lieu – n'offrent, sur ce point, aucun élément permettant de préciser la portée que le législateur a entendu attribuer à ces différentes notions.

Dans ces conditions, il est très probable qu'**un grand nombre des archives qui gardent trace des actions des services de renseignement suite aux informations récoltées sont susceptibles d'être considérées comme révélant d'une manière ou d'une autre leurs procédures opérationnelles ou leurs capacités techniques**, et ce, d'autant plus que la notion de « valeur opérationnelle » est susceptible de renvoyer à un simple potentiel d'usage ou même à une opportunité d'usage, à la différence, par exemple, de la notion de fin « d'usage », « d'affectation » ou « d'emploi », autrement plus objective, qui a été privilégiée dans les alinéas précédents.

On notera par ailleurs qu'il est étonnant qu'il ait, d'une part, été jugé utile d'« objectiver » par des actes réglementaires la fin de l'affectation des infrastructures (alinéa 6) ou la fin de l'emploi des matériels de guerre (alinéa 7), afin de prévenir toute incertitude dans l'interprétation du moment à partir duquel les archives deviendront communicables de plein droit et, d'autre part, qu'une telle objectivation n'ait pas été étendue à la perte de la valeur opérationnelle des procédures opérationnelles et des capacités techniques non encore révélées des services de renseignement (alinéas 8 et 9) – pas plus, d'ailleurs, qu'à la perte de valeur opérationnelle en matière de dissuasion nucléaire (alinéa 10).

Pour ces raisons, il est évident que le critère de la « valeur opérationnelle », tout entier placé entre les mains des administrations productrices d'archives, conduira non seulement à des interprétations qui varieront fortement d'un service à l'autre, mais laissera, en outre, largement indéterminée la durée durant laquelle ces archives ne seront pas communicables de plein droit, ce qui fera peser une **inacceptable incertitude sur la faisabilité des études historiques** à venir.

Enfin, il est à signaler, à titre plus anecdotique, qu'une tentative de réduire la portée de la prolongation des délais aux seuls documents qui « décrivent les méthodes des procédures opérationnelles », qui aurait permis d'atténuer les marges d'arbitraire laissées par les alinéas 8 à 10, a été rejetée sans discussion par l'Assemblée nationale lors de sa séance du 13 juillet 2021 (amendements identiques n° 11, 38 et 53), après des avis défavorables et non motivés du rapporteur et de la ministre.

b.- Le caractère manifestement disproportionné de la limitation du droit constitutionnel d'accès aux archives publiques ne tient cependant pas au seul flou de certaines des notions de l'article 19, mais **aux conséquences matérielles et concrètes qui en découleront dans l'activité quotidienne des services publics d'archives**.

Il ne fait aucun doute, en effet, que les administrations en charge des services publics d'archives (Archives nationales, Service historique de la Défense, Archives diplomatiques, en premier lieu) sont incapables d'apprécier elles-mêmes la communicabilité de documents sur la base de critères tels que la « perte » de la « valeur opérationnelle » d'une « procédure opérationnelle » ou d'une « capacité technique » non encore « révélée ». Seuls les services producteurs de ces archives, en réalité, le peuvent, de sorte que c'est vers ces services que les archivistes devront *de facto* se retourner pour discriminer les documents soumis au délai de cinquante ans et ceux qui, au moment de la demande de communication, continuent d'avoir « une valeur opérationnelle », et ne peuvent donc être communiqués de plein droit. Une telle procédure devra d'ailleurs être renouvelée à chaque demande nouvelle de communication formulée par un usager d'un service public d'archives, et ce, tant que le document ne sera pas considéré comme « communicable de plein droit ».

Or, cette conséquence directe et concrète de l'article 19 – dont l'étude d'impact ne dit rien – porte une atteinte manifestement excessive au droit constitutionnel d'accès aux archives publiques, et ce, pour deux raisons.

En premier lieu, et de manière fondamentale, les formulations actuelles de l'article 19, par le flou et la généralité qui les caractérisent, reviennent à permettre aux services producteurs d'apprécier au cas par cas, de manière systématique, si les informations méritent toujours d'être protégées, et ce, sans aucune limite légale de temps.

Il en résulte alors une sérieuse brèche dans la logique du droit constitutionnel d'accès aux archives publiques, qui repose sur l'idée que les limitations qu'il subit sont l'exception au principe, et non l'inverse. Au fond, **l'article 19 fait qu'il n'y aura plus guère de différence, pour les archives concernées par les alinéas 8 et 9, entre un régime de consultation par autorisation administrative et sous le contrôle du juge administratif, d'un côté, et un régime de communicabilité de plein droit qui suppose une vérification préalable par le service producteur**.

En second lieu, on observe qu'**aucune garantie légale nouvelle n'est établie par l'article 19 pour encadrer ces échanges pourtant inévitables entre services producteurs et services publics d'archives**, ce qui, en plus de porter atteinte au droit d'accès aux archives publiques, manifeste une incompétence négative du législateur. Les enseignements de l'application de l'instruction générale interministérielle 1300 sur la protection du secret de la défense nationale n'ont, de ce point de vue, pas été tirés. Rappelons que, jusqu'à son annulation par le Conseil d'État le 2 juillet 2021, cette instruction exigeait que les services d'archives, confrontés à une demande de communication d'archives faisant l'objet d'une mesure de classification au titre du secret de la défense nationale, saisissent préalablement le service producteur de ces documents afin d'obtenir leur déclassification, et ce, même dans le cas où les délais légaux prévus par le code du patrimoine étaient échus. Or, huit années d'application de cette instruction dans un service public d'archives comme les Archives nationales permettent de tirer la conclusion indiscutable selon laquelle cette nécessaire consultation des services producteurs sans que les conditions procédurales d'une telle consultation ne soient spécifiquement organisées provoque le dépassement systématique des délais légaux de communication des archives publiques.

Le seul cadre légal existant – l'obligation de répondre à une demande de communication dans un délai de deux mois si le document n'est pas encore communicable de plein droit (article L. 213-3, I, du code du patrimoine) et dans un délai d'un mois si le document l'est (article R. 311-13 du code des relations entre le public et l'administration) – est clairement insuffisant pour assurer le respect du droit d'accès aux archives publiques, d'autant plus, d'ailleurs, que la réponse du service producteur sera nécessaire pour déterminer si le délai à respecter est bien celui d'un mois (dans le cas où le document

est communicable de plein droit car il ne révèle pas une procédure opérationnelle ou des capacités techniques ayant encore une valeur opérationnelle) ou, au contraire, de deux (dans le cas où le document n'est pas communicable de plein droit)...

c.- Enfin, l'une des garanties essentielles que pose la décision du Conseil constitutionnel du 15 septembre 2017 à la restriction de l'accès aux archives pour assurer la protection d'un secret semble tenir dans le fait que cette restriction soit limitée dans le temps (§8), sauf à être disproportionnée.

Les différents amendements proposant, aussi bien à l'Assemblée nationale qu'au Sénat, l'établissement d'un « délai-plafond » de cent ans (v. par ex. les amendements identiques n° 197, 234, 296, 367 et 391, discutés à l'Assemblée le 2 juin 2021) , comme ceux qui proposaient, à tout le moins, une réappréciation de la nécessité de la prolongation des délais d'accès par cycles de dix ans (v. par ex. les amendements identiques n° 6, 37, 52, 85 et 95, discutés à l'Assemblée le 29 juin 2021), ont tous été rejetés, si bien que l'article 19 permet, dans ses alinéas 6 à 10, une prolongation proprement indéterminée des délais d'accès aux archives publiques concernées, alors même que le Conseil constitutionnel intègre, au titre des garanties essentielles du droit d'accès, la limitation dans le temps des restrictions qui le frappe.

Il est en outre à noter que le caractère indéterminé de la prolongation des délais d'accès a pour conséquence d'obliger l'administré à provoquer de lui-même la reconnaissance du caractère communicable de plein droit des archives auxquelles il souhaite accéder, alors même qu'il devrait légalement revenir à l'administration de réapprécier à intervalles réguliers si les documents concernés ne sont pas devenus communicables de plein droit, sauf à inverser, à nouveau, le principe et l'exception dans le droit d'accès aux archives publiques, et donc à porter une atteinte excessive à ce droit.

B.- Sur la méconnaissance du principe de légalité des délits et peines

Dans son avis du 6 mai 2021 « sur une lettre rectificative au projet de loi relatif à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement » (n° 402791), l'Assemblée générale du Conseil d'État rappelle, à propos des limitations au droit d'accès aux archives publiques instituées par l'article 10, « que le degré de précision du champ et des modalités des exceptions doit être d'autant plus grand que, outre les exigences constitutionnelles [découlant de l'article 15 de la Déclaration de 1789], il incombe à la loi d'assurer la mise en œuvre du principe de légalité des délits et des peines, puisque la méconnaissance des dispositions en cause est pénalement sanctionnée » (p. 13), du fait de l'existence du délit de compromission du secret de la défense nationale pour ce qui

concerne les archives ayant fait l'objet d'une mesure de classification (articles 413-9 à 413-12 du code pénal).

C'est la raison pour laquelle le Conseil d'État a fait ajouter à l'article 19 « que la fin de l'affectation des infrastructures concernées doit être constatée par un acte publié, qui, s'il n'existe pas déjà pour certaines d'entre elles, devra être prévu par un acte réglementaire à venir » (alinéa 6 de l'article 19), d'une part, et « que la liste des matériels de guerre soumis à une autorisation d'exportation non communicables avant la fin de leur emploi fait l'objet d'une actualisation annuelle par arrêté publié du ministre de la défense » (alinéa 7 de l'article 19). Ces actes représentent en effet un moyen simple d'écarter toute incertitude quant au moment où les archives concernées basculeront dans le champ des documents communicables de plein droit, et donc, pour ce qui concerne les documents classifiés, quant au moment où le délit de compromission du secret de la défense nationale cessera de s'appliquer.

Or, de façon paradoxale, ce souci de réduire les incertitudes dans l'interprétation du moment à partir duquel les archives deviendront communicables de plein droit, qui procède directement, à en croire le Conseil d'État, du principe constitutionnel de légalité des délits et des peines, n'a pas été étendu à la perte de la valeur opérationnelle des procédures opérationnelles et des capacités techniques non encore révélées des services de renseignement (alinéas 8 et 9), alors même que ce sont ces notions précisément – beaucoup plus que celle de « désaffectation » ou de « fin d'emploi » – qui génèrent les plus grandes incertitudes.

Il est évident, en effet, que les services publics d'archives seront incapables d'apprécier de tels critères et de procéder, par suite, aux discriminations nécessaires entre les documents soumis au délai de cinquante ans et ceux qui bénéficieront d'un allongement (quels sont les documents, précisément, qui intéressent les « procédures opérationnelles », et parmi ces documents, quels sont ceux qui ont perdu leur « valeur opérationnelle » ?). **Ils n'auront d'autre choix, chaque fois que les documents auront fait l'objet d'une mesure de classification, que de prendre le risque de compromettre le secret de la défense nationale – et d'entraîner dans cette compromission le lecteur auquel les documents concernés auront été communiqués – ou, plus vraisemblablement, de ne prendre aucun risque de communiquer des documents qui leur feraient commettre ledit délit en saisissant de manière systématique les services producteurs pour que ceux-ci leur garantissent le droit de communiquer** (en espérant obtenir une réponse, ce qui, l'expérience de l'IGI 1300 le rappelle, est très loin d'être acquis).

On en revient alors à la conclusion tirée précédemment : **sur le plan juridique**, l'article 19 fait qu'il n'y aura plus guère de différence, pour les archives concernées par les alinéas 8 et 9, entre un régime de consultation par autorisation administrative et sous le contrôle du juge administratif, d'un côté, et un régime de communicabilité de plein droit qui suppose une vérification préalable par le service producteur ; et **sur le plan pratique**, ce

dispositif aura des effets de ralentissement considérables des communications d'archives en tout point identiques à ceux qui procédaient de l'application de l'IGI 1300, et que le projet de loi prétendait précisément surmonter.

C.- Sur la violation de l'article 34 de la Constitution

Alors qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, « la loi fixe les règles concernant […] les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques », force est de reconnaître que le dispositif des alinéas 6 à 10 revient à déléguer à l'administration le pouvoir de déterminer à partir de quand les citoyens peuvent recevoir communication de plein droit des archives publiques concernées, sans qu'aucun délai légal ne soit défini.

Or, il y a tout lieu de penser que la détermination du régime et des délais de communication des archives publiques relève de la **compétence exclusive du législateur**.

C'est l'Assemblée générale du Conseil d'État qui a exprimé cette compétence législative avec le plus de force. C'est en effet dans son avis du 28 avril 1977 sur le projet de loi sur les archives (future loi du 3 janvier 1979), que le Conseil a décidé d'introduire directement dans la loi ces différents délais, plutôt que de renvoyer au pouvoir réglementaire cette compétence, contrairement à ce que prévoyait le texte qui lui avait été soumis et en rupture avec les pratiques antérieures.

Ce choix fort – qui constituait l'avancée majeure de la loi du 3 janvier 1979 car en dépit de l'affirmation, dans la loi du 7 messidor an II, d'un droit de « tout citoyen [de] demander dans tous les dépôts, aux jours et heures qui seront fixés, communication des pièces qu'ils renferment », les pratiques administratives étaient jusqu'en 1979, d'une extrême disparité – n'a depuis lors jamais été remis en cause : la détermination de la durée à l'issue de laquelle des archives publiques sont communicables a dans tous les textes ultérieurs été regardée comme une compétence exclusive du Parlement, qui la fixe de façon générale et abstraite, sans que l'administration puisse y ajouter une procédure particulière supplémentaire autre que de simple exécution.

Ce refus d'accorder quelque compétence que ce soit à l'administration sur la détermination de ces délais s'est d'ailleurs trouvé de nouveau en débat lors de l'élaboration du projet de loi ayant conduit à l'adoption de la loi de 2008 sur les archives à propos des « archives publiques dont la communication est susceptible d'entraîner la diffusion d'informations permettant de concevoir, fabriquer, utiliser ou localiser des armes nucléaires, biologiques, chimiques ou toutes autres armes ayant des effets directs ou indirects de destruction d'un niveau analogue » (article L. 213-2, II, du Code du patrimoine).

Lors de la phase interministérielle de préparation ce texte, il avait été envisagé que de tels documents ne deviennent communicables qu'à deux conditions cumulatives : a) l'expiration d'un délai de cent ans ; mais aussi b) l'accord préalable d'une commission administrative, chargée de déterminer si, en dépit de l'écoulement du délai de cent ans, les documents peuvent effectivement être communiqués.

L'attribution d'une telle compétence à une commission administrative a été rejetée lors d'une réunion interministérielle organisée au Secrétariat général du gouvernement le 8 octobre 2004 - dont nous ne pouvons pas produire ici le compte-rendu (ce document ne deviendra librement communicable qu'en 2029) – car **elle aurait conduit à la remise en cause de la compétence législative exclusive pour fixer les délais de communication des archives**.

Cela a conduit à préférer fixer dans la loi l'interdiction sans délai de toute communication de ces documents (actuel article L. 213-2, II, du Code du patrimoine) et témoigne du caractère absolu de la compétence législative en la matière, qu'il revient désormais au Conseil constitutionnel de confirmer dans le cadre de l'examen de la conformité de l'article 19 de la loi contestée à l'article 34 de la Constitution.

Pour terminer, on rappellera en outre que, comme évoqué précédemment (cf. I, B, 2), aucune garantie légale nouvelle n'est établie par l'article 19 pour encadrer les échanges pourtant inévitables entre services producteurs et services publics d'archives, ce qui, en plus de porter atteinte au droit d'accès aux archives publiques, manifeste une **incompétence négative du législateur**.

CNCDH
COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

LE PRESIDENT

CONTRIBUTION EXTERIEURE
AUPRES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

DU 25 JUILLET 2021

À PROPOS DE L'ARTICLE 25 DE LA LOI RELATIVE A LA PREVENTION DES ACTES DE TERRORISME ET AU RENSEIGNEMENT,

CONCERNANT L'ACCES AUX ARCHIVES PUBLIQUES DE LA NATION

Déposée par la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH)
en la personne de son président

Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil,

La loi relative à la prévention des actes de terrorisme et au renseignement adoptée définitivement par l'Assemblée nationale le 22 juillet 2021 modifie en son article 25 les conditions d'accès aux archives publiques protégées par le secret de la défense nationale. Par une lettre adressée au Premier ministre le 15 juin 2021, j'ai attiré son attention, en tant que président de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, sur les risques présentés par les dispositions de l'article19 du projet de loi, devenu désormais l'article 25 de la loi qui vous est déférée. L'Assemblée plènière de la CNCDH a adopté le 24 juin, à l'unanimité, un avis exprimant l'inquiétude que suscite cet article et, au vu des risques notamment d'inconstitutionnalité qu'il comporte, formulé des recommandations[1]. Cette même formation de la CNCDH a estimé qu'il me reviendrait de vous faire part des griefs d'inconstitutionnalité qui entachent à ses yeux le régime d'accès aux archives publiques défini par l'article 25 de la loi déférée, si le Parlement n'en tenait pas compte. Cette nécessité semble d'autant plus évidente que cet article, isolé dans une loi ayant pour objet la prévention du terrorisme et le renseignement, fait figure de « cavalier législatif » et n'a pas, comme tel, donné lieu lors de son adoption au véritable débat et à la concertation qu'aurait exigés l'ampleur de ses enjeux. La CNCDH vous invite à porter une particulière attention à ces critiques sans en rester aux nombreux griefs invoqués à l'encontre d'autres dispositions de la loi qui affectent également gravement les droits et libertés.

Les enjeux du libre accès aux archives publiques sont considérables ainsi que la Commission l'a rappelé dans son avis du 24 juin : enjeu citoyen car le principe du libre accès trouve son fondement dans l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui consacre le droit de tout citoyen de « demander compte à tout agent public de son administration » ; enjeu historique car l'ouverture des archives est une condition d'accès à la vérité de l'Histoire ; enjeu mémoriel et sociétal car cette connaissance contribue à la réconciliation des mémoires ; enjeu également pour les libertés, notamment la liberté d'expression des citoyens, qui comprend celle d'être informé, ainsi que la liberté de la recherche ; enjeu enfin de bonne administration dont la transparence de l'action est une des clés.

Dans le droit fil du rapport Braibant sur « les Archives en France » de 1996 qui a pris acte de ces enjeux, le droit des archives publiques s'est caractérisé par une ouverture de plus en plus affirmée. Pour autant, l'exigence de protection des intérêts fondamentaux de la Nation et de divers secrets dont ceux de la défense nationale, n'a pas été ignorée. Subordonnant la communication de certaines catégories d'archives à des délais variables, comme celui de cinquante ans pour les archives classées « secret défense », la loi du 15 juillet 2018, dont les dispositions sur ce point ont été codifiées à l'article L. 213-1 et 2 du code du patrimoine, est parvenue à un équilibre entre ces exigences et le droit constitutionnel à la libre communication des archives publiques. C'est cet équilibre que rompt l'article 25 de la loi qui vous est déférée.

A vrai dire, ainsi que la CNCDH l'a relevé dans son avis du 24 juin, l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale avait déjà mis en cause cet équilibre en 2011 en imposant, à l'issue du délai de cinquante ans, une procédure administrative de déclassification des archives secret défense. Cette procédure a considérablement ralenti les délais de communication, handicapant ainsi les travaux des chercheurs et historiens, et a alourdi la charge des services d'archives. Elle a donc légitimement nourri les plus vives protestations d'historiens et archivistes, mais aussi de juristes, notamment ceux réunis au sein d'un Collectif « Accès aux archives », car elle violait de surcroit directement le principe de libre communication des archives. La CNCDH n'a pu dès lors qu'approuver dans son avis précité (§ 8) la décision du gouvernement de renoncer à cette procédure par la disposition de la loi qui vous est déférée, en lui substituant un principe de déclassification automatique de ces archives à l'expiration du délai de cinquante ans. La Commission tient toutefois à souligner que l'illégalité grossière qui entachait cette procédure n'a pas depuis manqué d'être sanctionnée par le Conseil d'Etat qui, saisi de deux recours formés par le Collectif « Accès aux archives » en a prononcé l'annulation sèche le 2 juillet (CE, 2 juillet 2021, req. n° 444865 et 448763, *Association des archivistes français et autres*). Elle relève à cet égard que le rapporteur public, loin de ménager l'administration dans ses conclusions sur ces recours, a expressément

[1] Cette lettre et cet avis sont joints en annexe de cette contribution

dénoncé « le subterfuge » employé par le gouvernement pour échapper à la communication des archives des dernières années de la guerre d'Algérie qu'allait bientôt imposer l'expiration du délai de cinquante ans.

En dépit de l'annonce faite dans son étude d'impact d' « une ouverture massive des archives publiques », reprise par les rapporteurs de la loi lors des débats parlementaires et défendue par la ministre des Armées, l'article 25 de la loi déférée ne se montre pas pour autant favorable à la communication des archives secret défense. C'est au contraire une fermeture qu'il organise en retenant cinq catégories d'exception au principe de libre communication de ces archives, l'administration étant alors libre d'interdire leur communication pour une durée indéterminée dès lors qu'elle juge que les archives sollicitées entrent dans le champ de l'une ou l'autre de ces exceptions, sans que sa décision soit subordonnée à des conditions de fond. Tous les amendements visant à encadrer véritablement cette prolongation ont été rejetés lors des débats au Parlement.

Sans qu'il soit nécessaire de revenir ici sur ces catégories d'exception sur lesquelles elle s'est déjà exprimée, la CNCDH appelle le Conseil constitutionnel à prendre en compte les observations critiques qu'elle a formulées à leur propos. La gravité du risque que présente pour la vérité historique une exception aussi large que floue que celle concernant les archives des services de renseignement doit être bien comprise. Le critère de communicabilité des documents de ces services, services eux même largement entendus, tenant à la perte de « la valeur opérationnelle » d'une « procédure opérationnelle » ou d' une « capacité technique » laisse aux services tout pouvoir pour faire silence sur les heures les plus sombres de notre histoire, voire les remettre dans l'ombre. Ce serait ainsi le cas pour celles de la collaboration comme pour celles révélant l'usage par les forces de l'ordre de la torture pendant la guerre d'Algérie.

Par leur ampleur et leur indétermination, ces exceptions font d'abord échec au droit au libre accès aux archives publiques dont vous avez consacré la valeur constitutionnelle (Décision n°2017- 655QPC du 15 septembre 2017, *M. François G.)* A cet égard, vous aviez jugé que le législateur peut apporter des limitations à ce droit qui n'est pas absolu, au vu de considérations d'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles, comme notamment la protection des intérêts fondamentaux de la Nation, ou encore celle de certains secrets comme ceux de la défense nationale. Mais vous aviez subordonné ces limitations à la double condition qu'elles soient nécessaires et proportionnées à cet objectif. Or l'automaticité de la prolongation du délai de cinquante ans, et ce pour une durée indéterminée, qu'autorise, pour les exceptions qu'il énonce, l'article 25 de la loi déférée, ignore cette double condition de nécessité et de proportionnalité. La nature même des archives en cause les rend par principe incommunicables au-delà de ce délai et cette prolongation n'est elle- même subordonnée à aucun délai, ni délai-plafond, ni examen à échéance périodique permettant d'en vérifier la nécessité.

Le caractère flou et imprécis de ces exceptions conduit ainsi le législateur à laisser le plus large pouvoir d'appréciation à l'administration au mépris de la compétence exclusive qu'il tire de l'article 34 de la Constitution pour déterminer le régime des archives publiques et garantir le droit constitutionnel d'accès à celles- ci. Au grief d'inconstitutionnalité tenant à la violation de ce droit constitutionnel s'ajoute donc celui d'incompétence négative du législateur, celui-ci ayant renoncé à l'exercice de sa compétence en laissant le soin à l'administration d'autoriser un dépassement du délai légal et d'en fixer elle-même la durée. Par ailleurs, et c'est là un troisième grief d'inconstitutionnalité, dans la mesure où le non-respect des règles de communication constitue une infraction pénalement sanctionnée, le principe de légalité des délits et des peines est bafoué par le caractère vague des exceptions énoncées ; en effet ce principe exige dans son volet matériel une qualité de la loi reposant sur son accessibilité, sa prévisibilité et sa précision. A ces griefs s'ajoutent encore les atteintes portées à la liberté d'expression et à la liberté de la recherche car ces exceptions entravent l'accès des chercheurs et historiens aux archives qui constituent le cœur de leurs travaux et affectent la bonne gestion du service public des archives, ne serait-ce que par l'absence de dispositions législatives visant à coordonner les services producteurs de documents archivés et les services d'archives.

C'est assez dire que l'ensemble de ces griefs ne peut que justifier la censure de l'article 25 de la loi déférée. Les exceptions au principe de libre communication des archives secret défense sont en effet d'une ampleur telle que le modèle français de droit des archives publiques est remis en cause par l'inversion de ce principe de liberté et des exceptions, mesurées et encadrées, qu'il peut supporter. A tout le moins, une réserve d'interprétation de cet article devrait être formulée pour encadrer ces exceptions. A cet égard, la CNCDH relève les termes en lesquels le rapporteur public, dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 2 juillet 2021, a précisé le cadre constitutionnel gouvernant la communication des archives secret défense. En indiquant que « l'article L.213-2 du code du patrimoine pourrait et devrait être lu […] comme n'excluant pas, à titre exceptionnel, que l'administration s'oppose à la divulgation d'informations et aussi longtemps que celle-ci exposerait la France à une menace grave pour la sécurité nationale », il a défini en creux les conditions de constitutionnalité des restrictions pouvant être apportées à la communication des archives en cause. Se faisant l'écho de ces observations, la CNCDH a de son côté émis dans son avis du 24 juin, une recommandation relative aux conditions sous lesquelles des restrictions pourraient être apportées au principe de libre communication des archives secret défense, autres que celle tenant au délai déjà très long auquel est subordonnée leur communication. Elle a précisé que de telles restrictions devraient en tout état de cause présenter « un caractère exceptionnel » et être réservées au seul cas où la communication des archives concernées « menacerait gravement les intérêts de la sécurité nationale » (§12).

Enfin, quand bien même la CNCDH n'ignore pas que les griefs d'inconventionnalité, qu'elle a aussi exposés à l'encontre de ces restrictions dans son avis précité (§5), n'ont pas place dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, elle ne veut pas pour autant passer sous silence la place conquise sur le plan international par « le droit à la vérité », lequel commande l'ouverture la plus large possible des archives publiques.

Vous remerciant de l'accueil que vous réserverez à cette contribution extérieure de la CNCDH, je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel, l'expression de ma respectueuse considération.

CNCDH
COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

LE PRESIDENT

Paris le 15 juin 2021

Monsieur le Premier ministre,

Je souhaite attirer votre attention sur la très importante question de l'accès aux archives publiques qui avait fait l'objet d'une réflexion de fond avec le rapport du président Guy Braibant sur « Les Archives en France ».

Ce rapport, remis il y a 25 ans, marquait une avancée importante dans la transparence administrative, notamment en matière de délais et consultation. Aujourd'hui, l'équilibre défini par la loi du 15 juillet 2008 relative aux archives dans le fil du rapport Braibant et inscrit dans le Code du patrimoine, se trouve remis en cause par la multiplication des obstacles réglementaires et administratifs opposés aux historiens et aux chercheurs, alors même que l'opinion publique est particulièrement sensible aux questions mémorielles. Cette situation préoccupante se trouverait cristallisée par l'article 19 du projet de loi relatif à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement (PATR) actuellement en discussion au Parlement.

Au regard de la mission de protection et promotion des droits de l'homme qui lui est confiée, la Commission nationale consultative de droits de l'homme souhaite vous faire part de la vive inquiétude que soulève à ses yeux cette disposition qui en entravant l'accès aux archives menace directement la recherche sur notre histoire contemporaine et partant, le droit d'accéder à la vérité de cette histoire. A cet égard, elle se doit de rappeler que l'accès aux archives est un droit de valeur constitutionnelle reconnu à tout citoyen sur le fondement de l'article 15 de la Déclaration de droits de l'homme et du citoyen et que ce droit doit également être garanti en vertu des principes constitutionnels de libre expression et d'indépendance des chercheurs. Il s'impose au-delà, au nom de la connaissance de l'Histoire politique de la France qui exige la vérité sur celle-ci mais aussi parce qu'il est de nature à contribuer à la réconciliation des mémoires, voire peut en être la condition. Certes ce droit n'est pas absolu et la protection de certains secrets, dont ceux de la défense nationale, peut justifier que des restrictions lui soient apportées. Ces restrictions doivent toutefois, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, être proportionnées à l'objectif d'intérêt général qui les fondent, cette exigence de proportionnalité incluant leur limitation temporelle.

…/…

Monsieur Jean Castex
Premier ministre
Hôtel de Matignon
57, rue de Varenne 75700 Paris SP 07

20, avenue de Ségur – TSA 40720 – 75334 PARIS CEDEX 07
Site web: www.cncdh.fr

L'article 19 du projet de loi suscite d'abord l'étonnement de la CNCDH par son insertion dans un projet de loi dont ce n'est pas l'objet puisqu'à visée strictement sécuritaire comme en témoignent son contenu mais aussi son intitulé même - loi relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement. Elle ne peut que déplorer un tel cavalier législatif et ce d'autant qu'il remet en cause la lette et l'esprit des grandes lois sur les archives là où l'importance du droit d'accès aux archives et la gravité des enjeux qui s'y attache dans une démocratie imposaient une réflexion d'ensemble et une véritable concertation.

L'inquiétude que suscite l'article 19 tient d'abord à son ambivalence. Certes il constitue une avancée par l'abandon de la procédure administrative de « déclassification » instituée en novembre 2011 par une instruction ministérielle (IGI 1300) qui, appliquée rigoureusement à la demande du Secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale (SGDSN) en 2020, s'est vue renforcée lors de sa réforme en novembre dernier. Rompant avec le principe de « communication de plein droit » des archives classées secret défense de plus de cinquante ans que pose le code du patrimoine en son article L. 213-2, cette procédure a ralenti gravement les travaux historiques des chercheurs et donné lieu à de vives protestations, tant au plan national qu'international, de la part des archivistes, historiens et juristes, avec la mobilisation depuis près de deux ans d'un « collectif accès aux archives ». Composé de l'association des archivistes français, de l'association des historiens contemporanéistes de l'enseignement supérieur et de la recherche et de l'association Josette et Maurice Audin, ce collectif a formé deux recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat en septembre 2020 et janvier 2021 et joint au second en avril une question prioritaire de constitutionalité en avril afin qu'il conclue à l'illégalité de cette procédure et qu'il y soit mis un terme.

Si la CNCDH se doit donc de saluer l'avancée que constitue l'abandon de cette procédure administrative, le projet de loi la rendant désormais automatique, elle déplore en revanche que cet article 19 énonce des exceptions au principe de libre communication des archives secret défense de plus de cinquante ans qui sont d'une telle ampleur que, sous couvert de réouverture de leur accès , c'est en réalité une fermeture que le projet organise pour la première fois dans l'histoire de la République. Outre les archives concernant les armes nucléaires, biologiques et chimiques déjà exclues de toute déclassification et auxquelles l'article 19 ajoute les armes radiologiques, le projet de loi autorise l'allongement du délai de cinquante ans pour quatre catégories de documents. Il s'agit de ceux relatifs à certains bâtiments (prisons, barrages hydro électriques …), aux matériels de guerre, aux procédures opérationnelles et capacités techniques des services de renseignement enfin à la mise en œuvre et aux moyens de la dissuasion nucléaire.

La CNCDH ne peut que partager les préoccupations exprimées par les archivistes, historiens et juristes face à ces exceptions floues et de grande ampleur. Leur définition vague - ainsi en est-il du caractère « opérationnel » ou des « capacités techniques » de certaines procédures des services de renseignement - et plus encore l'imprécision des critères retenus pour mettre un terme à l'allongement du délai de communication tels que « la fin de l'affectation » d'une infrastructure à un usage donné, « la fin de l'usage» d'un matériel ou encore « la perte de valeur opérationnelle » d'une procédure ou de certains moyens, laissent un très large pouvoir d'appréciation aux administrations ayant émis ces documents, qui se voient ainsi accorder une compétence quasi- discrétionnaire pour fixer le délai de communication des documents en cause.

…/…

La portée de ces exceptions est de surcroît très largement conçue tant matériellement que temporellement. La protection des archives des services de renseignement concerne ainsi les services « classiques » dits du premier cercle (DGSI, DGSE, …) mais aussi toute une liste de services en charge de la sécurité. En outre, la durée d'allongement du délai de cinquante ans reste indéterminée. Ainsi, pour reprendre ici deux exemples très significatifs donnés par le collectif Accès aux archives, les archives de la DST qui ont permis de retrouver et juger les collaborateurs pendant la Seconde guerre mondiale, ou encore celles des « détachements opérationnels de protection » connus pour leurs pratiques de torture pendant la guerre d'Algérie, ne seraient pas devenues librement communicables si les alinéas 8 et 9 de l'article 19 du projet de loi avaient existé. Des travaux historiques de première importance des vingt dernières années, dont chacun sait qu'ils ont permis des progrès considérables dans la recherche de la vérité historique, n'auraient pas pu se faire dans les mêmes conditions. Pire, tout ou partie de ces archives pourraient même se trouver refermées en conséquence du projet de loi, dans la mesure où la disposition transitoire prévue au II de l'article 19 applique les nouvelles règles de communicabilité à tous les documents de plus de cinquante ans ayant fait l'objet d'une mesure de classification, ce qui est le cas de la grande majorité des documents relevant de ces deux exemples.

Si la CNCDH recommande en toute logique le retrait de l'article 19 du projet de loi afin de revenir au principe de libre communication de ces archives secret défense après cinquante ans, cette recommandation doit toutefois être subordonnée à l'issue des recours pendants devant le Conseil d'Etat depuis huit et six mois, et sur lesquels il doit statuer dans les jours qui viennent. En effet si de manière pour le moins surprenante, il ne souscrivait pas à l'illégalité de la procédure administrative de déclassification, la CNCDH ne saurait recommander le retrait de l'article 19 car il conduirait s'il était acté à revenir à l'application de cette procédure restée en vigueur. En tout état de cause, dans hypothèse de maintien de l'article 19, elle insiste pour que les exceptions qu'il prévoit à la libre communication de ces archives se voient véritablement encadrées, A cet égard, elle invite à porter une particulière attention à l'exception relative aux services de renseignement en raison de sa très ample et grave portée (art.19, al.8). Outre que cette exception devrait être absolument limitée aux archives des seuls services spécialisés de renseignement, un délai-plafond devrait être fixé à l'allongement de leurs délais de communication et une procédure de référé spécial permettant d'accélérer la contestation des refus de communication devrait être instituée.

En espérant que nos remarques et propositions retiendront votre attention, je vous prie de croire, Monsieur le Premier ministre, à l'assurance de ma haute considération.

Jean-Marie Burguburu

2021-822 QPC - Reçu au greffe du Conseil constitutionnel le 26 juillet 2021

CNCDH

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AVIS

A - 2021 - 8

AVIS SUR LE DROIT D'ACCÈS AUX ARCHIVES PUBLIQUES

24 JUIN 2021

L'*Avis sur le droit d'accès aux archives publiques*[1]
a été adopté lors de l'Assemblée plénière du 24 juin 2021
(Adoption à l'unanimité)

1 Avis adopté à la suite du courrier adressé au Premier ministre par le Président de la CNCDH le 14 juin 2021. Lire le courrier.

2021-822 QPC - Reçu au greffe du Conseil constitutionnel le 26 juillet 2021

1. L'accès aux archives publiques a fait l'objet d'une réflexion de fond avec le rapport du président Guy Braibant sur « Les Archives en France ». Répondant à un besoin général de transparence administrative de plus en plus affirmé[2], ce rapport, remis il y a 25 ans[3], marquait une avancée importante. La triple fonction des archives y était mise en exergue : une fonction d'abord mémorielle car « *il n'y a pas d'Histoire sans archives* », une fonction administrative car « *il n'y a pas d'Administration sans archives* », enfin une fonction citoyenne car l'exercice des droits des citoyens implique « la mise à leur disposition des documents administratifs et judiciaires les concernant individuellement ou collectivement ». Ainsi, « i*l n'y a pas de République sans archives* ». Le rapport invitait au-delà à une réforme de la loi sur les archives du 3 janvier 1979, la première en la matière depuis la Révolution, afin d'avoir « des archives plus ouvertes » tout en conciliant toutefois cette plus grande ouverture, notamment en matière de délais et consultation, avec la protection d'intérêts privés, comme le secret de la vie privée, ou publics, comme ceux de la sûreté de l'État et de la défense nationale.

2. Aujourd'hui, l'équilibre défini dans le fil du rapport Braibant par la loi du 15 juillet 2008 *relative aux archives,* dont les dispositions sont principalement codifiées dans le code du patrimoine,[4] se voit remis en cause par la multiplication des obstacles réglementaires et administratifs opposés aux historiens, aux chercheurs ou aux simples citoyens, et ce alors même que l'opinion publique est particulièrement sensible aux questions mémorielles. Or, cette situation préoccupante se trouverait consolidée et renforcée par l'article 19 du projet de loi *relatif à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement (PATR)*, actuellement en discussion au Parlement, notamment par les multiples exceptions qu'il apporte au principe de libre communication des archives publiques classées « secret défense » de plus de cinquante ans.

3. La CNCDH s'étonne en premier lieu de l'insertion de cet article 19 relatif à l'accès aux archives dans un projet de loi dont ce n'est pas l'objet puisqu'à visée strictement sécuritaire comme en témoignent non seulement son contenu mais son intitulé même : « loi relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement ». La Commission ne peut que déplorer un tel cavalier législatif. L'importance du droit d'accès aux archives et la gravité des enjeux qui s'y attachent dans une démocratie exigent une réflexion d'ensemble et une véritable concertation, s'agissant a fortiori d'une disposition qui remet en cause la lettre et l'esprit d'une législation libérale.

---

2 Voir sur ce point La transparence de la vie juridique et administrative : progrès et limites ; Rapport 1995 du Conseil d'Etat EDCE 1996 ; Pour une meilleure transparence de l'Administration, Doc.fcse. (Etude du Conseil d'Etat), 1998

3 Rapport remis au premier ministre, publié en 1996 à *La Documentation française*, dans la collection des rapports publics.

4 Code du patrimoine, Art. L.213-1 Les archives publiques sont […], communicables de plein droit. […] - Art. L.213-2 :Par dérogation aux dispositions de l'article L. 213-1 :I. – Les archives publiques sont communicables de plein droit à l'expiration d'un délai de […] : 3° Cinquante ans […] pour les documents dont la communication porte atteinte au secret de la défense nationale, aux intérêts fondamentaux de l'Etat dans la conduite de la politique extérieure, à la sûreté de l'Etat, à la sécurité publique, à la sécurité des personnes ou à la protection de la vie privée, à l'exception de […].

2021-822 QPC - Reçu au greffe du Conseil constitutionnel le 26 juillet 2021

4. Au regard de sa mission, la Commission nationale consultative de droits de l'homme (CNCDH) désapprouve, non seulement sur la forme mais aussi sur le fond, cette disposition qui, en entravant l'accès aux archives, menace directement la recherche sur notre histoire contemporaine et, partant, le droit d'accéder à la vérité de cette histoire et de contribuer à la réconciliation des mémoires[5]. Elle se doit par ailleurs de rappeler que l'accès aux archives est un droit qui, reconnu dès la Révolution à tout citoyen[6] et fondé sur l'article 15 de la *Déclaration de droits de l'homme et du citoyen*, aux termes duquel « *la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* », a valeur constitutionnelle[7]. Par ailleurs, l'accès aux archives doit être garanti au nom des principes constitutionnels de libre expression des citoyens et d'indépendance de la recherche8. Certes ce droit d'accès n'est pas absolu et des limitations peuvent lui être apportées. Mais elles doivent répondre, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, à une double condition : d'une part, être « *liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général* » (tel est le cas de la protection de secrets, comme ceux de la défense nationale 9) et d'autre part, « *qu'il n'en résulte pas d›atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* ». A cet égard elle considère que la proportionnalité est acquise dès lors que la restriction du droit d'accès est « *limitée dans le temps* ».

5. Par ailleurs, le droit européen, précisément la *Convention européenne des droits de l'homme* dont l'article 10 consacre la liberté d'expression, invite à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) à la protection du droit d'accès aux archives publiques. Outre qu'elle relève « *la valeur éminente de la liberté d'expression, surtout quand il s'agit d'un débat d'intérêt général* »[10], la CEDH condamne en effet « l*es obstacles dressés pour restreindre l'accès à des informations d'intérêt public [qui] risquent de décourager ceux qui travaillent dans les médias ou bien dans des domaines connexes de mener des investigations sur des sujets d'intérêt*

5 C'est dans cet esprit que la CNCDH a apporté son soutien à la journée d'étude organisée, le 20 septembre 2019, à l'Assemblée Nationale, par l'Association Maurice Audin (devenue depuis Association Josette et Maurice Audin) et par l'Association histoire coloniale et postcoloniale sur le thème « Les disparus de la guerre d'Algérie du fait des forces de l'ordre françaises : vérité et justice ? ». Cette journée d›études a été fondatrice pour les actions menées depuis lors en vue d'obtenir un plus large accès aux archives.

6 En disposant que « *tout citoyen pourra demander dans tous les dépôts, aux jours et heures qui seront fixés, communication des pièces qu'ils renferment* », la loi du 7 messidor an II (25 juin 1794) a posé le principe de «libre consultation» des archives.

7 CC, Déc. n° 2017-655 QPC du 15 septembre 2017, M. François G., dans laquelle le Conseil constitutionnel juge, pour la première fois, que « *Est garanti par cette disposition [l'article 15 de la DDHC] le droit d'accès aux documents d'archives publiques* ». Voir également CE, Ass.12 juin 2020, n°422327, où le CE juge que les dispositions du code du patrimoine « *doivent être interprétées conformément à l'article 15 de la Déclaration du 26 août 1789 qui garantit, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel […] le droit d'accès aux documents d'archives publiques* ».

8 Déc. CCn°83-165 DC, 20 janvier 1984, où le Conseil constitutionnel juge que « *par leur nature même, les fonctions d›enseignement et de recherche non seulement permettent mais demandent, dans l›intérêt même du service, que la libre expression et l›indépendance des personnels soient garanties par les dispositions qui leur sont applicables* ».

9 Ou encore du secret des délibérations du pouvoir exécutif, la conduite des relations extérieures et les intérêts fondamentaux de l'Etat dans la conduite de la politique extérieure, en ce sens CE, Ass.12 juin 2020, n°422327.

10 CEDH, 7 novembre 2006, *Mamère c/ France*.

2021-822 QPC - Reçu au greffe du Conseil constitutionnel le 26 juillet 2021

public »[11].Notant que les dispositions du code du patrimoine doivent être « *appliquées à la lumière des exigences attachées au respect de [cet] article 10 […] duquel peut résulter, à certaines conditions, un droit d'accès à des informations détenues par l'État* », le Conseil d'État a pour sa part enjoint d'autoriser la consultation anticipée des archives présidentielles relatives à la situation au Rwanda entre 1990 et 1995, par un chercheur dont les travaux portaient sur le rôle de la France au Rwanda, au motif notamment que cette demande présentait, « *au regard de la liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées pour nourrir les recherches historiques et le débat sur une question d'intérêt public, un intérêt légitime* » [12].

6. Il faut également rappeler l'importance prise récemment par « l*e droit à la vérité* » dans le droit international des droits de l'Homme. Cet impératif s'est traduit par l'adoption d'un Ensemble de principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité, dits « principes Louis Joinet »[13], qui ont trouvé leur prolongement dans le mandat du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition. Parallèlement, la *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions,* adoptée en 2006, contient des dispositions expresses sur les droits des victimes, entendues comme «la personne disparue et toute personne physique ayant subi un préjudice direct du fait d'une disparition » (article 24 §.1). Ainsi, notamment « *toute victime a le droit de savoir la vérité sur les circonstances de la disparition forcée, le déroulement et les résultats de l'enquête et le sort de la personne disparue* » (article 24 §.2)[14]. De son côté le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires a adopté un commentaire général sur le droit à la vérité en relation avec les disparitions forcées[15].

7. L'article 19 du projet de loi pèche aussi gravement par son ambivalence. Certes, le texte constitue une avancée par l'abandon de la procédure administrative de « déclassification » formelle par l'apposition d'un tampon avant toute communication d'archives publiques classées « secret défense » à l'expiration d'un délai de cinquante ans. Cette procédure, instituée en novembre 2011 par une instruction interministérielle pour la protection du secret de la défense nationale (IGI 1300)[16], a fait l'objet d'une application rigoureuse à la demande du Secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale (SGDSN) à partir de janvier 2020. Elle s'est vue ensuite confortée et renforcée par la révision de cette instruction en novembre 2020[17]. Cette procédure a considérablement ralenti les travaux historiques des chercheurs et donné lieu à de

11 CEDH, 14 juillet 2009, *Társaság a Szabadságjogokért c/ Hongrie* (n° 37374/05),

12 CE, Ass.12 juin 2020, n°422327, préc.

13 Cet « Ensemble des principes » adopté par la Sous-Commission des droits de l'homme en 1997 (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1), sur la base des travaux de son rapporteur spécial Louis Joinet, a été actualisé par la Commission des droits de l'homme en 2005 (E/CN.4/2005/102/Add.1).

14 La Convention qui a été ratifiée par la France est entrée en vigueur le 23 décembre 2010.

15 Cf. site OHCHR.

16 IGI N°1300 /SGDSN/PSE/ PSD du 30 novembre 2011.

17 IGI n° 1300/SGDSN/PSE/PSD du 13 novembre 2020.

vives protestations, tant au plan national qu'international, de la part des archivistes, historiens et juristes, avec la mobilisation depuis près de deux ans d'un collectif « Accès aux archives publiques »[18]. Cette mobilisation s'est traduite par deux recours pour excès de pouvoir formés contre les dispositions de l'IGI 1300 devant le Conseil d'Etat en septembre 2020 et janvier 2021 et le second recours a été accompagné en avril 2021 d'une question prioritaire de constitutionalité. Restés pendants depuis, ces recours ont été joints ainsi que la QPC et font l'objet de conclusions communes du rapporteur public qui, lors de l'audience du 16 juin 2021, s'est prononcé en faveur de l'annulation de cette procédure.

8. Si la CNCDH ne peut qu'approuver la substitution par l'article 19 du projet de loi d'une déclassification automatique à l'actuelle procédure administrative de déclassification formelle, elle déplore en revanche que cet article énonce des exceptions au principe de libre communication des archives secret défense de plus de cinquante ans d'une telle ampleur que, sous couvert de réouverture de leur accès, c'est en réalité une fermeture que le projet organise et ce pour la première fois dans l'histoire de la République.

9. Outre les archives concernant les armes nucléaires, biologiques et chimiques déjà exclues de toute déclassification et auxquelles l'article 19 ajoute les armes radiologiques, le projet de loi autorise l'allongement du délai de cinquante ans pour quatre catégories de documents : ceux relatifs à certains bâtiments (installations militaires, prisons, barrages hydro électriques…), aux matériels de guerre, aux procédures opérationnelles et capacités techniques des services de renseignement, enfin à la mise en œuvre et aux moyens de la dissuasion nucléaire.

10. La CNCDH ne peut que partager les préoccupations exprimées par les archivistes, historiens et juristes face à ces exceptions floues et de grande ampleur. Leur définition est imprécise : ainsi en est-il du caractère « opérationnel » ou des « capacités techniques » de certaines procédures des services de renseignement. Sont encore plus imprécis les critères retenus pour mettre un terme à l'allongement du délai de communication (tels que celui de « la fin de l'affectation » d'une infrastructure à un usage donné, ou celui de « la fin de l'usage » d'un matériel ou encore de « la perte de valeur opérationnelle » d'une procédure ou de certains moyens). Toutes ces exceptions laissent un très large pouvoir d'appréciation aux administrations ayant émis ces documents, qui se voient ainsi accorder une compétence quasi discrétionnaire pour fixer le délai de communication des documents en cause.

11. La portée de ces exceptions est de surcroît trop large tant matériellement que temporellement. La protection des archives des services de renseignement concerne

18 Ce collectif est composé de trois associations- l'association des archivistes français, l'association des historiens contemporanéistes de l'enseignement supérieur et de la recherche et l'association Josette et Maurice Audin - ainsi que nombre d'historiens, archivistes et juristes.

2021-822 QPC - Reçu au greffe du Conseil constitutionnel le 26 juillet 2021

ainsi les services « spécialisés de renseignement », services « classiques » dits du premier cercle (DGSI, DGSE, ...), mais aussi toute une liste de services en charge de la sécurité[19]. En outre, la durée d'allongement du délai de cinquante ans reste indéterminée. Ainsi, pour reprendre deux exemples très significatifs donnés par le collectif « Accès aux archives », les archives de la DST qui ont permis de retrouver et juger les collaborateurs pendant la Seconde guerre mondiale, ou encore celles des « détachements opérationnels de protection » connus pour leurs pratiques de torture pendant la guerre d'Algérie, ne seraient pas devenues librement communicables si les alinéas 8 et 9 de l'article 19 du projet de loi avaient existé. Des travaux historiques de première importance des vingt dernières années, dont chacun sait qu'ils ont permis des progrès considérables dans la recherche de la vérité historique, n'auraient pas pu se faire dans les mêmes conditions, ni même être actuellement poursuivis puisque certains documents accessibles jusqu'ici pourraient ne plus l'être[20].

12. La CNCDH rappelle avec fermeté le principe de libre communication des archives « secret défense » après cinquante ans. Elle souligne la nécessité d'un strict encadrement des exceptions à ce principe prévues par l'article 19, afin que soit assurée la nécessaire conciliation du droit constitutionnel d'accès aux archives, d'une part, et de la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation d'autre part, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle[21]. La CNCDH ne méconnait pas ces intérêts mais observe qu'ils sont déjà pris en compte par la loi de 2008 qui subordonne la communication des archives secret défense à un délai de cinquante ans. Aussi, si d'autres restrictions venaient à être prévues, elles devraient en tout état de cause présenter un caractère exceptionnel et être réservées au seul cas où la communication des archives concernées menacerait gravement les intérêts de la sécurité nationale.

13. C'est assez dire que la CNCDH invite le gouvernement à revoir les exceptions prévues à l'article 19 qui, en l'état, ne satisfont pas à cette double exigence.

---

19 La liste est donnée à l'article R. 811-2 du code de sécurité intérieure.

20 En effet, tout ou partie de ces archives pourraient se trouver refermées en conséquence du projet de loi, dans la mesure où la disposition transitoire prévue au II de l'article 19 applique les nouvelles règles de communicabilité à tous les documents de plus de cinquante ans ayant fait l'objet d'une mesure de classification, ce qui est le cas de la grande majorité des documents relevant de ces deux exemples.

21 Déc.CC n°2016-738 DC du 10 novembre 2016. Pour le Conseil constitutionnel, la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, à laquelle participe le secret de la défense nationale, résulte d'une interprétation combinée des articles 5, 20 et 21 de la Constitution.

CNCDH
COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Créée en 1947 sous l'impulsion de René Cassin, **la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) est l'Institution nationale de promotion et de protection des droits de l'homme française, accréditée de statut A par les Nations Unies.**

L'action de la CNCDH s'inscrit dans une quadruple mission :

- Conseiller les pouvoirs publics en matière de droits de l'Homme ;
- Contrôler l'effectivité des engagements de la France en matière de droits de l'Homme et de droit international humanitaire ;
- Assurer un suivi de la mise en oeuvre par la France des recommandations formulées par les comités de suivi internationaux et régionaux ;
- Sensibiliser et éduquer aux droits de l'Homme.

L'indépendance de la CNCDH est consacrée par la loi. Son fonctionnement s'appuie sur le principe du pluralisme des idées. Ainsi, seule institution assurant un dialogue continue entre la société civile et les experts français en matière de droits de l'Homme et de droit international humanitaire, elle est composée de 64 personnalités qualifiées et représentants d'organisations non gouvernementales issues de la société civile.

La CNCDH est le rapporteur national indépendant sur la lutte contre toutes les formes de racisme depuis 1990, sur la lutte contre la traite et l'exploitation des êtres humains depuis 2014, sur la mise en oeuvre des Principes directeurs des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'Homme depuis 2017, sur la lutte contre la haine et les discriminations anti-LGBTI depuis 2018 et sur les droits des personnes handicapées depuis 2020. La CNCDH est en outre la Commission française de mise en œuvre du droit international humanitaire au sens du Comité international de la Croix-Rouge.

20 Avenue Ségur - TSA 40 720 - 75334 PARIS Cedex 07
Tel : 01.42.75.77.09
Mail : cncdh@cncdh.fr
www.cncdh.fr

@CNCDH
@cncdh.france

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 reconnait 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 reconnait, 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 reconnait 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 contrôle 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 benoitement 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 personne 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 même 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 aout 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 mes ure 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'intelligibité 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 aout 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 sureté 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 <u>sont chargées</u>, dans les conditions prévues par la loi, <u>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</u>. […]. »*

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 récidive 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 entrainer 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 critère 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 2ème, 3ème et 4ème 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 CRÉEES

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 aout 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 préfèrera la notion de désembrigadement ou de désengagement violent en milieu carcéral ne saurait justifier à eux seuls la création d'une mesure de sureté 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 créée 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 déférée 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 déférés 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 récidive 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 aout 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 récidive et par une adhésion persistante à une idéologie ou à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme, <u>faisant ainsi obstacle à sa réinsertion</u>, 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 »,* apparait comme l'équivalent social de l'exigence imposée par votre juridiction en matière de soins préalables au prononcé d'une mesure de rétention de sureté.

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 sureté 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 placiez 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 sureté 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 parait difficile sinon impossible de déterminer ce que seraient les « meures 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 collégialement 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 aout 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 mesure 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 sureté.

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 1er 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 sureté, 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'aucune 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 jouter « 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 connaitre 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 sureté, 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 apparait 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 définit 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 2011[2].

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 2018[3].

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 FSPRT[6].

Ce décret du 6 mai 2019 (en son article 2-1[7]) - 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 créé 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, accroit 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.

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

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 préfectures 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 préfectures 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 2016[8] 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 2020[9] 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'Asssemblée 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 police[12] 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 Triantafyllou[13] 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 Stecken[14] 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 (évènements 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.

OBSERVATOIRE INTERNATIONAL
DES PRISONS
SECTION FRANÇAISE

Contribution extérieure soumise au Conseil constitutionnel le 27 juillet 2021 sur les articles 1, 4 et 6 de la loi relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement, dans le cadre de sa saisine des 22 et 23 juillet 2021 par plus de soixante sénateurs, en application de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution

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

Par la présente contribution extérieure, l'Observatoire International des Prisons – Section française entend faire valoir les observations suivantes relative aux articles 1, 4 et 6 de la loi relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement.

Les mesures relatives aux personnes sortant de prison, parmi les « *plus importantes du texte* »[1], visent, selon le gouvernement, à renforcer le suivi post-peine des sortants de prison. Elles viennent dans les faits pallier l'absence d'accompagnement, paradoxalement parachevée par le législateur lui-même. En effet, les multiples législations anti-terroristes de ces dernières années (neuf en six ans) sont venues supprimer toute possibilité d'aménagement de peine et de surveillance judiciaire (conditionnée aux réductions de peine, elles aussi supprimées) pour les personnes condamnées pour des infractions à caractère terroriste, les contraignant à des « sorties sèches ».

Ces mesures s'inscrivent dans la continuité directe de la mesure de sûreté censurée en août 2020 par votre Conseil. Vous précisiez alors que la constitutionnalité d'une mesure de sûreté est conditionnée à l'absence de toute autre mesure suffisante et moins attentatoire aux droits et libertés constitutionnellement garantis, ainsi qu'aux caractères adapté et proportionné de ses conditions de mise en œuvre et de sa durée à l'objectif poursuivi, « *a fortiori lorsque la personne a déjà exécuté sa peine* »[2].

Les dispositions introduites par les articles 1, 4 et 6 de la loi dont vous êtes aujourd'hui saisi ne remplissent pas davantage ces conditions, et **restent dès lors attentatoires aux droits constitutionnels**. Les mesures qu'elles portent donnent en effet à voir une redistribution insidieuse du contenu de la mesure censurée entre les champs judiciaire et administratif. D'abord *via* la création d'une mesure judiciaire dont le prétendu objectif de réinsertion n'en change nullement la logique et le contenu (1). Ensuite *via* la pérennisation et le renforcement des mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance (Micas) (2). Ce faisant, le législateur consacre l'hybridation des logiques administrative et judiciaire au service d'une spirale répressive (3).

[1] Déclarations en séance publique de l'Assemblée nationale (première lecture) par le ministre de l'intérieur Gérald Darmanin et le rapporteur de la Commission des lois Raphaël Gauvain.
[2] Loi n°2020-1023 à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine, presque intégralement censurée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2020-805 du 7 août 2020 : https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020805DC.htm

1. **Création d'une mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion (article 6)**

Issue d'un copié-collé amélioré des dispositions censurées en 2020, la mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion demeure bel et bien une mesure de sûreté. Elle a tout d'une peine, sauf le nom : l'objectif est en effet de concevoir une mesure plus contraignante que les Micas mais d'applicabilité immédiate puisque destinée aux environ 150 personnes détenues condamnées pour des faits de terrorisme au début des années 2010 et qui auront exécuté leur peine d'ici à fin 2024.

Le législateur feint ainsi de prendre en compte les exigences constitutionnelles que votre Conseil a formulées, sans véritablement revoir sa copie. La nouvelle durée cumulée maximale de cinq ans reste excessive dès lors qu'elle s'applique de manière préventive, et la restriction du champ des personnes visées à celles condamnées à une peine d'enfermement d'au moins cinq ans non assortie de sursis aura un impact mineur dès lors que la très large majorité des personnes condamnées pour les infractions visées par ces mesures le sont à des peines supérieures à cinq ans. Concernant son renouvellement, l'exigence d'« *éléments complémentaires ou nouveaux* » apparaît d'appréciation trop large et risque d'être, dans les faits, décorative : il serait ainsi préférable d'exiger des éléments « actuels et circonstanciés ».

Concernant l'un des éléments principaux de la censure, à savoir l'absence de mesures de nature à favoriser la réinsertion pendant l'exécution de la peine, la loi se contente de renommer très scolairement la mesure et de la conditionner à l'existence de telles mesures. Cette condition ne revêt cependant qu'un caractère ornemental : en l'état actuel de la prise en charge en détention des personnes condamnées pour des faits de terrorisme qui s'inscrit dans une logique essentiellement sécuritaire, avec un isolement quasi-généralisé, un respect *in concreto* de cette condition rendrait la mesure inapplicable. L'objectif de réinsertion revêt avant tout un caractère d'affichage qui vient cacher l'objectif réel de surveillance et de répression.

Malgré la sensibilité du sujet, ou peut-être en raison de celle-ci, le législateur ignore l'exigence constitutionnelle de proportionnalité de la gravité des atteintes portées au principe de liberté à une « *particulière dangerosité évaluée à partir d'éléments objectifs* »[3]. Le caractère flou et subjectif de cette notion nourrit pourtant depuis de nombreuses années sa large critique. La tentative de proposer deux conditions cumulatives – elles-mêmes floues et subjectives – apparaît sans effet puisque l'une, l'« *adhésion persistante à une idéologie ou à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme* », permet de caractériser la seconde, la « *probabilité très élevée de récidive* ».

Certaines obligations de la nouvelle mesure sont de plus relativement imprécises, alors même qu'elles suggèrent l'éventualité d'une privation, et non plus restriction, de liberté. En particulier, le texte prévoit que la « *prise en charge sanitaire, sociale, éducative ou psychologique, destinée à permettre la réinsertion et l'acquisition des valeurs de la citoyenneté […] peut, le cas échéant, intervenir au sein d'un établissement d'accueil adapté* » (alinéa 5). Aucune précision n'est davantage apportée sur ce qu'est un « *établissement d'accueil adapté* », sur les implications qu'il emporterait en termes de restriction et/ou privation de liberté, et sur la possibilité pour le tribunal d'obliger la personne d'y fixer sa résidence.

[3] https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020805DC.htm, para. 14.

Enfin, parmi les six obligations et interdictions relevées par votre Conseil comme « *port[ant] 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* »[4], trois subsistent dans la nouvelle mesure judiciaire et trois sont indirectement reprises *via* l'allongement de la durée des Micas[5]. La disparition du placement sous surveillance électronique mobile de la nouvelle mesure judiciaire n'est de même qu'illusoire puisqu'il est déjà prévu, et dès lors prolongé, dans les Micas[6].

2. Pérennisation et renforcement disproportionné des Micas[7] (articles 1 et 4)

Outre la pérennisation inquiétante des Micas[8], la loi renforce doublement ces mesures *via* la multiplication des interdictions et obligations d'une part, et *via* l'allongement inconstitutionnel de leur durée d'autre part.

La loi prévoit qu'à l'obligation de déclaration du domicile, s'ajoute celle de fournir un justificatif de domicile ou d'habitation[9]. Surtout, l'assignation à résidence avec obligation de pointage périodique ne sera ainsi plus exclusive de l'interdiction de paraître dans un lieu déterminé[10]. En allongeant la liste des obligations et en amorçant l'effritement du non-cumul des Micas, la loi renforce leur caractère liberticide et les rapproche toujours plus d'une peine.

Ce chemin sécuritaire sans limite se prolonge, pour les sortants de prison – qui représentent 80% des personnes visées par des Micas –, par le doublement de la durée totale cumulées à 24 mois[11]. Cette disposition vise à contourner la censure de 2020 : elle comble en partie la suppression, dans la nouvelle mesure judiciaire, de certaines obligations contenues dans la mesure de sûreté censurée.

Si elles sont dès lors couvertes par une durée moins large, elles perdent néanmoins en garanties judiciaires puisqu'elles restent aux mains de l'administration, et ce pour une durée deux fois plus longue qu'aujourd'hui. En convertissant indirectement des obligations judiciaires – censurées par votre Conseil – en obligations administratives, le législateur acte une confusion durable des pouvoirs administratif et judiciaire, et consent que des mesures fortement restrictives de liberté relèvent de l'ordre administratif et soient dès lors soumises au risque d'arbitraire et à l'absence de contrôle juridictionnel indépendant.

---

[4] https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020805DC.htm, para. 15.

[5] Les obligations de « *se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie, dans la limite de trois fois par semaine* », de « *ne pas entrer en relation avec certaines personnes, notamment les auteurs ou complices de l'infraction, ou catégories de personnes spécialement désignées* » et de « *s'abstenir de paraître en tout lieu, toute catégorie de lieux ou toute zone spécialement désignés* ».

[6] Article L.228-3 du code de sécurité intérieure.

[7] Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 30 octobre 2017, dite loi SILT, le ministère de l'intérieur a pris 449 MICAS, dont 72 sont encore en vigueur (déclaration de Gérald Darmanin, ministère de l'intérieur, lors de l'ouverture des débats en séance publique à l'Assemblée nationale sur le présent projet de loi le 1er mai 2021).

[8] Article 1 du projet de loi

[9] Article 4, 1°a et 2°a du projet de loi

[10] Article 4, 1°b

[11] Article 4, 1°c, 2°b et 3°a

Surtout, le législateur s'expose à une nouvelle censure. Dans votre jurisprudence relative aux dispositions de la loi SILT, votre Conseil affirmait en effet que, « *compte tenu de [leur] rigueur* », les Micas ne peuvent « *excéder, de manière continue ou non, une durée totale cumulée de douze mois* »[12]. Dans son avis relatif au projet de loi, le Conseil d'État soulignait en ce sens que « *l'allongement proposé soulève une difficulté d'ordre constitutionnel sans que son efficacité soit suffisamment établie* »[13].

Enfin, la subordination des renouvellements des Micas à l'« *existence d'éléments nouveaux ou complémentaires* » appelle les mêmes observations que celles précédemment formulées concernant la nouvelle mesure judiciaire.

3. L'hybridation de l'administratif et du judiciaire au service d'une spirale répressive

La loi cristallise le cumul d'obligations et interdictions administratives et judiciaires à la sortie de prison pour une même catégorie de personnes. Faisant définitivement fi du principe selon lequel la privation de liberté est strictement conditionnée à l'existence d'une infraction pénale, le texte prévoit explicitement l'articulation entre administratif et judiciaire en exigeant la prise en compte des obligations judiciaires lors de la définition des obligations administratives[14].

Ces dispositions servent un même objectif, qui est uniquement celui de la prévention de la récidive. L'ajout d'une mention relative à la réinsertion, tant dans les critères d'application que dans l'objectif affiché de la nouvelle mesure judiciaire, n'est qu'un enrobage formel tentant de dépasser la censure constitutionnelle. Le caractère particulièrement contraignant de cette mesure jalonnera en réalité le parcours de la personne de freins à sa (ré)insertion, comme c'est déjà aujourd'hui le cas pour les Micas.

La loi vient renforcer le caractère excessif de mesures liberticides qui, par nature, sont déjà problématiques puisqu'elles ont vocation à s'appliquer à l'issue de l'exécution d'une peine sur une personne non soupçonnée de tenter de commettre de nouvelles infractions à caractère terroriste. En effet, dans le cas où un tel soupçon existe, l'arsenal coercitif actuel – qui permet d'ordonner des mesures coercitives et de prononcer des condamnations pour des faits intervenant bien en amont d'un acte terroriste – serait tout à fait mobilisable.

Ces nouvelles dispositions sont d'autant plus inquiétantes que leur non-respect est sanctionné de trois ans d'emprisonnement. A la peine d'enfermement exécutée, s'ajoute ainsi une peine restrictive voire privative de liberté qui ne dit pas son nom et qui, elle-même, pourra de nouveau donner lieu à une nouvelle peine d'enfermement. Le renforcement progressif mais musclé de ces mesures fait craindre une spirale infinie de la surveillance et de l'enfermement, dans la continuité des lois anti-terroristes de ces dernières années.

[12] Conseil constitutionnel, décision n°2017-691 QPC - 16 février 2018. Voir aussi n° 2017-695 QPC - 29 mars 2018
[13] l15b4104_avis-conseil-etat.pdf
[14] Article 4, 4° du projet de loi

Contribution extérieure auprès du Conseil Constitutionnel dans l'affaire n° 2021-822 DC

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

Produite par l'association « La Quadrature du Net », le 27 juillet 2021

Monsieur le Président,

Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel,

Par la présente contribution extérieure, l'association La Quadrature du Net entend faire valoir les observations suivantes à l'encontre des dispositions de la loi « *relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement* ».

En raison des délais extrêmement courts laissés au Conseil constitutionnel pour se prononcer sur cette loi, dont les conséquences sont pourtant très importantes pour l'exercice des droits et libertés en France, cette contribution extérieure se limite à certaines dispositions du chapitre II de la loi « relative~~s~~ au renseignement » dont l'inconstitutionnalité est manifeste, particulièrement en ce qu'elles visent à :

- pérenniser et étendre les traitements automatisés destinés à détecter des connexions susceptibles de révéler une menace terroriste ainsi qu'à étendre la possibilité de recueil en temps réel de certaines données (**partie 1**, concernant les articles 14, 15 et 16, page 1) ;

- organiser la conservation généralisée des données de connexion par les opérateurs (**partie 2**, concernant l'article 17, page 7) ;

- étendre les obligations de coopération des fournisseurs de services de communications électroniques notamment aux usages d'IMSI catcher et au piratage informatique (**partie 3**, concernant l'article 12, page 10) ;

- allonger la durée de conservation des renseignements à des fins de recherche et de développement (**partie 4**, concernant l'article 10, page 13).

PARTIE 1. Sur la pérennisation et l'extension du recours aux algorithmes de surveillance ainsi que sur l'extension de la possibilité de recueil en temps réel de certaines données (Articles 14, 15 et 16)

Les articles 14 et 15 du projet de loi organisent la pérennisation et l'extension des dispositions prévues à l'article L. 851-3 du code de la sécurité intérieure encadrant le recours aux algorithmes de surveillance. L'article 16 organise l'extension de la possibilité de recueil en temps réel des données de connexion.

Ces articles constituent une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée (a) et au secret des correspondances (b) ainsi qu'à l'article 34 de la Constitution (c).

a) Atteinte disproportionnée au droit à la vie privée

<u>En droit :</u>

Au titre notamment du droit au respect de la vie privée protégé par l'article 2 de la Déclaration de 1789, le Conseil constitutionnel a considéré que la « *collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif* » (Cons. constit., n°2012-652 DC, 22 mars 2012).

Ce droit au respect de la vie privée est également inscrit aux articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, que le Conseil constitutionnel se doit de respecter au titre de l'article 88-1 de la Constitution. De manière générale, si le Conseil constitutionnel n'est pas tenu d'appliquer la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, il peut cependant utilement s'en inspirer afin de garantir un niveau de protection adapté aux droits et libertés constitutionnellement protégés.

Il est vrai que dans sa décision de 2015 sur la loi « relative au renseignement », le Conseil constitutionnel a considéré que le recours aux algorithmes ne constituait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée (Cons. constit., n° n°2015-713 DC, § 60).

Néanmoins, depuis cette décision, la Cour de Justice de l'Union européenne a rendu une décision concernant notamment la compatibilité entre le droit de l'Union européenne et un dispositif de traitement automatisé des données relatives au trafic et des données de localisation (CJUE, C-511/18 et s., 6 octobre 2020). Elle y souligne notamment que le recours à l'analyse automatisée doit être limité « *à des situations dans lesquelles un État membre se trouve confronté à une menace grave pour la sécurité nationale qui s'avère réelle et actuelle ou prévisible, le recours à cette analyse pouvant faire l'objet d'un contrôle effectif* (...) » (CJUE, précité, § 192).

<u>En l'espèce</u> :

En premier lieu, alors que la loi de 2015 « relative au renseignement » ne permettait l'utilisation des algorithmes de surveillance qu'à titre expérimental, la loi examinée par le Conseil constitutionnel prévoit aujourd'hui la pérennisation de ce dispositif. La CNIL rappelle ainsi dans son avis sur le texte que « *l'utilisation d'une telle technique porte une atteinte particulièrement forte à la vie privée des individus et au droit à la protection des données à caractère personnel* » (CNIL, Délibération n°2021-040 du 8 avril 2021, § 24). Elle a souligné ne pas avoir pu analyser la proportionnalité de l'atteinte à la vie privée constituée par cette pérennisation (CNIL, idem, § 31).

En second lieu, aucune disposition ne vient répondre aux exigences de la Cour de Justice de l'Union européenne sur les limitations à apporter à l'utilisation des algorithmes de surveillance. Ainsi, l'article 14 ne mentionne aucune limitation du dispositif à l'existence d'une « *menace grave pour la sécurité nationale* » qui serait « *actuelle ou prévisible* ». Il ne prévoit encore moins aucun « contrôle effectif » d'une telle analyse. Le législateur n'a donc tiré aucune conséquence des récents arrêts de la Cour de Justice sur la question du recours aux algorithmes.

Il est particulièrement significatif que la loi déférée prévoit un régime spécifique pour la conservation des données de connexion, avec décision du Premier ministre relative à l'existence de « motifs tenant à la sauvegarde de la sécurité nationale », mais qu'aucun régime parallèle ne soit prévu pour le recours aux algorithmes.

Il en résulte que la pérennisation et l'extension du recours aux algorithmes prévues aux articles 14 et 15 de la loi déférée sont contraires à l'article 2 de la Déclaration de 1789 et à l'article 88-1 de la Constitution.

b) Atteinte disproportionnée au secret des correspondances

<u>En droit :</u>

Le Conseil constitutionnel a admis la valeur constitutionnelle du droit au secret des correspondances, rattaché aux articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 (Cons. constit., n°2004-492 DC, 2 mars 2004).

Dans sa décision de 2015 concernant la loi « relative au renseignement », il a conditionné la constitutionnalité des dispositions relatives au recours à l'algorithme au fait que, notamment, ces traitements ne pouvaient porter que sur des informations ou documents mentionnés à l'article L. 851-1 du CSI, c'est-à-dire des données dites de « connexion » ou « métadonnées » (Cons. constit., n°2015-713 DC, § 60). Dans cette même décision, le Conseil constitutionnel précise que les données faisant l'objet du traitement « *ne peuvent en aucun cas porter sur le contenu des*

correspondances échangées ou des informations consultées, sous quelque forme que ce soit » (Cons. constit., n°2015-713 DC, § 55).

À ce titre, si le Conseil constitutionnel a admis dans sa décision de 2015 certaines techniques de renseignement portant atteinte au secret du contenu des correspondances, il ne l'a fait qu'en raison de leur caractère ciblé, différent d'une surveillance généralisée (voir notamment Cons. constit., n°2015-713 DC, § 25).

En l'espèce :

Les articles 15 et 16 étendent le recours aux algorithmes et la possibilité de recueil en temps-réel des données de connexion aux « adresses complètes de ressources utilisées sur internet ».

Comme le rappelle la CNIL dans son avis sur le texte, ce type de données « *sont susceptibles de faire apparaître des informations relatives au contenu des éléments consultés ou aux correspondances échangées* » (CNIL, Délibération n°2021-040 du 8 avril 2021, § 35). Les « adresses complètes de ressources utilisées sur internet » peuvent, en effet, être extrêmement parlantes sur le contenu consulté par l'utilisateur, et indiquer par exemple le titre d'un article complet.

Dans son rapport sur le projet de loi, la commission des lois du Sénat rappelle ainsi qu'aussi bien la CNIL que la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) ont, dans leur avis sur le projet de décret relatif aux techniques de renseignement « ***exclu la possibilité que la technique de l'algorithme puisse permettre un accès complet aux URL*** » du fait que les URL « *constituent des données mixtes, comprenant à la fois des données de connexion, c'est-à-dire des éléments relatifs à l'acheminement de la communication internet, et des données de communication, c'est-à-dire des éléments fournissant des précisions sur l'objet ou le contenu du site internet consulté* » (Commission des lois du Sénat, Rapport n°694 sur le projet de loi relatif à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement, 16 juin 2021).

La commission des lois du Sénat y ajoute que, selon la Délégation Parlementaire au Renseignement (ci-après « DPR ») « *l'élargissement de la technique de l'algorithme souhaité par les services à l'analyse de la totalité des informations contenues dans les URL reviendrait, de fait,* ***à autoriser un traitement automatisé de données révélant, pour partie, le contenu de communications*** ». En effet, elle précise que si le Conseil constitutionnel n'interdit pas par principe que des services du renseignement accèdent au contenu des communications, cela n'a été autorisé pour l'instant que pour une collecte individualisée et non pour « *un traitement en masse des données de communication* » (Commission des lois du Sénat, Rapport sur le projet de loi relatif à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement n° 694, 16 juin 2021).

Il en résulte que les articles 15 et 16 autorisent la surveillance en masse de données portant sur le contenu des correspondances, en contradiction avec le secret des correspondances protégées par la Constitution.

c) Incompétence négative du législateur

En droit :

Il ressort de l'article 34 de la Constitution que la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques.

Dans sa décision de 2015 sur la loi « relative au renseignement », le Conseil constitutionnel a ainsi considéré qu'il y avait eu violation de l'article 34 du fait de l'absence de définition dans la loi des « *conditions d'exploitation, de conservation et de destruction des renseignements collectés en application de l'article L. 854-1* » en matière de surveillance internationale. Le législateur n'avait ainsi pas déterminé « *les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* » (Cons. constit., n°2015-713 DC, § 78).

En l'espèce :

L'article 15 la loi déférée modifie l'article L851-3 du CSI. Désormais, cet article ne prévoit plus que « *peut être imposé aux opérateurs [...] la mise en œuvre sur leurs réseaux* » du dispositif de détection automatisée, mais que ce dispositif sera désormais directement mis en œuvre par les services de renseignement « *sur les données transitant par les réseaux des opérateurs* ». Cette modification implique une architecture radicalement différentes que la loi échoue entièrement à décrire et à encadrer.

En effet, dans son avis sur le texte, la CNIL précise que « *le ministère a retenu une architecture selon laquelle les flux de données ne sont pas analysés au moyen d'algorithmes installés sur les réseaux des opérateurs mais dupliqués puis acheminés au sein d'une infrastructure dépendant de l'État pour être soumis à des dispositifs de détection centralisés* ». Elle considère ainsi que cela implique de « *dupliquer, au bénéfice d'un service administratif du Premier ministre, l'ensemble de ces données, qui concernent tous les appels téléphoniques et accès internet réalisés sur le territoire français, constitue une évolution particulièrement significative* » (CNIL, Délibération n°2021-040 du 8 avril 2021, § 16 et s.).

À ce titre, la CNIL considère donc « *indispensable que le texte soit précisé* » sur ce sujet et que le principe de cette architecture « *devrait (...) figurer dans la loi* » (idem).

Cette architecture facilite en effet grandement la surveillance réalisée par les services de renseignement et est susceptible d'être dévoyée à d'autres fins que celles définies par le texte, et ce d'autant plus que les dispositifs de l'article 10 de cette même loi permettent *de facto* de conserver les données analysées par l'algorithme pour la recherche et développement pendant 5 ans. Cela pourrait

potentiellement être l'intégralité du trafic internet qui peut donc se retrouver dupliqué et mis de côté par les services de renseignement.

La loi déférée n'apporte aucune précision sur les modalités de mise en œuvre de la technique de recours aux algorithmes ni sur l'architecture précise du traitement automatisé. Le législateur n'a donc pas précisé les conditions réelles de collecte, d'exploitation et de conservation des renseignements lié à la particularité de la duplication et de la centralisation des données de connexion concernant potentiellement l'ensemble des personnes vivant en France.

Il en résulte que l'article 15 est en contradiction avec l'article 34 de la Constitution.

PARTIE 2. Sur l'organisation de la conservation des données de connexion par les opérateurs (Article 17)

L'article 17 refond le cadre de conservation généralisée des données de connexion par les opérateurs en réaction à la décision de la Cour de Justice de l'Union européenne du 6 octobre 2020.

Il constitue une atteinte disproportionnée aussi bien au droit à la vie privée protégé par l'article 2 de la Déclaration de 1789 qu'à l'article 88-1 de la Constitution en ce qu'il représente une violation directe du droit de l'Union européenne tel qu'interprété par la Cour de Justice de l'Union européenne.

<u>En droit :</u>

Comme vu précédemment, le Conseil constitutionnel a reconnu que la collecte, l'enregistrement et la conservation de données personnelles étaient constitutives d'une atteinte à la vie privée et devaient donc être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionné à cet objectif (Cons. constit., n°2012-652 DC, 22 mars 2012).

La Cour de justice de l'Union européenne rappelle de façon constante que [les données de connexion] « s*ont susceptibles de révéler des informations sur un nombre important d'aspects de la vie privée des personnes concernées (...). [qui] peuvent permettre de tirer des conclusions très précises concernant la vie privée des personnes dont les données ont été conservées (...). En particulier, ces données fournissent les moyens d'établir le profil des personnes concernées, information tout aussi sensible, au regard du droit au respect de la vie privée, que le contenu même des communications* » (*Digital Rights*, 8 avril 2014, C-293/12 et C-594/12, § 27*;Tele2*, 21 décembre 2016, C-203/15 et C-698/15, § 99 ; *La Quadrature du Ne*t, 6 octobre 2020, C-511/18 et s., § 117).

Dans sa décision du 6 octobre 2020 « La Quadrature du Net », la Cour de Justice de l'Union européenne définit les limitations et garanties permettant aux régimes de conservation généralisée des données de connexion de se conformer aux articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et à l'article 15 paragraphe 1 de la directive 2002/58 (CJUE, C-511/18 et s., 6 octobre 2020). Il convient à ce titre de rappeler que l'article 88-1 de la Constitution impose au législateur de respecter le droit de l'Union européenne.

Dans cette décision, la Cour de Justice de l'Union européenne a réaffirmé sa jurisprudence selon laquelle le droit de l'Union européenne s'opposait « *à des mesures législatives prévoyant (...) à titre préventif, une conservation généralisée et indifférenciée des données relatives au trafic et des données de localisation* ».

À titre exceptionnel, et étant mis de côté les cas particuliers des données relatives à l'état civil et des adresses IP, la Cour de Justice a considéré que seul était permis « l*e* ***recours à une injonction*** *faite*

aux fournisseurs de services de communications électroniques de procéder à une conservation généralisée et indifférenciée des données relatives au trafic et des données de localisation, dans des situations où l'État membre concerné fait face à ***une menace grave pour la sécurité nationale*** *qui s'avère* ***réelle et actuelle ou prévisible*** », précision étant faite que cette décision doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle effectif : « *soit par une juridiction, soit par une entité administrative indépendante, dont la décision est dotée d'un effet contraignant (...)* » (CJUE, La Quadrature du Net, 6 octobre 2020, § 168). La Cour insiste bien sur le fait que « *cette conservation ne saurait présenter un caractère systématique* » (même arrêt, § 138).

Il en résulte qu'une conservation généralisée des données de connexion n'est possible qu'à travers une injonction spécifique limitée dans le temps adressée à des opérateurs dans le cas d'une menace grave pour la sécurité nationale d'un État et soumise au contrôle effectif d'une autorité dont la décision est dotée d'un effet contraignant.

En l'espèce :

Il est précisé au 3° du I de l'article 17 que le Premier ministre peut enjoindre « *pour des motifs tenant à la sauvegarde de la sécurité nationale* », quand il a constaté « *une menace grave, actuelle ou prévisible* », « *par décret aux opérateurs (...) de conserver pendant une durée d'un an* » certaines données de connexion.

Ce régime d'organisation de conservation des données de connexion ne respecte aucune des garanties–imposées par la Cour de Justice de l'Union européenne, aussi bien sur la nature de l'injonction (1), sur les motifs tenant à la sauvegarde de la sécurité nationale (2) que sur l'absence de contrôle effectif (3).

1. Sur la nature de l'injonction

Le fait que le Premier ministre puisse enjoindre cette conservation des données par un décret ne remplit pas les conditions exigées par la Cour de Justice de l'Union européenne. En effet, un acte administratif réglementaire ne saurait constituer une injonction : cette dernière doit nécessairement être spécifique et ne peut prendre la forme que d'un acte individuel. De plus, la durée d'un an prévue pour l'application du décret est excessive au regard de la nécessité de circonscrire cette collecte au strict nécessaire, d'autant qu'aucune limite du nombre de reconduction n'est prévue dans la loi, permettant alors un caractère systématique de la collecte des données de connexion.

2. Sur les motifs tenant à la sauvegarde de la sécurité nationale

La notion de sécurité nationale telle qu'interprétée par le Conseil d'État et à laquelle renvoie la loi déférée ne correspond en aucun cas à celle, restreinte et devant répondre à un critère d'exception, retenue par la Cour de Justice de l'Union européenne comme pouvant seule légitimer la conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion.

En effet, la notion de sécurité nationale telle qu'entendue en droit français doit aujourd'hui, selon le Conseil d'État « *être appréciée au regard de l'ensemble des intérêts fondamentaux de la Nation listés à l'article L. 811-3 du code de la sécurité intérieure* », notion extrêmement large concernant notamment « *les intérêts majeurs de la politique étrangère* », les « *intérêts économiques, industriels et scientifiques majeurs de la France* » ou les risques tenant aux « *violences collectives* » que le Conseil constitutionnel a notamment rattaché, dans sa décision sur la loi renseignement de 2015, à l'organisation de manifestation non déclarées. Ainsi, dans sa récente décision, le Conseil d'État souligne ainsi que la menace pour la sécurité nationale n'est pas seulement liée au risque terroriste mais aussi au « *risque d'espionnage et d'ingérence étrangère* », à « *l'activité de groupes radicaux* » (Conseil d'État, 21 avril 2021, n° 393099 et s., § 44)

Une telle notion est donc très éloignée de la notion de menace grave pour la sécurité nationale telle qu'entendue par la Cour de Justice de l'Union européenne, qui ciblait spécifiquement « *des activités de terrorisme* », et ce dans les seuls cas où ces activités représenteraient une menace réelle et immédiate. Il revenait donc au législateur de limiter la conservation généralisée des données de connexion à des situations beaucoup plus restreintes, exceptionnelles et proportionnées que celles dégagées par le Conseil d'État autour de son interprétation dévoyée de la notion de sécurité nationale.

3. Sur l'absence de contrôle effectif

Le dispositif tel que prévu par le législateur ne prévoit pas de contrôle effectif répondant aux exigences de la Cour de Justice de l'Union européenne.

Aucun contrôle de la CNCTR n'est prévu sur l'injonction du Premier ministre, alors que cette institution est un des maillons essentiel de la chaîne opérationnelle encadrant le recueil des renseignements. C'est d'ailleurs un des regrets exprimé par la CNIL dans son avis sur le projet de loi qui considère que l'injonction du Premier ministre « *devrait être soumis pour avis à la CNCTR* » (CNIL, Délibération n° 2021-053, § 16).

Le seul contrôle possible de la conservation généralisée des données de connexion n'est finalement pas dans la loi, mais est dévolu à la potentialité du recours à un juge. Comme le rappelle la commission des lois du Sénat, ce contrôle correspondrait en *réalité à la possibilité que le Conseil d'État soit « éventuellement saisi en référé du décret du Premier ministre* » (Commission des lois du Sénat, Rapport n°694 sur le projet de loi du « relatif à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement, 16 juin 2021). Il ne s'agit en aucun cas d'un contrôle effectif tel que demandé par la Cour de Justice de l'Union européenne mais d'un contrôle dépendant de la volonté de possible requérants qui ne pourrait être réalisé qu'a posteriori, soit une fois que la mesure portant atteinte à la vie privée ait été réalisée.

Il en résulte que l'article 17 de la loi déférée ne respecte pas les articles 2 de la Déclaration de 1789 et 88-1 de la Constitution.

PARTIE 3. Sur l'extension des obligations de coopération des opérateurs de communications électroniques et des fournisseurs de services (Article 12)

L'article 12 prévoit la coopération forcée des opérateurs et fournisseurs de communications électroniques avec les services de renseignement afin de mettre en œuvre des techniques d'intrusion informatique directement sur des terminaux.

En droit :

Le Conseil constitutionnel censure depuis longtemps l'incompétence négative du législateur (cf. Cons. constit., 26 janv. 1967, *Loi organique modifiant l'ordonnance du 22 décembre 1958*, 67-31 DC), même d'office lorsque les auteurs de la saisine ne l'ont pas invoqué (cf. Cons. constit., 20 janv. 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, 83-165 DC). Le Conseil constitutionnel analyse ainsi régulièrement la méconnaissance, par le législateur, de l'étendue de sa propre compétence en lien avec le principe de clarté de la loi, d'une part, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, d'autre part (voir notamment Conseil constit., 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, 2004-503 DC, cons. 29).

Précisément, le commentaire autorisé du Conseil constitutionnel sous la décision 2004-503DC, explique que : «*le principe de clarté, qui résulte de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles4,5,6 et 16 de la Déclaration de 1789 (...), imposent au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques. A défaut, il renverrait à d'autres (administrations, juridictions) des choix que la Constitution lui a confiés en propre* ».

De plus, le Conseil constitutionnel a pu censurer des dispositions au regard de leur complexité excessive, qui se traduisait notamment par censurer une disposition sur le fondement du « *caractère imbriqué, incompréhensible pour le contribuable, et parfois ambigu pour le professionnel, de ses dispositions, ainsi que par les très nombreux renvois qu'il comporte à d'autres dispositions elles-mêmes imbriquées ;* [...] *les incertitudes qui en résulteraient seraient source d'insécurité juridique, notamment de malentendus, de réclamations et de contentieux* » (Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, cons. 84)

Enfin, le Conseil constitutionnel a déjà jugé que ne sont pas conformes à la Constitution en ce qu'elles portent une atteinte manifestement disproportionnée au droit au respect de la vie privée des dispositions prévoyant des mesures de surveillance et de contrôle qui peuvent « ê*tre utilisées à des fins plus larges que la seule mise en œuvre* » des exigences constitutionnelles et qui ne « *définissent pas la nature des mesures de surveillance et de contrôle que les pouvoirs publics sont autorisés à prendre* » (cons. 7 et 8, 2016-590 QPC du 21 octobre 2016).

En l'espèce :

Par le jeu de multiples renvois, l'article 12 étend le champ d'application des articles L.871-3 et L.871-6 du Code de sécurité intérieure qui permettent de contraindre les opérateurs et les fournisseurs d'accès à collaborer à la mise en œuvre des mesures de renseignement directement sur les réseaux et terminaux. L'article 12 aboutit ainsi *in fine* à permettre aux services de renseignement de solliciter ces acteurs pour la mise en œuvre de nouvelles mesures extrêmement intrusives, qui étaient circonscrites auparavant aux seuls acteurs du renseignement.

En premier lieu, le législateur n'a pas pris le soin de viser explicitement le contenu des mesures de surveillance et de contrôle visées par cette extension et s'est contenté de viser, par renvoi, plusieurs articles du code de sécurité intérieure et même des sections entières du code de procédure pénale. En élargissant de façon substantielle le nombre des situations pour lesquelles les services de renseignement peuvent requérir la contribution des fournisseurs et opérateurs et en ne listant pas précisément dans quelle mesures et sous quelles conditions cette contrainte pourrait être justifiée, le législateur a empêché les destinataires et personnes concernées par ces dispositions de comprendre et appréhender les situations concrètes prévues par ces dispositions.

L'analyse réelle de ces dispositions étaient par ailleurs totalement absente de l'exposé des motifs et de l'étude d'impact du Gouvernement ainsi que de l'avis du Conseil d'État et des rapports des différentes commissions.

Par cette absence de précision et par la complexité excessive de la rédaction de cet article, le législateur a incontestablement créé une situation d'insécurité juridique et méconnu l'étendue de sa compétence en manquant à remplir l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.

En second lieu, l'élargissement des techniques de renseignement pour lesquelles les opérateurs et fournisseurs peuvent être contraints de collaborer crée une atteinte manifestement disproportionnée au droit au respect de la vie privée.

À titre d'exemple, l'article L.853-2 du code de sécurité intérieure permettrait de contraindre des opérateurs de messagerie ou de téléphonie chiffrée à déployer des failles de sécurité sur des terminaux préalablement identifiés. Will Cathcart, dirigeant de la société Whatsapp, exprimait ces inquiétudes dans le journal Le Monde : *« Ce serait une bonne chose que les implications de cet article soient clarifiées. »*, le journaliste indiquant que *« la formulation actuelle évoque la mise en place de mesures de contournement du chiffrement de bout en bout » (*Le Monde, « Vie privée, sécurité, e-commerce… Le patron de WhatsApp s'explique », 28 juin 2021).

De la même manière, les opérateurs pourraient être contraint de collaborer aux interceptions de données de connexions et interceptions de correspondances par "IMSI-catching" prévues par les article L. 852-1 et L. 851-6 du code de sécurité intérieure ainsi que par l'article 706-95-20 du code de procédure pénale. Pour rappel, l'IMSI-catcher est un outil permettant de capter toutes les données de communication dans un rayon donné.

De manière pratique, cela peut correspondre aussi à, par exemple, contraindre un opérateur de téléphonie ou d'Internet d'envoyer un SMS contenant un lien vérolé en son nom ou de le contraindre à déployer une mise à jour frauduleuse du code d'une box Internet pour en donner le contrôle aux services de renseignement, ou même encore de profiter de l'action d'un technicien pour conduire une attaque contre un périphérique informatique d'un abonné.

De même, le ministre de l'intérieur expliquait ainsi sur France Inter, avant le dépôt de la loi déféré, que « nous discutons avec les grands majors d'Internet, on leur demande de nous laisser entrer via des failles de sécurité, certains l'acceptent, d'autres pas. Il faut sans doute **une loi pour contraindre des services étrangers, elle arrive** » (France Inter, 28 avril 2021, L'invité de 8h20). Cherchant à détailler ce point, le ministre a expliqué en hémicycle lors de l'examen de la loi à l'Assemblée nationale le 17 mai 2021 : « Pour ce qui est des messageries cryptées, comme Telegram, WhatsApp ou Signal, elles ont précisément bâti leur modèle économique sur la garantie de ne pas pouvoir être écouté. [...] le recueil des données informatiques permettra d'**accéder au terminal informatique de la personne qui utilise ces messageries pour recueillir les données qui sont stockées dans ces messageries.** »

Si les précédentes possibilités de requérir l'aide de ces acteurs se limitaient à donner accès aux données et contenus déjà produits dans l'utilisation de leurs services et auxquels ils pouvaient accéder, il s'agirait ici de les rendre directement acteurs de la compromissions des outils des utilisateurs de leurs services les mettant en position de conduire ou de participer à une intrusion informatique sur demande des services sans pouvoir s'y opposer.

La modification des dispositions du code de sécurité intérieure change considérablement la nature, l'échelle et les circonstances permettant l'utilisation des techniques visées par l'article 12. Pourtant, le législateur n'a prévu aucune garantie ou limitation supplémentaires spécifiques aux nouvelles situations créées par cette disposition propres à empêcher l'atteinte manifestement disproportionnée au droit à la vie privée générée par cette extension.

Il en résulte que l'article 12 de la loi déférée est contraire aux articles 2 et 34 de la Constitution.

PARTIE 4. Sur la conservation à des fins de recherche - (Article 10)

L'article 10 allonge la durée de conservation des renseignements à des fins de recherche et de développement.

En droit :

Comme vu précédemment, le Conseil constitutionnel a reconnu que la collecte, l'enregistrement et la conservation de données personnelles étaient constitutives d'une atteinte à la vie privée et devaient donc être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionné à cet objectif (Cons. constit., n°2012-652 DC, 22 mars 2012).

Par ailleurs, l'article 34 de la Constitution oblige le législateur à fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées au citoyen et, notamment à ce titre, de définir en cas d'atteinte à ces libertés, les conditions d'exploitation, de conservation et de destruction des données collectées. Le Conseil constitutionnel a ainsi considéré que ne sont pas conformes à la Constitution des dispositions prévoyant des mesures de surveillance qui peuvent « *être utilisées à des fins plus larges que la seule mise en œuvre [des exigences de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation]* » (Cons. 7 et 8, 2016-590 QPC du 21 octobre 2016).

Enfin, si le Conseil constitutionnel a admis, notamment dans sa décision de 2015, la légalité de certaines techniques de renseignement conduisant au recueil et à la collecte de certaines données à caractère personnel, il ne l'a admis que pour des finalités précisément détaillées et liées notamment à la sécurité nationale, la prévention du terrorisme ou les intérêts majeurs de la politique étrangère (voir Décision n° 2015-713 du 23 juillet 2015). De la même manière, comme rappelé précédemment, la Cour de Justice a limité la possibilité d'une conservation des données de connexion à l'existence de considérations liées à des menaces graves pouvant porter atteinte à la sécurité nationale d'un État membre (voir CJUE, La Quadrature du Net, 6 octobre 2020, tel que cité précédemment).

En l'espèce :

L'atteinte à la vie privée constituée par ce dispositif est particulièrement grave et disproportionnée.

En premier lieu, l'article 10 concerne l'intégralité des renseignements qui sont obtenus dans le cadre des activités de renseignement (factures téléphoniques détaillées, écoutes téléphoniques, surveillance et analyse du réseau de télécommunication...). Cela pourrait donc être potentiellement la totalité du trafic téléphonique et Internet français (et a minima de très nombreuses données de personnes qui n'ont pas été directement la cible d'une technique de renseignement) qui pourraient être récupérées, par les services dédiés de recherche et développement, et conservées pour une très longue durée. Une fois stockées au prétexte de la recherche et développement, il faut redouter que,

par l'autorisation d'une loi future, ces informations puissent être exploitées pour les nombreux et larges objectifs du renseignement (surveillance économique, répression des opposants politiques…).

À ce titre, la conservation de l'ensemble de ces données n'est justifiée que par un objectif de « recherche et de développement en matière de capacités techniques de recueil et d'exploitation des renseignement ». C'est une finalité particulièrement large et libre d'interprétation qui ne correspond en aucun cas aux exigences du Conseil constitutionnel ou à celles édictées par la Cour de Justice de l'Union européenne.

En second lieu, la Défenseure des droits a considéré que la loi manquait de précision sur les conditions exactes de traitement et d'anonymisation des données et que, au minimum, un décret était nécessaire pour préciser l'anonymisation de ces données et les modalités d'élaboration des algorithmes utilisés (Avis du défenseur des droits n° 21-07 du 18 mai 2021, p. 16). C'est également l'avis de la CNIL qui estime que « *le régime de réutilisation des données (...) devrait être encadré par un décret d'application et que des garanties complémentaires soient prévues dans l'hypothèse où ce traitement serait mis en œuvre au moyen d'un traitement algorithmique* » (CNIL, Délibération n° 2021-040, § 43).

Aucune précision n'a pourtant été apportée sur ces différents points par le législateur qui n'a prévu aucun report à un décret permettant au minimum de préciser ces différents points. Le seul encadrement réside en amont dans l'autorisation préalable du Premier ministre et l'existence d'avis non contraignants rendus par la CNCTR, ce qui est largement insuffisant au vu des dangers de cette disposition et ne répond pas aux critères d'exigence d'un contrôle effectif.

Il en résulte que l'article 10 est contraire aux articles 2 de la Déclaration de 1789 ainsi qu'aux articles 24 et 88-1 de la Constitution.

CONCLUSION

En raison des délais extrêmement courts laissés au Conseil constitutionnel pour se prononcer sur cette loi, et donc de la même manière pour les organisations souhaitant déposer des contributions extérieures sur cette loi, l'association La Quadrature du Net a restreint son analyse aux dispositions qui lui paraissaient les plus graves.

Néanmoins, d'autres dispositions de cette loi nous paraissent particulièrement dangereuses pour les droits et libertés protégés par la Constitution française, notamment la surveillance des communications satellitaires (Article 13), l'absence de contrôle effectif de la CNCTR sur les techniques de renseignement (Article 18) et la facilitation des échanges entre services de renseignement et autres services de l'administration (Article 9).