

Prise de position de la Plateforme des ONG suisses pour les droits humains

relative au projet de « Loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme (MPT) » du 22 mai 2019

La Plateforme des ONG suisses pour les droits humains condamne expressément toute forme de terrorisme et demande que les responsables de ces crimes soient jugés par les tribunaux. L'ensemble des mesures de lutte contre le terrorisme doit néanmoins se conformer aux droits fondamentaux et garantir une procédure équitable. Cela s'applique également aux mesures policières préventives.

Le projet de loi mentionné veut renforcer les compétences policières de la Confédération. La révision de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (P-LMSI) confère en particulier de nouvelles attributions à l'Office fédéral de la police (fedpol) dans le domaine de la prévention des menaces¹. Ces nouvelles dispositions s'avèrent hautement problématiques du point de vue des droits fondamentaux et des droits humains.

1. Critique générale

Selon la Constitution fédérale, la législation en matière de droit pénal et de procédure pénale relève de la compétence de la Confédération. L'Assemblée fédérale prend les mesures nécessaires pour préserver la sécurité intérieure, et la Confédération et les cantons coordonnent leurs efforts en la matière². Dans son message, le Conseil fédéral s'appuie sur ces bases constitutionnelles pour fonder sa compétence législative dans le cas présent.

Absence de compétence au niveau fédéral

Selon le message du Conseil fédéral, le projet de loi relatif aux MPT ne porte pas sur des mesures de droit pénal, mais sur des mesures policières purement préventives hors procédure pénale. Une compétence législative de la Confédération ne peut donc être déduite de la Constitution fédérale (Cst). Il est généralement admis dans la doctrine que l'obligation de coordination ne confère pas à la Confédération la compétence de publier des ordonnances³. La référence à l'article 173 alinéa 2 Cst, nouvellement introduite, perpétue une pratique abusive du législateur avec laquelle il souhaite légitimer la création de nouveaux organes fédéraux et de nouvelles tâches. Ce renvoi commode à la Constitution ne dit cependant rien de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons.

Atteinte au principe de subsidiarité

La Constitution ne confère pas à la Confédération la compétence d'ordonner des mesures de prévention des menaces. La compétence décisionnelle accordée à la fedpol porte donc atteinte à la souveraineté constitutionnelle des cantons, crée une double compétence et contrevient au principe de subsidiarité (art. 5a Cst). Les instruments de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure

¹ En 2013, le Conseil fédéral a entamé les travaux d'élaboration d'une loi fédérale sur les tâches policières de la Confédération (LPol). Cette loi devait regrouper les diverses compétences policières de la Confédération dans un même acte législatif. Le Conseil fédéral a renoncé à cette loi suite au rapport sur la clarification des compétences dans le domaine de la sécurité intérieure (FF 2012 4459) et des délibérations subséquentes au Parlement.

² Art. 123 al. 1 Cst ; art. 173 al. 1 let. b. Cst ; art. 57 al. 2 Cst.

³ Pour plus de détails, cf. les réponses à la consultation de l'Union syndicale suisse, de la section suisse de la Commission internationale des juristes, du Centre patronal et de l'Université de Lausanne.

(P-LMSI) s'appliqueraient parallèlement aux moyens prévus par le droit cantonal en matière de police ou de protection de l'enfant et de l'adulte.

Atteinte au principe de légalité

Le projet vise à prévenir des risques abstraits par des mesures de prévention toujours plus précoces. Le projet de loi se sert de nombreuses notions juridiques indéterminées et de définitions peu précises et de ce fait, laisse à la fedpol une vaste marge d'appréciation dans le choix et la prescription de mesures. Cette prescription s'appuie sur des « indices » fondés sur des hypothèses et des spéculations quant aux intentions et aux actes susceptibles d'être commis dans le futur par la personne concernée. Les mesures préventives toucheront forcément des personnes dont la dangerosité ne peut être que supposée. Elles risquent de subir une stigmatisation durable en tant que terroristes potentiels de la part de leur entourage personnel et professionnel. Il s'ensuivrait en outre des difficultés pour maintenir une délimitation par rapport à la procédure pénale, une inversion du fardeau de la preuve et des difficultés à fournir des preuves mettant en jeu des informations confidentielles du Service de renseignement de la Confédération (SRC).

Comme les mesures prévues impliquent de graves atteintes à des biens juridiques protégés par la Constitution, les dispositions correspondantes doivent être « formulée[s] de manière telle qu'elle[s] permet[tent] au citoyen d'y conformer son comportement et de prévoir les conséquences d'un comportement déterminé avec un certain degré de certitude [...] »⁴. La marge d'appréciation quasi illimitée laissée aux autorités contrevient au principe de précision de la base légale.

Recommandation : *Le projet de loi doit être renvoyé au Conseil fédéral et sa constitutionnalité doit être examinée. La compétence législative de la Confédération dans le domaine de la prévention des risques, ainsi que la compétence décisionnelle accordée à la fedpol doivent en particulier être revues. Il convient en outre d'examiner spécifiquement dans quelle mesure les instruments existants ne sont pas déjà suffisants pour lutter efficacement contre le terrorisme en accordant une attention particulière aux lois cantonales.*

2. Assignation à une propriété

Dans le projet de loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (P-LMSI)

La limitation prévue du séjour à une propriété selon l'art. 23o P-LMSI, constituant une privation de liberté, est la mesure préventive la plus restrictive contenue dans le projet de loi.

Les arrêts domiciliaires représentent toujours une privation de liberté

Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH), l'interdiction de quitter une propriété déterminée durant une période prolongée représente une privation de liberté. La Cour a considéré qu'un arrêt domiciliaire de six jours constituait déjà une privation de liberté, quand bien même la personne concernée était autorisée à quitter son domicile pour motifs exceptionnels tels que visite médicale, achats importants ou participation à un office religieux⁵.

⁴ ATF 138 I 378 E. 7.2

⁵ cf. CEDH, Dacosta Silva v. Spain, 69966/01 (2006), ch. 13 et 42 ainsi que la prise de position de l'Université de Berne contenant d'autres références à la jurisprudence de la CDEH. Au sujet de la distinction entre privation et restriction de liberté, cf. Centre suisse de compétences sur les droits humains, Privation et restriction de liberté, 2017.

Le professeur Andreas Donatsch parvient à la même conclusion dans l'expertise juridique commandée par le Conseil fédéral :

« *L'assignation des personnes dangereuse à une propriété et les arrêts domiciliaires sont fondamentalement assimilables à une privation de liberté. Une privation de liberté n'est licite qu'aux conditions énoncées à l'art. 5 ch. 1 let. a-f CEDH.* ⁶ »

Le Conseil fédéral insiste dans son message sur le fait que dans certaines circonstances, l'assignation à une propriété ne constitue qu'une *restriction* de la liberté et, à ce titre, n'est pas soumise aux mêmes obligations constitutionnelles et conventionnelles que la détention en matière de police de sécurité. Néanmoins, l'arrêt domiciliaire est la seule mesure pour laquelle il a introduit l'examen d'un tribunal. Or, celui-ci n'est requis que dans l'éventualité d'une privation de liberté⁷.

Cette privation de liberté est contraire à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)

Selon la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), une détention policière sans caractère pénal est admissible pour garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi⁸. Pour que la détention soit conforme au droit, les obligations que l'arrêt domiciliaire permet de garantir doivent être spécifiées avec exactitude dans les dispositions correspondantes. Selon l'article 23o P-LMSI, l'assignation à une propriété peut toutefois déjà être prononcée si la personne concernée viole une quelconque mesure ordonnée selon les articles 23k à 23 n P-LMSI. Elle est même susceptible de s'appliquer à une infraction à l'obligation de se présenter et de participer à des entretiens, pour autant que cela serve la prévention générale des menaces.

Pour la personne concernée, l'assignation à une propriété n'est pas prévisible, et on ne voit pas clairement dans quelle mesure une privation de liberté pourrait l'amener à remplir une obligation (par exemple celle de participer à des entretiens)⁹. Si cette obligation devait être remplie ultérieurement, le motif justifiant l'assignation à une propriété devient aussitôt caduc. Quant aux obligations de s'abstenir (p. ex. interdiction de contact, interdiction de quitter le territoire), elles posent le problème le suivant : il est pratiquement impossible de déterminer avec précision à partir de quel moment une personne remplit à nouveau une obligation qu'elle avait négligée, et l'arrêt domiciliaire doit être levé.

Les arrêts domiciliaires représentent un risque pour les proches

La détention à domicile comporte également certains risques pour les personnes vivant sous le même toit que la personne concernée, en particulier les femmes et les enfants. Dans ces cas, la violence domestique et les mauvais traitements sont difficiles à détecter et plus encore à éviter.

La privation de liberté comme mesure générale de prévention des risques est contraire aux droits humains

Le Prof. Donatsch le constate dans son expertise juridique :

« les cas de figure selon les art. 5 ch. 1 let. b et c CEDH ont ceci de commun qu'un placement en détention n'est admissible que s'il y a des raisons plausibles de croire **qu'une infraction ou une atteinte à des biens protégés par les règlements de police va être commise à un moment et en un lieu précis et qu'elle vise un certain nombre de victimes potentielles**. Dans la mesure où il s'agit ici du placement en détention d'un

⁶ Prof. Dr. Andreas Donatsch, Rechtsgutachten, chiffre marg. 176 et chiffre marg. 122 avec autres références à la jurisprudence de la CEDH.

⁷ cf. Donatsch, Rechtsgutachten, chiffre marg. 121.

⁸ Art. 5 al.1 let. b CEDH.

⁹ cf. Ostendorf v. Germany 15598/08 du 7 mars 2013

terroriste potentiel considéré par expérience comme **globalement dangereux, une détention ou une assignation n'est pas compatible avec le droit conventionnel** »¹⁰.

L'expertise demande que la détention en matière de police de sécurité soit justifiée par des « circonstances concrètes [...] qui permettent de conclure avec une probabilité élevée à l'exécution imminente de graves infractions »¹¹. De ce fait, la privation de liberté comme mesure générale de prévention des menaces n'est pas compatible avec les dispositions de la CEDH.

La disposition est superflue et contraire au système

En vertu de l'art. 221 al. 2 du code de procédure pénale (CPP), la détention peut déjà actuellement être ordonnée s'il existe de sérieuses raisons de craindre qu'une personne passe à l'acte après avoir menacé de commettre un crime grave (risque de passage à l'acte), même en l'absence de présomption de culpabilité. Plusieurs lois cantonales sur police contiennent des dispositions légales permettant de prévenir les menaces concrètes. Enfin, la règle selon laquelle le Tribunal des mesures de contrainte du canton de Berne est l'instance compétente pour le réexamen des arrêts domiciliaires illustre une erreur systémique : la fedpol se voit attribuer des compétences au niveau fédéral en l'absence d'instances judiciaires correspondantes disposant d'un pouvoir d'examen.

Recommandation : *L'article 23o P-LMSI doit être purement et simplement supprimé. Si la réglementation devait être maintenue, la compétence formelle et l'étendue du pouvoir d'examen du Tribunal des mesures de contrainte du canton de Berne devraient être réexaminées¹². En tout état de cause, le délai de réexamen de l'assignation à une propriété tel que fixé par l'article 23p alinéa 1 P-LMSI, doit être adapté en conformité avec les délais visés à l'article 224 alinéa 2 et à l'article 226 alinéa 1 CPP afin de garantir un contrôle judiciaire de la détention dans les 96 heures.*

3. Limites d'âge

Dans le projet de loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (P-LMSI)

À l'article 24f, la P-LMSI prévoit que l'obligation de se présenter et de participer à des entretiens, l'interdiction de contact, l'interdiction géographique, l'interdiction de quitter le territoire ou de se rendre dans un pays donné ainsi que la surveillance électronique et la localisation par téléphonie mobile peuvent être ordonnées à l'encontre de personnes ayant atteint leur douzième année. L'assignation à une propriété (arrêt domiciliaire) peut être prononcée contre des personnes dès 15 ans.

Les limites d'âge sont en contradiction avec les objectifs du droit pénal des mineur·e·s

La « protection et l'éducation » des mineur·e·s est un principe fondamental du droit pénal suisse des mineur·e·s.¹³ Pour atteindre cet objectif, les sanctions doivent certes fixer des limites mais, également déployer un effet éducatif. L'ensemble des mesures préventives proposées ne mène au contraire qu'à la stigmatisation, voire à la criminalisation des mineur·e·s concerné·e·s, qui, en raison de leur âge, manquent largement de la capacité de prendre des décisions autonomes et réfléchies. Les mesures policières sont en contradiction avec le Plan d'action national de lutte contre la radicalisation et l'extrémisme violent qui prévoit des mesures individuelles ciblées de déradicalisation visant la protection des enfants et des jeunes.

¹⁰ Donatsch, Rechtsgutachten, chiffre marg. 176.

¹¹ *Op. cit.*, Rz. 48.

¹² cf. la prise de position du Tribunal administratif fédéral concernant la nécessité de réglementer la procédure mise en œuvre pour lutter contre le terrorisme, le problème des dossiers confidentiels et la proposition d'audiences à huis clos.

¹³ Art. 2 al. 1 DPMIn

Elles sont contraires à la Constitution fédérale

Selon l'article 11 de la Constitution fédérale, « les enfants et les jeunes ont droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement ». La possibilité d'une assignation préventive à une propriété dès 15 ans et d'une interdiction préventive de contacts dès 12 ans est diamétralement opposée à ce droit fondamental. Cette contradiction est aggravée par le fait que les mineur-e-s, dans le cadre des mesures de police, ne disposent pas de droits procéduraux particuliers¹⁴. Le projet de loi ne tient aucunement compte des besoins spécifiques des enfants et des jeunes selon leur genre, ce qui contrevient au principe de l'égalité.

Elles sont en contradiction avec la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CDE)

Selon la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant, les mineur-e-s, c'est-à-dire toutes celles et ceux qui n'ont pas encore atteint l'âge de 18 ans, qui contreviennent aux lois ont droit à un « traitement qui soit de nature à favoriser (leur) sens de la dignité et de la valeur personnelle, à renforcer [leur] respect pour les droits de l'homme et les libertés fondamentales d'autrui, et qui tienne compte de [leur] âge ainsi que de la nécessité de faciliter [leur] réintégration dans la société et de [leur] faire assumer un rôle constructif au sein de celle-ci »¹⁵.

La Suisse s'est par conséquent engagée à accorder une importance prioritaire au principe de resocialisation dans le traitement des mineur-e-s par le système judiciaire. Cette idée de réintégration est totalement étrangère aux des mesures telles que l'interdiction de contact, l'interdiction d'entrer dans ou de quitter un périmètre ou encore l'assignation à une propriété. La mise en œuvre de ces dispositions impliquerait bien au contraire une limitation drastique des droits fondamentaux et des droits humains des enfants et des jeunes. Ceci alors même qu'on dispose déjà d'instruments de préventions efficaces en matière de formation et d'accompagnement socioéducatif, dans les dispositions du droit civil sur la protection de l'enfant et dans le droit pénal des mineur-e-s¹⁶.

Recommandations : *Les mesures proposées ne doivent pas être appliquées aux mineur-e-s.*

¹⁴ cf. Protection de l'enfant lors de l'audition et de la représentation de l'enfant dans la procédure civile (art. 314a et art. 314abis CC).

¹⁵ Art. 40 al.1 et al. 2 let. b CDE ; General Comment N° 10 (2007).

¹⁶ Art. 40 al.2 let. b CDE ; Plan d'action national de lutte contre la radicalisation et l'extrémisme violent ; mesures protectrices de l'enfant dans le droit civil selon art. 307 et s. CC ; actes préparatoires délictueux selon art. 260bis CP.