

Nouvelles mesures de lutte contre le terrorisme : un pas vers des condamnations préventives ?

Travail de rédaction juridique

Dans le cadre de l'enseignement *Droits fondamentaux* du Professeur Michel HOTTELIER

Florian SCHWERI

Bachelor en droit 3^e année

Semestre d'automne de l'année académique 2019 – 2020

6 janvier 2020

Table des matières

Table des matières	I
Prolégomènes	II
Liste des abréviations	II
Introduction	1
I. Le projet MPT	1
A. Sa nature	1
B. Son contexte	1
C. Son contenu.....	2
1. Les mesures prévues	2
2. La procédure de prononcé d'une mesure	2
II. Les atteintes aux droits de fond	2
A. La protection des données	3
1. En général	3
2. Lors d'une surveillance électronique	3
B. La protection des enfants	4
1. L'enfant ciblé (directement) par une mesure	4
2. L'enfant touché (indirectement) par une mesure	4
C. La liberté économique.....	5
D. La liberté d'établissement.....	5
III. Les atteintes aux droits procéduraux	6
A. La présomption d'innocence.....	6
B. Les garanties spécifiques en cas de privation de liberté	7
1. L'assignation à une propriété en tant que privation de liberté.....	7
2. La procédure d'autorisation	9
Conclusion.....	10
Bibliographie.....	11
Annexe	12
Tableau récapitulatif des droits fondamentaux atteints par chaque mesure	12

Prolégomènes

La loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme (MPT)¹, qui fait l'objet du présent travail, se trouve encore au stade de projet et est, à l'heure où nous écrivons ces lignes, discutée aux Chambres fédérales. Il est donc possible que le projet de MPT ait changé depuis la rédaction de cette étude. Le 7 novembre 2019, la commission de la politique de sécurité du Conseil des États avait recommandé à son conseil certaines modifications, concernant notamment les possibilités de prolonger les diverses mesures. Toutefois, le Conseil des États ayant décidé le 9 décembre 2019 de renvoyer l'objet à sa commission, nous nous baserons sur le texte original tel que présenté par le Conseil fédéral.

Liste des abréviations

fedpol	Office fédéral de la police
MPT	Loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme (selon la version publiée dans la <i>Feuille fédérale</i> le 16 juillet 2019, FF 2019 4639)
P-LMSI	Projet de modification de la loi fédérale du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI), inclus dans le projet MPT
Tmc	Tribunal des mesures de contrainte

¹ FF 2019 4639.

Introduction

Aujourd'hui, de nombreux gouvernements considèrent le terrorisme comme l'une des plus grandes menaces sécuritaires. Dans l'optique d'éradiquer ce phénomène, nombre d'États se dotent d'instruments législatifs toujours plus contraignants pour incriminer et neutraliser les « personnes radicalisées ». Toutefois, ces textes de lois ont des incidences graves sur les droits fondamentaux et les droits humains, fondements de nos démocraties et de nos États de droit. La question de la conformité de ces nouvelles mesures législatives aux Constitutions et aux Conventions internationales de protection des droits de la personne humaine est un défi, en tension permanente entre la tentation du sécuritarisme et la protection des citoyennes et des citoyens contre l'arbitraire de l'État. Car ces lois doivent protéger nos libertés contre les menaces terroristes, mais encore faut-il qu'il reste des libertés à protéger.

Le Parlement fédéral débat actuellement du projet MPT, qui doit donner à fedpol de nouveaux outils de police préventive. Or, le futur n'étant pas prévisible, toute intervention *préventive* de la force publique recèle un risque d'erreur. La « réhabilitation » des « terroristes », même si elle est inscrite dans les stratégies gouvernementales, n'est de loin pas une réalité dans le contexte social et médiatique qui entoure la « question terroriste ». Vu la mise à ban des « terroristes », les conséquences d'une erreur² de jugement des autorités seraient particulièrement graves pour la personne concernée.

Le présent travail a pour but de présenter le projet MPT et son impact sur les droits fondamentaux. Nous détaillerons tout d'abord le projet en lui-même (I) puis son impact sur les droits fondamentaux de fond (II) et enfin son incidence sur les garanties procédurales (III).

I. Le projet MPT

A. Sa nature

Avant tout, il importe de définir le sujet de la présente étude et donc de détailler le projet MPT lui-même. Ce projet est nommé officiellement « Loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme ». Il s'agit donc d'une loi formelle au sens des art. 163 et 164 Cst.³. Il ne s'agit toutefois pas d'une nouvelle loi en elle-même mais uniquement de modifications d'actes existants.

La MPT est vouée à s'appliquer essentiellement en dehors des procédures judiciaires habituelles et notamment en dehors des procédures pénales. En effet, le Conseil fédéral précise dans son Message que ces mesures devraient être mises en œuvre avant l'ouverture d'une procédure pénale, après l'exécution d'une peine et, seulement en troisième option, durant une procédure pénale si les mesures de conduite de la procédure ne permettent pas d'atteindre le but visé⁴.

B. Son contexte

Cette loi est présentée par le Conseil fédéral dans un contexte tendu sur le plan international en termes de terrorisme et de prévention des menaces. Ainsi, plusieurs conventions

² Parmi ces erreurs, il peut par exemple y avoir des personnes dont fedpol penserait à tort qu'elles préparent un acte terroriste ou simplement des erreurs comme une confusion entre deux personnes portant le même nom.

³ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, N 1522 ss..

⁴ Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme, 22 mai 2019, FF 2019 4541, p. 4550.

internationales⁵ ont été adoptées ces dernières années pour lancer une lutte globalisée contre le terrorisme. Le Conseil fédéral considère en effet que : « *La menace terroriste reste élevée en Europe et donc en Suisse également* »⁶. Ainsi, en Suisse aussi, un nouveau cadre législatif est mis en place, cadre qui inclut la MPT mais également d'autres modifications législatives⁷.

La question serait surtout de se demander ce qu'on entend par « terrorisme ». Nous n'y répondrons pas car elle monopoliserait l'ensemble de ce travail. Généralement toutefois, le terrorisme implique des actes de violence accomplis dans le but de contraindre un Etat ou une population à un certain comportement en propageant une peur parmi le public spectateur de l'acte⁸.

C. Son contenu

Le projet MPT modifie plusieurs lois fédérales. Par souci de place, le présent travail se concentrera exclusivement sur les nouvelles mesures introduites dans la loi fédérale du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI)⁹.

1. Les mesures prévues

La modification de la LMSI prévoit des « *mesures de police administratives* »¹⁰. Il s'agit de l'obligation de se présenter et de participer à des entretiens avec des professionnels (art. 23k), de l'interdiction de contacter certaines personnes (art. 23l), de l'interdiction de se rendre dans certains lieux ou au contraire d'en quitter un (art. 23m), de l'interdiction de quitter le territoire (éventuellement couplée à une saisie des documents de voyage ; art. 23n) et de l'assignation à une propriété (art. 23o et 23p). Une mesure complémentaire sert à vérifier le respect des mesures précédentes : la surveillance électronique (par bracelet électronique) ou la localisation par téléphonie mobile (art. 23q).

2. La procédure de prononcé d'une mesure

Conformément aux art. 23f al. 1 et 23j P-LMSI, les mesures devront être prononcées par fedpol sous forme de décision, ce qui permettra de les déférer devant le Tribunal administratif fédéral (TAF ; art. 24g P-LMSI). Selon l'art. 23p P-LMSI, l'assignation à une propriété nécessitera une autorisation du Tribunal des mesures de contrainte du canton de Berne (Tmc), qui sera saisi après le prononcé de la mesure par fedpol, la mesure étant donc directement exécutoire.

Selon l'art. 24f P-LMSI, les mesures pourront être prononcées contre des enfants s'ils sont âgés de plus de 12 ans (al. 1) ou de plus de 15 ans dans le cas de l'assignation à une propriété (al. 2).

II. Les atteintes aux droits de fond

En tant qu'elle permettrait d'obliger une personne à accomplir certaines actions ou au contraire à lui en interdire, la MPT porte atteinte à différentes libertés et principes fondamentaux de l'État de droit, garantis par la Constitution, d'autant plus si plusieurs mesures sont prononcées en

⁵ Par exemple : Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 pour la prévention du terrorisme et son Protocole additionnel du 22 octobre 2015.

⁶ FF 2019 p. 4542.

⁷ ARNOLD, pp. 202 ss..

⁸ Il existe de nombreuses définitions du terrorisme. Nous renvoyons pour un aperçu à l'article de MOREILLON/LUBISHTANI cité en bibliographie.

⁹ RS 120.

¹⁰ FF 2019 p. 4543.

même temps. Nous nous concentrerons donc uniquement sur certains droits par rapport à certaines mesures. Les restrictions de droits fondamentaux doivent respecter les conditions de l'art. 36 Cst., à savoir l'existence d'une base légale – formelle en cas d'atteinte grave – visant à protéger un intérêt public prépondérant ou un droit fondamental d'un tiers. La mesure prise doit être proportionnée et ne pas violer l'essence du droit fondamental qu'elle atteint.

La MPT étant une loi formelle (cf. supra I.A), elle pourrait justifier des atteintes légères ou graves. Nous n'analyserons donc pas la condition de la légalité étant donné qu'elle serait en tous les cas remplie. La prévention des actes terroristes est bien entendu un intérêt public qui sera, sauf cas d'espèce très particulier, prépondérant. La problématique lors d'une mesure préventive est surtout de prouver l'existence effective d'un danger à contrer car il n'y a pas d'intérêt public à se protéger d'un danger inexistant. En revanche, l'analyse de la proportionnalité de chaque mesure individuellement dépend en trop grande partie de chaque cas d'espèce pour pouvoir être analysée ici de manière abstraite.

A. La protection des données

L'art. 13 al. 2 Cst. dispose que « [t]oute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent ». Cela implique que les données personnelles ne peuvent être traitées par l'Etat que si le législateur l'a prévu¹¹.

1. En général

L'application des mesures prévues dans le P-LMSI implique la transmission de certaines informations entre les diverses autorités chargées de la mise en œuvre desdites mesures. Le traitement des données par les organes fédéraux (en particulier fedpol) devra être conforme aux dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)¹², tandis que le traitement des données par des organes communaux ou cantonaux sera soumis au droit cantonal concerné, puisque la LPD ne leur est pas applicable (art. 2 al. 1 LPD *a contrario*). L'art. 23h al. 3 P-LMSI permet à fedpol de transmettre des données aux exploitants d'infrastructures critiques si la personne représente une menace pour ces infrastructures. Le traitement des données par les exploitants peut se baser sur d'autres lois que la LPD. En effet, dans la mesure où ces infrastructures se répartissent en 27 sous-secteurs¹³, elles sont susceptibles d'être régies par des droits différents (fédéral ou cantonal, public ou privé), selon leur statut.

Il existe bien un intérêt public prépondérant à pouvoir appliquer de manière coordonnée les mesures visant à protéger la population. L'analyse de la proportionnalité dépend des données traitées, qui doivent impérativement avoir un rapport direct avec la mise en œuvre de la mesure.

2. Lors d'une surveillance électronique

L'art. 23q al. 3 P-LMSI permet à l'autorité chargée de l'exécution de la mesure de se voir transmettre les données secondaires de télécommunication. L'art. 8 let. d de la loi fédérale du 18 mars 2016 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT)¹⁴ définit ces données comme celles « *indiquant avec qui, quand, combien de temps et d'où la personne surveillée a été ou est en communication ainsi que les caractéristiques*

¹¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. II, N 388 ; DUBEY, N 1861.

¹² RS 235.1.

¹³ Stratégie nationale pour la protection des infrastructures critiques 2018-2022, FF 2018 491, p. 499 s..

¹⁴ RS 780.1.

techniques de la communication considérée ». Ces données incluent donc non seulement la localisation de l'appareil mais également, notamment, la liste des communications émises ou reçues.

Dans la mesure où cette transmission de données ne peut servir qu'à la localisation (« *aux fins de localisation* », art. 23q al. 3 P-LMSI), la transmission de *toutes* les données secondaires n'est pas nécessaire. La procédure prévue n'est donc pas proportionnée au but visé. Il s'ensuit qu'elle viole le droit fondamental à la protection des données. La loi doit donc être reformulée de manière à autoriser uniquement l'exploitation des données de localisation.

B. La protection des enfants

L'art. 11 al. 1 Cst. dispose que « *[l]es enfants et les jeunes ont droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement.* » Le terme « enfants » se rapporte ici à toute personne de moins de 18 ans¹⁵. L'art. 24f P-LMSI prévoit que les mesures pourraient être prises contre des « *personnes âgées d'au moins 12 ans* », respectivement de 15 ans dans le cas de l'assignation à une propriété. Les mesures du P-LMSI pourront donc toucher des enfants au sens de l'art. 11 Cst..

1. L'enfant ciblé (directement) par une mesure

Le premier cas de figure est celui de l'enfant directement visé par la mesure car il est soupçonné de pouvoir être dangereux. L'art. 11 Cst. ne consacre pas lui-même un droit fondamental mais une obligation pour les autorités de prendre en compte la situation particulière des enfants lors de l'application du droit¹⁶. Cela est notamment le cas lors de l'analyse de l'intensité ou de la proportionnalité d'une atteinte à un droit fondamental¹⁷.

En l'absence de cas d'application concret, il est évidemment très délicat de pousser plus avant notre analyse. Le Conseil fédéral précise par ailleurs dans son Message que « *le bien et les droits de l'enfant doivent continuer à être garantis [...] et doivent primer lors de la pesée des intérêts* »¹⁸ et qu'il « *convient d'examiner les mesures de protection de l'enfant qui permettent d'atteindre le but visé* »¹⁹. Nous nous bornerons donc à signaler que cet aspect méritera une attention particulière de la part des tribunaux et de fedpol.

2. L'enfant touché (indirectement) par une mesure

Le deuxième cas de figure se distingue du premier en tant que ce n'est pas l'enfant lui-même qui est visé par la mesure mais qu'un de ses parents – au sens large – est soupçonné. L'impact de la mesure sur l'enfant est ici un dommage collatéral. Cette situation risque de se rencontrer en particulier dans le cadre de l'assignation à une propriété pour l'enfant vivant en ménage commun avec le « *terroriste potentiel* », mais on peut également imaginer d'autres situations comme une interdiction géographique empêchant l'un des parents de se rendre chez son ex-conjoint qui a la garde de l'enfant.

A notre sens, la protection du mineur devrait ici relever d'une mesure de droit de la famille, lorsque le « *terroriste potentiel* » pourrait représenter un danger pour sa propre famille. En effet,

¹⁵ BIAGGINI, Art. 11 N 2.

¹⁶ BIAGGINI, Art. 11 N 4.

¹⁷ *ibid.*.

¹⁸ FF 2019, p. 4590.

¹⁹ *ibid.*.

le fait d'être considéré comme dangereux pour une infrastructure n'implique pas nécessairement que l'on représente un danger pour ses proches. Rappelons ici que le Message du Conseil fédéral prévoit la possibilité d'assigner une personne à une propriété autre que son logement habituel s'il existe un risque que la personne influence ses colocataires²⁰.

Comme la séparation de l'enfant d'avec sa famille est susceptible d'avoir une incidence négative sur son développement, on pourrait imaginer l'intervention à ce stade d'un service spécialisé dans la protection de l'enfance, qui dispose d'une expérience plus poussée que fedpol dans ce domaine. Grâce à cette expertise, les deux services seraient à même d'effectuer une pesée des intérêts respectueuse du bien de l'enfant.

C. La liberté économique

L'art. 27 Cst. consacre la liberté économique, notamment « *le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice* ». Les mesures du P-LMSI porteraient surtout atteinte au libre exercice de la profession, soit la faculté de « *décider librement quand, pour combien de temps et où l'on veut exercer* »²¹. En effet, elles ne remettent pas en question la possibilité de choisir son métier ni la possibilité d'y accéder. Les mesures prévues dans le P-LMSI ne tendent pas à modifier la libre-concurrence dans un but de planification économique. Il s'agit donc de mesures qui peuvent se justifier par les conditions standards de l'art. 36 Cst.²².

Les interdictions de contact, de lieu et l'assignation à une propriété sont susceptibles de restreindre la liberté économique en tant qu'elles limiteraient les interactions avec le monde professionnel. On peut par exemple imaginer le cas d'une interdiction de contact avec certains clients ou une interdiction pour un artisan de se rendre dans la zone où se trouve son atelier.

Il nous paraît essentiel de tenir compte de cet aspect économique lors du prononcé des mesures. Dans le cas où les mesures seraient absolument nécessaires et qu'elles auraient pour conséquence une perte de revenu, il conviendrait de fournir à la personne une indemnité. Ceci d'une part, en raison du dommage subi, qui mérite d'être réparé, et d'autre part, pour assurer à la personne les moyens de subvenir à ses besoins pendant la durée de la mesure.

On ne peut non plus exclure que l'avenir économique pâtisse du fait d'avoir été soupçonné, et ce même après la levée de la mesure, par exemple si la personne a été licenciée du fait qu'elle ne pouvait se rendre à son travail en raison de la mesure ou qu'elle éprouve des difficultés à continuer à travailler dans sa branche et doive ainsi changer d'orientation professionnelle. Selon nous, il conviendrait donc d'indemniser également l'atteinte portée à l'avenir économique.

D. La liberté d'établissement

L'art. 24 Cst. permet aux ressortissants suisses uniquement de choisir librement le lieu où ils souhaitent s'établir ainsi que de quitter la Suisse ou d'y entrer. Cela oblige également l'Etat à fournir des documents de voyage²³. Cette liberté est restreinte par l'assignation à une propriété, une interdiction géographique ou encore une interdiction de quitter le territoire, éventuellement doublée d'une saisie des documents de voyage.

²⁰ FF 2019, p. 4585.

²¹ MAHON, N 123.

²² MAHON, N 125 s. ; DUBEY, N 2879 et 2898.

²³ MAHON, N 86 ; DUBEY, N 1561.

Il est à noter que la liberté d'établissement peut être une condition de l'exercice d'autres droits fondamentaux. On pense par exemple aux droits politiques, lesquels sont liés au domicile. Une restriction de la liberté d'établissement peut donc avoir pour effet une restriction indirecte d'autres droits²⁴. A notre sens, l'examen de la proportionnalité des mesures prises et ayant une incidence sur la liberté d'établissement devrait également prendre en compte les restrictions prévisibles des autres droits. Par exemple, si l'on sait que la personne souhaite déménager, il faudrait autant que possible mettre en œuvre les mesures du P-LMSI au lieu du nouveau domicile. En cas de modification de la situation après le prononcé de la mesure, il devrait rester possible de réexaminer et d'adapter la mesure prononcée initialement.

Le Message du Conseil fédéral précise qu'un document de remplacement du passeport sera fourni à la personne sous le coup d'une interdiction de sortie du territoire, de façon à ce qu'elle puisse « *continuer à exercer tous ses autres droits civils* »²⁵. Cette *attestation de nationalité et d'identité* mentionnera le fait que la personne ne peut quitter la Suisse. On ne peut donc exclure que cette mention – qui sous-entend que la personne est considérée par fedpol comme dangereuse – ait tout de même un effet indirect, par exemple que la personne concernée se voie refuser l'entrée d'une salle de spectacle.

III. Les atteintes aux droits procéduraux

En supplément aux droits présentés ci-dessus, la Constitution consacre à ses art. 29 à 32 des droits fondamentaux procéduraux, lesquels « *sont des moyens de protéger les autres droits* »²⁶. Si l'art. 29 Cst. prévoit des garanties valables à toutes les procédures, l'art. 30 Cst. ne s'applique qu'en cas de procédure judiciaire. De même, les garanties de l'art. 31 Cst. ne peuvent être invoquées qu'en cas de privation de liberté et celles de l'art. 32 Cst. qu'en procédure pénale. Nous analyserons ici la présomption d'innocence et les garanties en cas de privation de liberté.

A. La présomption d'innocence

La présomption d'innocence, consacrée à l'art. 32 al. 1 Cst., comporte différents volets. Elle impose notamment un état d'esprit au juge, dans le sens où ce dernier « *[doit] toujours partir de l'idée que le prévenu peut être innocent* »²⁷, ceci afin de garantir son impartialité²⁸. Cela comprend entre autres que les autorités ne peuvent pas informer le public, et notamment la presse, d'une manière qui laisserait penser que la personne est coupable, sans qu'un jugement de culpabilité n'ait été rendu au préalable²⁹. Par ailleurs, la présomption d'innocence implique une répartition du fardeau de la preuve, en ce sens qu'il revient à l'autorité accusatrice d'apporter les éléments suffisants pour établir la culpabilité de la personne concernée³⁰.

La présomption d'innocence est en principe applicable uniquement en procédure pénale. Les mesures du P-LMSI ne semblent donc *a priori* pas entrer dans son champ d'application puisqu'elles sont vouées à s'appliquer en grande partie avant une condamnation. On peut toutefois se poser la question d'une extension de la présomption d'innocence. En effet, dans la mesure où les mesures préventives seraient prises pour éviter la commission d'une infraction

²⁴ MAHON, N 86.

²⁵ FF 2019, p. 4583.

²⁶ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, p. 29 (traduction libre).

²⁷ CR CPP-VERNIORY, Art. 10 N 5 ; JEANNERET/KUHN, N 4062.

²⁸ *ibid.*.

²⁹ JEANNERET/KUHN, N 4062 ; CR CPP-VERNIORY, Art. 10 N 24 ss..

³⁰ JEANNERET/KUHN, N 4065.

pénale, cela implique forcément que l'Etat soupçonne la personne concernée d'un acte répréhensible, quand bien même ce dernier n'aurait pas encore été perpétré.

Le Tribunal fédéral a certes jugé que les mesures de police préventives prévues par le Concordat intercantonal du 15 novembre 2007 instituant des mesures contre la violence lors de manifestations sportives (concordat)³¹ ne portaient pas atteinte à la présomption d'innocence³². Selon nous toutefois, les mesures du P-LMSI ne sont pas comparables à celles du concordat. D'abord, ces dernières sont moins incisives que celles du P-LMSI, puisque la mesure la plus contraignante en termes de privation de liberté est la garde à vue, d'au plus 24 heures. Ensuite, les conditions de prononcé des mesures du concordat incluent le fait d'avoir par le passé commis des actes de violence (art. 4 al. 1 et 6 al. 1 let. a-d) ou que des faits concrets et récents laissant penser qu'elle pourrait en commettre (art. 6 al. 1 let. e et 8 al. 1 let. a), notions qui sont définies dans d'autres articles (art. 2, 7 al. 1 et 9 al. 2). La densité normative est donc plus forte dans le concordat que dans le P-LMSI ce qui améliore la sécurité et la prévisibilité du droit. Enfin, les mesures du concordat n'ont d'influence que ponctuellement sur l'un des loisirs de la personne concernée contrairement aux mesures du P-LMSI qui touchent tous les aspects de la vie de la personne concernée de manière ininterrompue durant plusieurs mois.

Il faut admettre qu'aujourd'hui, dans l'opinion publique, le qualificatif « terroriste » a un caractère aussi infamant qu'une condamnation pénale, même lorsqu'il ne s'agit que d'une suspicion. Vu l'extrême sensibilité qui caractérise le débat public dans ce domaine, les garanties composant la présomption d'innocence devraient à notre sens être appliquées dans le cadre des mesures du P-LMSI et en tout premier lieu les garanties liées à la communication d'informations en dehors des autorités chargées de l'exécution des mesures. Sans appliquer formellement le concept de présomption d'innocence au sens pénal du terme, il se justifie de suivre les principes qu'il impose car ne pas le faire reviendrait à créer une catégorie de personnes ne bénéficiant pas des mêmes droits qu'un prévenu pénal alors que leurs situations respectives sont relativement proches, du moins concernant la perception qu'en a le public et le monde politique dans le contexte actuel. Il ne faut pas que le fait de qualifier un comportement de « terroriste » permette de s'affranchir des règles de procédure et de prudence habituelles, car cela recèlerait un important potentiel d'abus.

Il faut alors distinguer la notion (juridique) et le concept (philosophique) de présomption d'innocence, la première pouvant être respectée alors que le second est violé. Il est ici difficile de dire s'il y a une atteinte ou même une violation de la présomption d'innocence. Puisque ce genre de mesures préventives d'une si longue durée (jusqu'à un an) en dehors de toute procédure pénale représente une certaine nouveauté, la question se situe en effet au croisement du droit et de la philosophie.

B. Les garanties spécifiques en cas de privation de liberté

1. L'assignation à une propriété en tant que privation de liberté

L'art. 31 Cst. impose à l'Etat le respect de certains droits particuliers lorsqu'il prive une personne de sa liberté. Parmi ces droits figurent celui d'être informé de manière compréhensible des raisons de la privation de liberté et de ses droits, de faire informer ses proches et de saisir

³¹ CONFÉRENCE DES DIRECTRICES ET DIRECTEURS DES DÉPARTEMENTS CANTONAUX DE JUSTICE ET POLICE (CCDJP), *Concordat du 2 février 2012 après arrêt du tribunal fédéral du 10 janvier 2014*, [https://www.kkjpd.ch/files/Dokumente/Themen/Hooliganismus/140110_Konkordat_Stand_10.1.14_nach_BGE_f.pdf] (09.12.2019).

³² ATF 137 I 31, JdT 2011 I 221, consid. 5 ; DUBEY, N 4436.

un tribunal pour faire contrôler la légalité de la mesure prise à son encontre. Le Tribunal fédéral définit la privation de liberté comme « *une mesure prise par la force publique par laquelle une personne est détenue pour une certaine période dans un lieu déterminé et cela sans ou contre sa volonté* »³³. En tant qu'elles visent à interdire à une personne de se rendre ou de quitter un lieu déterminé, l'interdiction géographique, et plus encore l'assignation à une propriété, entrent clairement dans ce cadre. Les garanties de l'art. 31 Cst. sont donc applicables.

Le respect des droits garantis en cas de privation de liberté ne suffit toutefois pas à justifier la privation elle-même. On peut en effet respecter une procédure formelle pour mettre en œuvre une mesure dénuée de fondement objectif. Les conditions d'admissibilité d'une privation de liberté sont consacrées dans le droit international, notamment à l'art. 5 CEDH qui « *a essentiellement pour but de protéger l'individu contre une privation de liberté arbitraire ou injustifiée* »³⁴. Selon l'art. 5 par. 1 let. b CEDH, une privation de liberté est admissible « *en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi* ». Le Conseil fédéral considère dans son Message que les autres mesures du P-LMSI qui auraient été précédemment ordonnées et non respectées constituent une telle obligation et rendent dès lors l'assignation compatible avec la CEDH³⁵. C'est pourquoi l'assignation ne pourra être prononcée que si l'une des autres mesures du P-LMSI a été ordonnée et qu'elle n'a pas été respectée.

Cela pose la question de la nature de l'assignation. S'agit-il d'une mesure de fond indépendante poursuivant un but propre ou d'une mesure procédurale visant uniquement à assurer que la personne respecte les autres mesures ordonnées précédemment ?

La première hypothèse doit être rejetée. En effet, le Conseil fédéral ne donne pas d'information sur ce que serait alors le but de la mesure et mentionne au contraire qu'un tel cas serait contraire à la CEDH³⁶. Or, on conçoit mal le Conseil fédéral plébiscitant une mesure dont il sait et affirme qu'elle est contraire au droit international.

La seconde hypothèse doit donc être retenue. Elle implique que l'assignation ne pourrait être prononcée que tant qu'au moins une autre mesure est en vigueur³⁷. En effet, il serait peu logique de prononcer une assignation pour garantir le respect d'une autre mesure qui, elle, aurait été levée. L'assignation deviendrait sinon une peine pour insoumission à la décision précédente et violerait l'art. 5 par. 1 let. b CEDH. De plus, l'art. 29a P-LMSI prévoit déjà une peine privative de liberté de trois ans en cas de non-respect des mesures préventives. A ce propos, si une assignation et une peine selon l'art. 29a P-LMSI sont prononcées, il faudrait selon nous imputer la durée de l'assignation sur la durée de la peine car l'assignation est similaire à une mesure de substitution de la détention provisoire ou pour motif de sûreté (art. 237 al. 2 let. c CPP), laquelle peut être déduite de la peine finale (art. 51 CP), cas échéant de manière partielle³⁸.

On peut donc distinguer trois types de mesures dans le P-LMSI : les « mesures de base » (obligation de participer à des entretiens, interdiction de contact, interdiction géographique et interdiction de quitter le territoire) qui ont pour but de combattre la radicalisation, les « mesures

³³ ATF 123 II 193, consid. 3b (traduction libre).

³⁴ SHK CEDH-BIGLER, Art. 5 N 1 ; ACEDH Ladent c. Pologne, par. 45 ; ACEDH McKay c. Royaume-Uni, par. 30.

³⁵ FF 2019, p. 4583 s..

³⁶ « [L'art. 5 par. 1 let. b CEDH] ne couvre pas la privation de liberté prononcée dans le seul but de d'assurer la sécurité publique [...]. Il s'agit plutôt d'imposer certaines obligations légales spécifiques [...]. », FF 2019, p. 4583.

³⁷ Tout en se limitant bien sûr à la durée maximale de l'assignation prévue par l'art. 23o al. 5 P-LMSI.

³⁸ CR CP I-JEANNERET, Art. 51 N 2 en relation avec CR CP I-JEANNERET, Art. 110 al. 7 N 10.

de mise en œuvre » (saisie des documents d'identité et de voyage et assignation à une propriété) visant à assurer la disponibilité de la personne et la « mesure de contrôle » (surveillance électronique et localisation par téléphonie mobile) pour vérifier que la personne respecte les autres mesures et éventuellement permettre de poursuivre des infractions pénales (art. 23q al. 4 P-LMSI). Le projet MPT contient d'ailleurs une modification de la LSCPT qui élargit le champ d'application matériel de cette dernière pour y inclure les mesures de localisation par téléphonie mobile (donc à l'exclusion de la surveillance électronique)³⁹.

2. La procédure d'autorisation

L'art. 23p P-LMSI prévoit l'obligation pour fedpol de solliciter immédiatement l'autorisation du Tmc du canton de Berne. Le choix de faire appel à un Tmc est bienvenu car ces tribunaux sont spécialisés dans l'autorisation des mesures de contrainte en procédure pénale. Cela permet donc de bénéficier de leur expérience dans le domaine.

Il faut toutefois relever un manque de précision de la disposition. En effet, la loi cantonale du 11 juin 2009 sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public du canton de Berne (LOJM/BE)⁴⁰ institue un Tribunal cantonal des mesures de contrainte (art. 59 ss.) ainsi que trois Tribunaux régionaux des mesures de contrainte (art. 83). La distinction a son importance par rapport à la langue de la procédure. En effet, l'art. 2 du décret du Grand conseil bernois du 24 mars 2010 sur les langues judiciaires (DLJ/BE)⁴¹ précise que les langues officielles devant les instances cantonales ainsi que devant certaines instances de la région Jura bernois-Seeland sont le français et l'allemand. Cela concerne donc le Tmc cantonal et celui du Jura bernois-Seeland. Dans les autres régions (Emmental-Haute Argovie et Oberland), la langue officielle est uniquement l'allemand. On remarquera qu'aucun de ces Tmc ne connaît l'italien comme langue de procédure. Cela pourra donc poser problème dans le cas de « terroristes potentiels » italophones. En effet, l'art. 18 Cst. garantit expressément la liberté de la langue, toutefois restreinte, dans les rapports étatiques, aux différentes langues officielles⁴², dont fait partie l'italien selon l'art. 70 al. 1 Cst.. Quoiqu'il en soit, l'art. 31 al. 2 Cst. prévoit l'obligation d'informer la personne privée de sa liberté dans une langue qu'elle comprend. Fedpol pourrait donc être tenu de formuler ses explications en italien, alors que la décision du Tmc serait rendue en français ou en allemand.

On peut donc se poser la question de l'éventuelle traduction de la décision du Tmc, sachant toutefois que, au moment où le Tmc rendra sa décision, fedpol aura déjà prononcé la mesure et fourni les informations à la personne concernée. La décision du Tmc serait donc ici un complément à l'information donnée par fedpol immédiatement après le prononcé de la mesure. Étant un complément, la décision du Tmc devrait suivre les mêmes principes que l'information initiale et donc être formulée dans une langue comprise par son destinataire. Selon nous, pour respecter l'exigence de compréhensibilité posée à l'art. 31 al. 2 Cst., une traduction de la décision s'impose lorsque la personne visée n'est pas en mesure de la comprendre dans sa langue originale.

L'art. 23p al. 4 P-LMSI permet de plus à la personne concernée de demander « *en tout temps* »⁴³ à fedpol de lever la mesure, ce qui concrétise l'art. 31 al. 4 Cst.. Fedpol est une autorité

³⁹ FF 2019, p. 4626.

⁴⁰ RS/BE 161.1.

⁴¹ RS/BE 161.13.

⁴² MAHON, N 81 ; DUBEY, N 2341.

⁴³ FF 2019 p. 4586.

fédérale⁴⁴ à laquelle les personnes concernées peuvent s'adresser dans la langue officielle de leur choix en vertu des art. 4 al. 1 let. c et 6 al. 1 de la loi fédérale du 5 octobre 2007 sur les langues nationales et la compréhension entre les communautés linguistiques (LLC)⁴⁵. La procédure devrait alors être conduite dans la langue de dépôt de la demande conformément à l'art. 33a al. 1 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA)⁴⁶. Si un terroriste potentiel ne comprenait pas la première décision du Tmc, il lui suffirait alors de déposer une demande de réexamen dans sa langue pour forcer fedpol à lui répondre dans cette langue. Cela impliquerait que fedpol devrait (à moins de l'approuver directement) transmettre la demande au Tmc, qui pourrait être amené à trancher des demandes formulées en italien et rendrait une décision probablement identique à la première. Pour éviter ces doublons, fedpol aurait tout intérêt à traduire proactivement les actes de procédure.

On notera également que la décision du Tmc pourra être attaquée devant le TAF, y compris par fedpol puisque l'art. 24g al. 2 let. b P-LMSI lui accorde la qualité pour recourir. Or, selon l'art. 33a al. 2 PA, la langue de la procédure sur recours est celle de la décision attaquée, donc ici aussi le français ou l'allemand, forçant la personne concernée à conduire toute la procédure dans l'une de ces langues, à moins que le recours porte sur une décision rendue suite à une demande de la personne concernée en italien ou en romanche (cf. paragraphe précédent).

La question de la langue de la procédure mériterait d'être précisée de manière à résoudre les questions liées à la notion de « *langue [que la personne] comprend* » de l'art. 31 al. 2 Cst. et pour éviter toute atteinte à la liberté de la langue selon l'art. 18 Cst..

Conclusion

Nous avons durant cette étude survolé le projet MPT et son impact sur les libertés qu'il est censé protéger. En écho au risque soulevé dans l'introduction, les conséquences d'une erreur des autorités seraient gravissimes. Bien sûr des mécanismes existent ou peuvent être imaginés pour proposer des indemnisations, à condition que les autorités politiques et les tribunaux osent indemniser des personnes soupçonnées de terrorisme, alors que l'opinion publique est instinctivement hostile à ces personnes.

Mais au-delà de ces aspects politico-juridique, ce projet soulève des questions philosophiques. Le terme « terrorisme » fait peur et pousse les États à de fortes réactions. Cette frénésie du risque zéro ne risque-t-elle pas de nous pousser, en commençant par le terrorisme, vers une société qui agirait (et bientôt condamnerait ?) avant même la commission d'une infraction ?

Si tel devait être le cas, les autorités devraient alors présenter, à la naissance, la facture des amendes pour les infractions à la circulation routière qui seront probablement commises au cours de la vie, condamner durant l'enfance toutes les infractions pénales à venir et faire payer aux assurances responsabilité-civile tous les dommages qui seront causés à des tiers jusqu'à la mort. Ainsi, chacun entrerait, à 18 ans, dans sa vie d'adulte en ayant déjà réglé son dû à la société.

Est-ce la liberté que nous voulons ?

⁴⁴ Fedpol est un office rattaché au Département fédéral de justice et police (DFJP), soit une autorité fédérale au sens de l'art. 2 al. 1 et 2 de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA ; RS 172.010).

⁴⁵ RS 441.1.

⁴⁶ RS 172.021.

Bibliographie

Articles de revue

ARNOLD Roberta, *I risvolti penali della « guerra al terrorismo »*, in *forumpenale* 3/2018 [ACKERMANN Jürg-Beat et al., édit.], Berne (Stämpfli) 2018, pp. 199-205, [<https://www.swisslex.ch/doc/essay/f734065a-d61d-4f1c-a20a-0bf15d4af4ee/source/hitlist-find-author>] (04.11.2019).

MOREILLON Laurent/LUBISHTANI Kastriot, *Aspects choisis de l'incrimination du terroriste. Etude de droit comparé suisse, allemand, français et anglais*, in *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* [CASSANI Ursula/WOHLERS Wolfgang, édit.], Berne (Stämpfli) 2018, pp. 499-521, [<https://www.swisslex.ch/doc/essay/21419a25-7e5b-495c-a490-262e14f93b09/source/hitlist-find-author>] (04.11.2019).

Monographies

AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse, Vol. I : L'Etat*, 3^e éd., Berne (Stämpfli) 2013.

AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse, Vol. II : Droits fondamentaux*, 3^e éd., Berne (Stämpfli) 2013.

DUBEY Jacques, *Droits fondamentaux, Vol. II : Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques*, Bâle (Helbing) 2018.

JEANNERET Yvan/KUHN André, *Précis de procédure pénale*, 2^e éd., Berne (Stämpfli) 2018.

KIENER Regina/KÄLIN Walter/WYTTENBACH Judith, *Grundrechte*, 3^e éd., Berne (Stämpfli) 2018.

MAHON Pascal, *Droit constitutionnel, Vol. II : Droits fondamentaux*, 3^e éd., Bâle (Helbing) 2015.

Commentaires

BIAGGINI Giovanni, Orell Füssli Kommentar, *BV Kommentar : Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^e éd., Zurich (Orell Füssli Verlag) 2017, [<https://www.swisslex.ch/doc/commentarydoc/da53fea1-f407-440e-b860-3326708c4f20/source/book-toc-document-link>] (10.12.2019).

GONIN Luc/BIGLER Olivier (édit.), Stämpflis Handkommentar, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) Commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Berne (Stämpfli) 2018, [<https://www.swisslex.ch/doc/commentarydoc/90760260-1c9a-4f5c-9125-39fbb2465011/source/book-toc-document-link>] (29.12.2019) (cité : SHK CEDH-AUTEUR).

JEANNERET Yvan/KUHN André/PERRIER DEPREUSINGE Camille (édit.), *Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse*, 2^e éd., Bâle (Helbing) 2019 (cité : CR CPP-AUTEUR).

ROTH Robert/MOREILLON Laurent (édit.), *Commentaire romand, Code pénal I, Art. 1-110 CP*, Bâle (Helbing) 2009 (cité CR CP I-AUTEUR).

Annexe

Tableau récapitulatif des droits fondamentaux atteints par chaque mesure

Droits → Mesures ↓	Protection des données	Protection des enfants	Liberté économique	Garanties de procédure	Liberté d'établissement
Obligation de participer à des entretiens	La protection des données de la personne concernée est atteinte car la coordination des mesures entraîne des traitements de données mais cette atteinte est justifiée.	Les mesures peuvent viser des enfants dès 12 ans. Le droit à une protection particulière des enfants est donc atteint.	Les entretiens devraient être organisés de façon à ne pas gêner l'activité professionnelle.	Des règles de prudence devraient être appliquées de la même manière qu'en cas d'accusation pénale.	Il y a une atteinte car ces mesures limitent la possibilité de déplacer sa résidence. Il devra être possible de reconsidérer les mesures si la personne souhaite déménager.
Interdiction de contact			Il y a une atteinte si certains contacts professionnels sont interdits.		
Interdiction géographique			Il y a une atteinte si la zone interdite comprend le lieu de travail.	En plus des remarques ci-dessus, la question de la langue de la procédure devrait être précisée.	À noter que les atteintes à la liberté d'établissement peuvent également avoir des incidences sur d'autres droits.
Interdiction de quitter le territoire			Il y a une atteinte si la personne vit en Suisse mais travaille à l'étranger.		
Assignation à une propriété		Même remarque mais l'enfant peut être visé pas la mesure (dès 15 ans) ou vivre avec la personne visée.	Il y a une atteinte si la personne ne peut se rendre sur son lieu de travail et ne peut travailler depuis chez elle.		
Surveillance électronique ou localisation par téléphonie mobile	Le droit fondamental est violé car le traitement de certaines données n'est pas nécessaire.	La mesures peuvent viser des enfants dès 12 ans. Le droit à une protection particulière des enfants est donc atteint.		Cette mesure étant dépendante des autres, les mêmes remarques s'appliquent.	

Ce tableau présente un condensé du présent travail en résumant quels droits fondamentaux peuvent être atteints par chacune des mesures. Nous ne prétendons pas qu'il soit exhaustif; certains autres droits auraient été intéressants à analyser mais cela n'a pas été possible par manque de place.

Il faut également garder à l'esprit que des configurations particulières peuvent se présenter et que des droits peuvent être atteints de manière indirecte. Les atteintes à certains droits peuvent être aggravées par des combinaisons de plusieurs mesures ou au contraire être allégées par l'obtention de dérogations.