



HAL
open science

Contribution à l'étude du principe de précaution en droit pénal et en politique criminelle

Oona Ah-Thion

► **To cite this version:**

Oona Ah-Thion. Contribution à l'étude du principe de précaution en droit pénal et en politique criminelle. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2014. Français. NNT : 2014PA010303 . tel-01971461

HAL Id: tel-01971461

<https://theses.hal.science/tel-01971461v1>

Submitted on 7 Jan 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE PARIS I PANTHEON-SORBONNE
ECOLE DOCTORALE DE DROIT COMPARE

Année 2013-2014

N° attribué par la bibliothèque
! _ ! _ ! _ ! _ ! _ ! _ ! _ ! _ ! THESE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITE DE PARIS I Discipline : **Droit privé**

Présentée et soutenue publiquement par

Oona AH-THION

Le 11 décembre 2014

**CONTRIBUTION A L'ETUDE DU PRINCIPE DE PRECAUTION EN DROIT PENAL ET
EN POLITIQUE CRIMINELLE**

TOME I

Directrice de recherche : **Madame Christine LAZERGES**

JURY

Monsieur Jean DANET, Maître de conférences à l'Université de Nantes, rapporteur

Monsieur Xavier PIN, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon III, rapporteur

Monsieur Emmanuel DREYER, Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, assesseur

Madame Raphaële PARIZOT, Professeur à l'Université de Poitiers, assesseur

Madame Christine LAZERGES, Professeur émérite de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne,

Directrice de recherche

INTRODUCTION

1.- « À quoi cela servirait-il d'avoir le principe de précaution dans la Constitution pour protéger la nature et laisser des fauves en liberté ? »¹. Ce questionnement public du président de la République, Nicolas Sarkozy, en 2008, symbolise les préoccupations sécuritaires du 21^{ème} siècle et suggère la reconnaissance du principe de précaution en droit pénal et en politique criminelle, en même temps qu'il interroge sur la pertinence d'intégrer la logique de précaution dans ces matières. Le principe de précaution, dans une version pénale, permettrait-il de protéger les victimes potentielles des « fauves » ? Ce principe constitutionnalisé en 2005 pour protéger l'environnement doit-il être utilisé pour protéger la société de la délinquance ?

2.- Produit de la société de risque et conséquence de la demande grandissante de sécurité, le principe de précaution tend à s'exprimer aujourd'hui à travers sa triple force, juridique, philosophique et politique. Dans des domaines de plus en plus nombreux, et plus récemment dans celui de la justice pénale², son invocation croissante traduit désormais un ancrage

¹Intervention du président de la République, Nicolas Sarkozy, devant le groupement de gendarmerie départementale des Pyrénées-Atlantiques en date du 22 janvier 2008, à propos de la rétention de sûreté.

²A l'occasion de plusieurs discours, le président de la République, Nicolas Sarkozy, et la garde des Sceaux, Rachida Dati, ont fait référence au principe de précaution. La volonté d'application immédiate de la loi sur la rétention de sûreté, telle qu'exprimée par Nicolas Sarkozy, afin de ne pas laisser « en liberté des monstres » est une illustration de cette invocation du principe de précaution. Le principe de précaution viendrait ici s'ériger en rempart de toutes les éventuelles lacunes du droit. « [Si] le devoir de précaution s'applique à la nature pourquoi ne pas l'appliquer aux victimes » (Voir notamment Bruno Jeudy, « Sarkozy, polémique, se place du côté des victimes », *Le Figaro* du 25 février 2008). Voir également l'intervention du Président de la République, Nicolas Sarkozy, devant le groupement de gendarmerie départementale des Pyrénées-Atlantiques en date du 22 janvier 2008, précitée. De même, l'ancienne Ministre de la Justice, Rachida Dati, a réitéré l'expression publique de ce souhait d'appliquer un principe de précaution à la matière pénale en faveur des victimes (Voir la Déclaration de Madame Rachida Dati, Ministre de la Justice, présentant les principales dispositions du projet de loi relatif à la

important dans la conscience collective, jusqu'à apparaître comme le signe de son caractère contemporain, de sa parfaite adaptation au monde actuel³.

3.- C'est ainsi, par exemple, que la volonté d'associer précaution et justice pénale imprègne le discours politique. En 2011, à propos du viol et du meurtre d'une jeune femme à Pornic, commis par un récidiviste, le président de la République, estime que ces faits révèlent des « fautes » de l'institution judiciaire. Selon cette annonce, et pour parer à l'incertitude que le mis en examen ne commettra pas de nouvelles infractions, il incombait à la justice d'adopter, à son égard, une attitude précautionneuse, consistant à ne pas le libérer, ou tout au moins, à exercer un contrôle assidu sur sa personne⁴. En ce premier quart du 21^{ème} siècle, plusieurs discours officiels et exposés des motifs de lois pénales contiennent, de manière implicite ou explicite, une référence au principe de précaution. La pénétration du principe de précaution dans le monde de la justice pénale va s'avérer le déroulement logique d'un renforcement et d'une extension de ce principe.

4.- Avant d'acquérir la force qu'il détient aujourd'hui, le principe de précaution a émergé avec l'avènement d'une société de risque⁵ et l'exacerbation concomitante de la réaction sociale lutte contre la récidive, notamment celles concernant les mineurs, Paris, le 5 juillet 2007, disponible sur le site vie-publique.fr : « en matière d'environnement, le principe de précaution est même inscrit dans la constitution ! Pourquoi ne pas l'appliquer aux victimes ? »).

3A chaque catastrophe, à chaque fait divers, on l'invoque qu'il s'agisse de produits (par exemple les tapis de jeux pour les enfants contenant du formamide, qui est classé parmi les substances dites CMR (cancérogènes et/ou mutagènes et/ou toxiques pour la reproduction), selon la directive 67/548/CEE modifiée), d'événements météorologiques (l'épisode neigeux de l'hiver 2011), de la santé publique (la grippe aviaire puis la grippe H1N1), ou de faits criminels (voir *supra*, note de bas de page 1).

4La « présomption de culpabilité » ainsi posée au « plus haut niveau de l'État » par le Président de la République à l'encontre des magistrats a été « très mal ressentie » ainsi que le souligne Hervé Robert, président de juridiction chargé de l'instruction auprès de la JIRS, juridiction inter-régionale spécialisée, du TGI de Paris (Justice, « La « crise » de la justice dénoncée par les professionnels du droit », Enquête par A. COIGNAC, *Semaine juridique*, Ed. générale, du 14 mars 2011, n°11-12, 294, pp. 515-519). Voir également sur les conséquences des déclarations du Chef de l'État suite à l'affaire de Pornic, « Malaise dans la magistrature », Entretien avec A. GARAPON, *La semaine juridique*, Ed. Générale, 21 février 2011, n°8, 199, p. 366.

5Ulrich Beck dresse un tableau de la société moderne des plus complets (qui avait été initialement décrié) préfigurant l'avènement d'une «Société du risque», titre de son ouvrage paru en 1986, peu de temps après la catastrophe nucléaire de Tchernobyl. Voir U. BECK, *La Société du risque, Sur la voie d'une autre modernité*, Flammarion, Collection Champs Essais, 2008 (2^{ème} édition de la traduction française), *Risikogesellschaft* (titre original) Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1986). Il faut ici signaler que nous aurions pu préférer l'expression «société de l'incertitude» à celle de « société du risque » tant les prétendus « risques » que connaît la société contemporaine représentent plus des dangers indéterminés que de véritables « risques » prévisibles et mesurables (Voir *infra* sur la distinction risques/dangers). Et notamment Robert Castel qui s'exprime ainsi : « L'affirmation que nous vivrions dans une «société du risque» repose en effet sur une extrapolation contestable de la notion. Un risque au sens propre du mot est un événement prévisible, dont on peut estimer les chances qu'il a de se produire et le coût des dommages qu'il entraînera. Il peut être ainsi indemnisé parce qu'il peut être mutualisé. L'assurance a été la grande technologie qui a permis la maîtrise des risques en en répartissant les effets au sein de collectifs d'individus rendus solidaires face à différentes menaces prévisibles » tandis que les nouveaux « risques » sont en réalité plus des dangers, imprévisibles et difficilement voire « impossiblement » mesurables

aux risques. Selon le sociologue munichois théoricien de la « société de risque », Ulrich Beck, les sociétés modernes (voire post-modernes) produisent dans le même temps des richesses et des risques. Alors qu'auparavant, la tendance était de rechercher une réponse à la souffrance dans la catégorie extensible de l'Autre, aujourd'hui, la société est génératrice de ses propres maux. Elle est la créatrice des risques qu'elle fait encourir aux individus qui vivent en son sein et qu'elle encourt elle-même.

5.- Ainsi, le principe de précaution est souvent appréhendé comme un pendant nécessaire au progrès technique. Il permettrait d'accompagner le progrès tout en préservant les êtres humains et l'environnement des conséquences potentiellement néfastes de ce dernier⁶.

6.- Intégration du devoir, devant la possible dangerosité d'un produit ou d'une activité, d'adopter des mesures appropriées même en l'absence de certitude scientifique⁷, le principe de précaution voit donc le jour à une période particulière de l'histoire marquée par l'amplification des risques préexistants et l'apparition de nouveaux risques, notamment en raison de l'inversion de notre rapport à la nature⁸. Alors qu'au 19^{ème} siècle, les hommes dominaient et ignoraient la nature, à partir de la fin du 20^{ème} siècle, ils l'exploitent et l'intègrent au système industriel. L'avènement de la société du risque marque le passage de risques pré-modernes, naturels, circonscrits et prévisibles à des risques produits par l'homme, parfois irréversibles, presque toujours incertains.

7.- C'est, en effet, dans un monde dépeint comme affecté de risques de toutes parts qu'a été soulevée la nécessité de se soumettre à un comportement guidé par la précaution⁹. Tantôt

face auxquels une logique d'assurance n'est pas envisageable (R. CASTEL, *L'insécurité sociale, Qu'est-ce qu'être protégé ?* Seuil, Coll. La république des Idées, 2003, p. 59).

⁶Pour certains, comme nous le verrons par la suite, il apparaît au contraire comme un frein au progrès. Les détracteurs du principe de précaution le considèrent comme un principe d'abstention néfaste au progrès et qui conduirait à un immobilisme technique (Voir *infra*).

⁷Voir *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

⁸Sur l'inversion de notre lien avec la nature, voir U. BECK, *op.cit.*, p. 16. Par le progrès et la connaissance, nous avons en grande partie répondu aux menaces émanant de la nature externe. Face aux menaces de cette nouvelle nature intégrée au système industriel, nos défenses ne sont pas toujours suffisantes. Dans la société du risque, société en réalité « post-moderne », selon Beck, marquée par une rupture mais aussi une continuité avec la société industrielle, «[en effet] il ne s'agit donc plus ou plus uniquement de rentabiliser la nature, libérer l'homme des contraintes traditionnelles, mais aussi et avant tout de résoudre des problèmes induits par le développement technico-économique, lui-même» (U. BECK., *op.cit.*, p. 36).

⁹La naissance du principe de précaution est due à la prise de conscience des risques des technologies pour l'environnement et à la révélation de la fragilité de la nature et du caractère épuisable des ressources. C'est dans le souci de protéger l'avenir de l'humanité par la protection de l'environnement qu'a été élaborée la stratégie de précaution.

qualifiée de post-moderne¹⁰, tantôt considérée comme une radicalisation de la modernité selon les auteurs¹¹, la société contemporaine connaît d'innombrables risques. Si certains d'entre eux, notamment ceux liés aux aléas de la nature, existent depuis toujours, d'autres sont inédits, se révélant avec le développement des technologies. En effet, une des caractéristiques de la société du risque réside dans le fait qu'elle engendre elle-même les risques qu'elle encourt¹². De surcroît, la société du risque est une société dont les risques sont susceptibles d'affecter tout individu¹³. Les situations incertaines touchent aujourd'hui également l'humanité dans son ensemble par un débordement du schéma de la société de classes, en suivant une logique différente de celle qui divise les individus en fonction de leurs ressources économiques. La société contemporaine est marquée tous azimuts du sceau de l'incertitude. Quand la répartition des richesses produit une situation de classes, celle des risques crée un climat d'incertitude qui enveloppe tout et tous. Toutefois, seuls les risques inhérents au progrès, seuls les risques

10 Voir notamment J.-F. LYOTARD, *La Condition postmoderne : rapport sur le savoir*, Minitext, 1979 (où il s'agit de postmodernité du point de vue de l'Histoire et de la connaissance, fin des « grands récits »). Pour l'auteur, le monde moderne fait référence à la Science et son esprit positif et progressiste qui était celui du 19^{ème} siècle et du début du 20^{ème} siècle. Le « post-moderne » est ce qui a succédé au monde moderne avec une remise en question des valeurs de ce dernier dans tous les domaines de la société et du savoir (littérature, architecture, arts, sciences sociales, économie, sciences dures). La notion de post-modernisme est donc plurielle. Dans la modernité, Lyotard distingue deux types de discours légitimant le savoir scientifique : l'émancipation et le savoir spéculatif. Il décèle dans la « condition post-moderne » une perte de crédibilité de ces deux grands récits. Pour Beck également, la société du risque est en réalité « post-moderne », c'est-à-dire se situant entre crise et continuité de la modernité (U. BECK, *op.cit.*, p. 36). Voir également en matière d'institutions, J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, L.G.D.J., Coll. « Droit et société », 3^{ème} édition, 2008, et en matière pénale, M. MASSÉ, J.-J. JEAN et A. GUIDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, Coll. « Droit et justice », 2009.

11 Certains analystes de la société contemporaine estiment qu'il ne s'agit pas de postmodernité mais seulement d'un état absolument moderne, de « *high modernity* ». Voir A. GIDDENS, *Les conséquences de la modernité*, Paris, L'Harmattan, 1994. Ce sociologue britannique ne croit pas à une rupture avec la modernité. S'il admet que les savoirs sont lacunaires et que la croyance en la science s'est dissipée, caractéristiques de la postmodernité pour les partisans de l'existence de cette dernière (Voir notamment J.-F. LYOTARD, *op.cit.* et U. BECK, *op.cit.*), il se refuse toutefois à y entrevoir le passage à une nouvelle ère qui se situerait au-delà de la modernité. Selon lui, les conséquences de la modernité se radicalisent seulement. Anthony Giddens décrit la modernité comme étant caractérisée par l'évaluation du risque et la confiance en des « systèmes-experts ». La confiance occuperait une place primordiale dans la société moderne, dans la mesure où presque tout est opéré à distance et échappe aux critères spatial et temporel traditionnels. Dans la modernité, la visibilité et la surveillance de ce qui est perceptible cèdent leur place à la confiance. Voir aussi L. WACQUANT, « Au chevet de la modernité : le diagnostic du docteur Giddens », *Cahiers internationaux de sociologie* XCIII (décembre 1992), pp. 389-397). Il faut préciser qu'Anthony Giddens se réfère à la notion de confiance telle qu'elle a été étudiée par Luhmann (N. LUHMANN, *Trust and Power*, Wiley, 1979, cité par A. GIDDENS, *op.cit.*, p. 38), et pour qui elle est relative au risque. La confiance, notion qui serait née avec l'époque moderne, implique une conscience du risque, la conscience que nos actions peuvent aboutir à des résultats imprévus. Mais Anthony Giddens rappelle que cette confiance diffère du sentiment de sécurité qui « sous la plume de Luhmann, évoque plutôt la certitude « qui va de soi » de la stabilité des choses familières » (*Ibid*, p. 38s.)

12 Voir *supra*, note de bas de page 4. U. BECK souligne que la nouveauté des risques contemporains réside dans le fait que ces derniers sont les produits de la société elle-même.

13 La globalisation donne naissance, selon Ulrich Beck, à des « menaces globales transnationales et non spécifiques à une classe déterminée », alors que les risques industriels et professionnels du 19^{ème} et du début du 20^{ème} siècle étaient, dans une très grande mesure, circonscrits à des lieux et des personnes déterminés - les travailleurs notamment, car « les situations d'expositions au risque [étaient] cantonnées au lieu de leur apparition, l'usine » (U. BECK, *op.cit.*, p. 41). Désormais, les risques ne sont plus personnels, associés au « courage » ou à l'« aventure » mais représentent des « situations globales de menace ».

industriels et écologiques ont été évoqués jusque-là. Or, les individus de la société contemporaine encourent bien d'autres risques, notamment des risques économiques et sociaux¹⁴, qui, eux, ne sont pas encourus de manière égale par tous.

8.- En outre, la société contemporaine abrite en son sein et produit des risques pouvant conduire à la fin de l'humanité¹⁵. Si dans la société industrielle, des risques précis atteignaient plus particulièrement des catégories circonscrites de personnes, dans la société hautement moderne ou post-moderne, une multiplicité de risques est encourue par chacun d'entre nous et certains de ces risques sont collectifs dans la mesure où ils atteignent l'espèce humaine ou son environnement. Les risques modernes se singularisent par leur globalisation et leur imprévisibilité, ainsi que par la gravité des dommages qu'ils sont susceptibles de provoquer¹⁶. Ces critères d'imprévisibilité et de gravité constituent la base du principe de précaution, l'imprévisibilité liée à l'incertitude scientifique et la gravité voire l'irréversibilité des dommages potentiels. Ce sont les critères retenus par les textes internationaux et nationaux. La Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992 énonce dans son principe 15 : « *Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risques de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement* »¹⁷. On retrouve, au niveau interne, ces mêmes critères dans la Charte de

14Des auteurs comme Karl Marx et Max Weber (V. not. K. MARX, *Le capital* (en particulier les troisième et quatrième sections sur la production de la plus-value et la sixième section relative au salaire) et M. WEBER, *L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme* (au-delà des liens établis avec la religion, l'auteur dépeint les conditions de travail de son époque). Les risques et la précarité, le risque de précarité et les risques directement liés à la précarité concernent particulièrement une frange de la population pour qui un avenir (socio-économique) confortable est plus difficile à construire et à entrevoir (Robert Castel évoque « la fameuse « imprévoyance » des classes populaires inlassablement dénoncée par les moralistes du 19^{ème} siècle » et interroge « Mais comment celui que l'insécurité ronge tous les jours pourrait-il se projeter dans l'avenir et planifier son existence ? », R. CASTEL, *L'insécurité sociale, Qu'est-ce qu'être protégé ?* Seuil, Coll. La République des Idées, 2003, p. 29.). Certains cumulent les facteurs de risques favorisant ainsi l'occurrence de ces derniers dans leur existence. Le partage des risques n'est donc pas, à notre sens, si équitable que cela et poursuit, reproduit, malgré tout, une certaine logique de classes.

15Ulrich Beck évoque des « situations globales de menace », pour l'humanité entière, de l'« éventuelle autodestruction de la vie sur la terre ». Désormais, les risques ne sont plus perceptibles par les sens, « ils se dérobent à la perception » et ne sont plus attribuables à une sous production mais bien à une surproduction, « cause moderne ». Ces risques sont résolument liés à la modernisation. (U. BECK, *op.cit.*, p. 41s).

16Sur la globalisation des risques, U. BECK, *op.cit.*, p. 41s ; R. CASTEL, *op.cit.*, p. 59 : « Ces nouveaux risques sont largement imprévisibles, ils ne sont pas calculables selon une logique probabiliste, et ils entraînent des conséquences irréversibles, elles aussi incalculables [...]. [Ils] ne sont donc pas à proprement parler des risques, mais plutôt des éventualités néfastes, ou des menaces ou des dangers qui « risquent » effectivement d'advenir ».

17Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Principes de gestion des forêts adoptée à l'occasion du Sommet de la Terre, Conférence des Nations-Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, Brésil 3-14 juin 1992.

l'environnement adoptée le 28 février 2005 et adossée à la Constitution de la cinquième République¹⁸. L'article 5 de cette Charte dispose en effet : « *Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* ». De même, la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement dite loi Barnier, qui a inséré un article L. 200-1 dans le code rural, a introduit le principe de précaution parmi les principes desquels doivent s'inspirer les politiques environnementales, en le définissant comme le principe « *selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable* »¹⁹.

9.- Pour autant, on peut se demander si la société contemporaine est seulement caractérisée par cette prolifération de risques incontrôlables, graves et imprévisibles visés par ces définitions du principes de précaution. Il apparaît en réalité qu'à la « société du risque » correspond aussi une autre définition liée à notre perception du risque, à nos représentations du risque. Patrick Peretti-Watel soulève à ce propos une question intéressante : vivons-nous dans une société du risque ou bien dans une culture du risque ? Puisque les risques ont toujours existé -même si leur nature a évolué, suivant le progrès, n'est-ce pas seulement notre perception du risque qui a changé ?²⁰ L'auteur répond que « [La] prolifération des risques dans notre quotidien est d'abord celle d'une nouvelle conception du danger » et affirme que : « Si les sociétés contemporaines sont marquées par la prolifération des risques, cela ne signifie [...] pas forcément qu'elles sont plus dangereuses : c'est d'abord notre rapport au danger qui a changé, autrement dit notre rapport au monde, aux autres et à nous-mêmes»²¹.

18Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.

19Voir *infra* sur les différentes définitions du principe de précaution et leur évolution (Partie 1, Titre 1, Chapitre 1).

20P. PERETTI-WATEL, *op.cit.*, p. 4.

21*Ibidem*, puis p. 20.

10.- La société du risque pourrait en fait n'être qu'une culture du risque, c'est-à-dire une culture où l'intolérance sociale aux risques protéiformes s'amplifie²². Le seuil de tolérance au risque apparaît doublement subjectif. En premier lieu, le seuil de tolérance face au risque est relatif parce qu'il apparaît intimement lié au contexte culturel dans lequel il est mesuré. La prise d'un risque peut être bannie comme elle peut parfois être préconisée par la culture observée.²³. Et au sein de la culture étudiée, le seuil de tolérance au risque varie aussi en fonction du groupe auquel on appartient. Plus précisément, dans des sociétés culturellement hétérogènes comme la nôtre, la perception du risque dépend de l'« *ethos* de classe », pour reprendre la formule de Pierre Bourdieu. L'inégalité face au risque que nous constatons plus haut

22Ceci est donc la position de certains auteurs, dont Patrick Peretti Watel (P. PERETTI-WATEL, *op.cit.*). Voir aussi en ce sens, A. GIDDENS, *Modernity and Self-Identity*, Stanford, Stanford University Press, 1991. Pour d'autres auteurs, il s'agit d'une civilisation (P. LAGADEC, *La Civilisation du risque, catastrophes technologiques et responsabilité sociale*, Paris, Seuil, 1981) ou d'une société (U. BECK, *Risk Society, Towards a New Modernity*, Londres, Sage Publication, 1992). Ainsi, la société contemporaine est marquée par une « culture du risque », une culture où notre perception des risques a changé. Si nous nous sommes intéressés, dans un premier temps, à la réalité d'une augmentation, du moins d'une évolution, des risques dans la société contemporaine, nous devons aussi étudier la perception de ces derniers. Selon certains travaux, le risque n'existe que parce qu'il est perçu. Schrader-Frechette soutient qu'il « n'existe aucune distinction entre risque perçu et risque actuel, car il n'existe aucun risque excepté le risque perçu » (K. S. SHRADER-FRECHETTE, *Risk and rationality : Philosophical foundations for populists reforms*, Los Angeles, University of California Press, 1991, p. 84.) En effet, un courant de pensée, marqué par les analyses de l'« amplification sociale du risque » initiées par Roger Kasperson et Paul Slovic, axe sa compréhension du risque sur la conception sociale de celui-ci. Avec une vision très subjectiviste du risque, que nous partageons dans une grande mesure, Paul Slovic déclare que le risque « n'existe pas « hors d'ici », indépendamment de notre esprit et de notre culture » (P. SLOVIC, « Perception of risk : reflections on the psychometric paradigm » in S. KRIMSKY et D. GOLDINGS (dir.), *Social theories of risk, Praeger*, Westport, 1992, p. 119 (traduction libre de l'anglais). Cité par M. Hudon (Harvard University Aspirant FNRS) in M. HUDON, « Risques et dangers: Quelle classification et modes de gestion? », Centre Émile Bernheim (Research Institute in Management Sciences), Working paper 06/001, Université Libre de Bruxelles, Solvay Business School, Février 2006. Disponible à l'adresse suivante : <https://dipot.ulb.ac.be:8443/dspace/bitstream/2013/14615/1/rou-0216.pdf>). Avec la même tendance à refuser de réduire le risque à sa simple probabilité de réalisation, Roger Kasperson insiste sur la dimension psycho-sociale de la perception des risques (R. KASPERSON, « The Social Amplification of Risk A Conceptual Framework », *Risk Analysis*, Vol. 8, No. 2, 1988, cité par Patrick Peretti-Watel, P. PERETTI-WATEL, *op.cit.*, p.24s). Ainsi que le souligne Patrick Peretti-Watel, « Roger Kasperson admet que la perception du risque n'est pas réductible au simple produit de sa probabilité d'occurrence et de la gravité de ses conséquences. Dans son approche, il tente d'intégrer les dimensions sociale et psychologique de la perception des risques, pour comprendre comment un risque est amplifié ou au contraire atténué par l'opinion publique (qui peut être sensible à son caractère spectaculaire, à son fort potentiel catastrophique, au fait que les victimes ont été exposées à leur insu suite à des négligences coupables des autorités...). L'amplification ou l'atténuation d'un risque dépend bien sûr beaucoup des médias » (Voir infra sur le rôle des médias dans la perception du risque). De même, François Ewald écrit que « en soi, rien n'est un risque, il n'y a pas de risque dans la réalité. Inversement, tout peut être un risque ; tout dépend de la façon dont on analyse le danger, considère l'événement ». F. EWALD, *L'État-providence*, Grasset, 1986, p.173.

23 Patrick Peretti-Watel souligne qu'un risque peut même être inhérent à une culture donnée, être constitutif de celle-ci, comme c'est le cas du cannibalisme pour la tribu Fore en dépit de la preuve de la nocivité de cette pratique pour la santé humaine (P. PERETTI-WATEL, *op.cit.* pp. 76-77). L'auteur explique que la pratique du cannibalisme pouvait être à l'origine d'une contamination par le *kuru* (variante de la maladie de Creutzfeldt-Jakob apparue en Nouvelle-Guinée) et que la tribu Fore, coutumière de cette pratique, continuait à l'exercer, ignorant les conséquences désastreuses de cette dernière. C'est ainsi que « l'existence même de cette tribu s'est [...] trouvée menacée par un rite constitutif de sa culture ». L'auteur utilise cet exemple pour illustrer le fait qu'« il arrive [...] que l'identité d'un groupe soit entretenue par certaines pratiques et que ces pratiques deviennent un jour éminemment dangereuses »).

engendre des perceptions du risque qui diffèrent d'un groupe à l'autre²⁴. La perception du risque peut, en effet, varier selon le groupe, en fonction de la frontière entre le groupe et le reste de la société et la structuration interne du groupe²⁵.

11.- Aussi, le développement de certains types de risques liés à la progression et à la modernisation des activités industrielles, conjugué à l'intensification de l'information disponible relative à ces risques, a pu engendrer des craintes légitimes de la part de la population. Concernant le développement de l'information et les biais cognitifs qu'il suscite, Gérard Bronner et Étienne Gehin expliquent la subjectivité de la tolérance aux risques par sa soumission aux biais cognitifs, qui concernent chaque individu et qui révèlent notre incapacité à mettre en relation toutes les informations à notre disposition. Confrontés à des problèmes complexes, plutôt que de s'investir et de chercher à comprendre, nous commettons souvent des erreurs avec un raisonnement défectueux et incomplet, notamment à cause de notre appétence pour ce qui confirme nos croyances²⁶. Pour expliciter le principe de précaution, Gérard Bronner et Étienne Gehin se réfèrent à un pari dont la formule est la suivante : $(P1 \times B) + (P2 \times C) > 0$, où B sont les bénéfiques, P1 la probabilité de chance que le principe de

24Ce qui fait écrire à Patrick Peretti-Watel qu'il existe « autant de représentations d'un risque que de positions et de trajectoires sociales » (P. PERETTI-WATEL, *op.cit.*, p. 37). L'auteur privilégie ainsi le terme « représentation » à celui de « perception » : « nous ne nous contentons pas de percevoir les risques, qui d'ailleurs échappent bien souvent à nos sens, nous les construisons, nous en élaborons des représentations, en nous situant par rapport à eux, en y investissant une part de nous-mêmes, de ce que nous sommes comme de ce que nous voulons devenir, de sorte qu'il y a autant de représentations d'un risque que de positions et de trajectoires sociales ».

25L'anthropologue Mary Douglas a établi une classification de la société en différents groupes (« *grid group* ») pour démontrer les diverses perceptions sociales du risque que l'on peut rencontrer. Deux critères sont utilisés pour différencier les groupes : la frontière entre le groupe et le reste de la société et le degré de structuration interne du groupe. Ensuite, en fonction des conceptions du savoir, du corps et de la nature qu'ont les différents groupes déterminés, émergent des représentations des risques propres à chacun de ces groupes. Mary Douglas distingue ainsi quatre types culturels et leurs représentations des risques respectives. Le type hiérarchique est caractérisé par une structuration interne forte et un attachement élevé à l'ordre social. Il éprouve du respect vis-à-vis du savoir scientifique institutionnel. Il conçoit le corps comme enveloppé de la protection du groupe et la nature comme résistante jusqu'à une certaine limite. Ainsi, l'Etat qui représente la cohésion du groupe doit s'abstenir d'intervenir en-deçà des limites de la force de la nature. Les risques auxquels le type hiérarchique est sensible sont donc ceux susceptibles de perturber l'ordre social. La « secte égalitaire » qualifierait les groupes se méfiant du savoir institutionnel au profit de savoirs alternatifs avec un haut degré de hiérarchisation interne. Pour elle, le corps est protégé par la secte et la nature présente une fragilité telle que le regroupement sectaire s'avère nécessaire. Ce type culturel serait principalement averse aux risques majeurs pour l'humanité. Le type individualiste, quant à lui, témoignerait une confiance -mais incomplète- dans les savoirs officiels en conservant toutefois un certain recul. Il appréhende le corps comme étant relativement résistant et comme devant être protégé uniquement par l'individu qui en est propriétaire. La nature est quant à elle perçue par ce type culturel comme robuste, quasi inébranlable. En l'absence de hiérarchisation et face à une nature puissante, le type individualiste est preneur de risque, chercheur d'opportunités. Ainsi, il est moins craintif des risques que les autres catégories. Enfin, le type exclu comprend les individus résignés suspectant les savoirs officiels et le pouvoir. Selon ce type culturel plutôt pessimiste, le corps serait poreux, sujet à l'instabilité. La nature serait capricieuse, chaotique, si bien qu'il serait vain de chercher à la maîtriser. Le type exclu perçoit les risques avec un certain fatalisme, avec un sentiment d'inéluçabilité). V. M DOUGLAS, *Risk and Blame, Essays in Cultural Theory*, Londres, Routledge, 1992, p. 57s. Citée par Patrick Peretti-Watel, P. PERETTI-WATEL, *op.cit.*, pp. 36-40.

26Voir *supra*.

précaution tiennent ses promesses, C les coûts impliqués et P2 la probabilité que le risque se réalise. Et les auteurs de souligner que « chacun [« des termes du problème »] [...] est soumis au prisme des biais cognitifs »²⁷, qui conduisent, selon eux, à privilégier, en cas de danger grave redouté, le pire scénario.

12.- Le phénomène de culture de risque pourrait paradoxalement s'expliquer aussi par l'augmentation du niveau de sécurité dans la société contemporaine²⁸. La multiplication des protections de toute forme et la diversification des domaines dans lesquels l'individu reçoit une protection pourraient être à l'origine de la demande sociale d'accroissement du niveau de sécurité. A force d'être protégée et assurée contre un nombre toujours grandissant de risques, il est possible que la société finisse par ne plus souffrir d'entrevoir aucun risque.

13.- Dès lors, comment notre aversion grandissante face à tout ce qui pourrait menacer notre vie et comment notre tendance à opter pour la précaution face à ce que nous considérons être des risques pourraient n'emporter aucune conséquence sur notre façon de penser la société et la justice ? La justice pénale peut-elle ou doit-elle rester en dehors de l' « Ère de

27G. BRONNER et E. GEHIN, *L'inquiétant principe de précaution*, Paris, PUF, Broché, Coll. Quadrige., 2010, p. 47. Plusieurs types de biais cognitifs susceptibles d'affecter notre jugement face à un risque ont été recensés. Tout d'abord, l'erreur cognitive conduisant à la surestimation des faibles probabilités pèse lourdement dans notre perception du risque. Nous serions enclins à surévaluer les faibles probabilités. Certains l'expliquent par le fait qu'« une probabilité de 0,999 reste psychologiquement distincte de la certitude » (« le risque tend à être considéré comme un facteur dichotomique : le risque est ou n'est pas. C'est également le cas de la certitude. Une probabilité de 0,999 reste en effet psychologiquement distincte de la certitude ». Voir M. PIATTELI-PALMARINI, J. RAUDE, *Choix, Décisions et préférences*, Broché, O. Jacob, 2006, p. 95, cités par Gérard Bronner et Étienne Géhin, G. BRONNER et E. GEHIN, *op.cit.*, p. 56). Ainsi, lorsque le risque atteint une valeur fermement protégée, et que sa probabilité de se réaliser n'est pas nulle, même si elle est extrêmement faible, l'on sera tenté de vouloir à tout prix l'éradiquer. Notre tolérance à ce risque minime mais inspirant des craintes irrationnelles est extrêmement mince. Et ce d'autant plus qu'un second biais cognitif entre en jeu consistant en une focalisation par l'esprit humain sur les pertes réelles ou envisagées au détriment des bénéfiques. Nous aurions tendance à donner plus de poids à une perte qu'à un gain dont la valeur est équivalente (V. A. TVERSKY et D. KAHNEMAN, « Framing of decisions and the psychology of choice », in *Rational choice*, Oxford, Basil Blackwell, 1986, auxquels font référence Gérard Bronner et Étienne Géhin, G. BRONNER et E. GEHIN, *op.cit.*, p. 64. « Notre esprit [...] paraît absorbé par un centre de gravité où seuls les coûts sont considérés » (*ibid.*, p. 67). Enfin, l'incertitude joue un rôle important dans la détermination d'un seuil de tolérance à un risque. Il apparaît que plus un risque est incertain, moins nous y sommes tolérants. L'incertitude met mal à l'aise l'esprit humain (Cf. notamment l'étude d'Amos Shafir et Eldar Tversky (in A. SHAFIR et E. TVERSKY, « *Penser dans l'incertain. Raisonner et choisir de façon non conséquentialiste* », *Les limites de la rationalité*, t.1 (Dupuy et Livet éd.), Paris, La Découverte, 1997) citée par Gérard Bronner et Étienne Géhin, G. BRONNER et E. GEHIN, *op.cit.*, p.69s). Gérard Bronner et Étienne Géhin indiquent que « face à l'incertitude, c'est clairement la fiction du pire qui domine les débats ». La tolérance des risques est donc encore une fois subjective dans la mesure où elle dépendra de notre capacité à dominer l'incertitude, à s'y adapter, et à y réagir rationnellement, en prenant en compte tous les paramètres y compris les bénéfiques potentiels. S'agissant de la délinquance, l'impossibilité de sa prédiction exacte concourt ainsi à l'exacerbation de la peur.

28Voyez notamment R. CASTEL, *op.cit.*, p.7. L'auteur évoque aussi l'étiologie des protections rapprochées qui conduit l'individu à attendre plus de protection de la part de l'État. Voir *infra* sur le sentiment d'insécurité et la demande sociale de sécurité.

précaution²⁹»? Il semblerait que l'adhésion institutionnelle et sociale à une certaine logique d'action, qui commande l'élaboration de politiques destinées à agir avant et donc à prévenir la réalisation de risques incertains d'un point de vue scientifique, envahit inéluctablement le champ pénal.

14.- D'ailleurs, parallèlement à ces transformations de la société, des évolutions de la justice pénale et du droit pénal sont observées. Outre Atlantique est évoquée l'émergence d'une « justice actuarielle », marquée par le passage d'une pénalité axée sur l'idée de traitement, de réhabilitation ou de punition à une nouvelle pénalité fondée sur la surveillance et le contrôle des population à risque, transformation qui affecte le modèle américain et se propage aux pays européens³⁰. En France, des auteurs soulèvent l'avènement d'une « justice managériale », lié au libéralisme et à l'introduction d'outils de management dans la justice, visant à assurer l'efficacité de celle-ci et promouvant une logique de résultat³¹. La justice, et en particulier la justice pénale, serait devenue une « justice néolibérale », le néolibéralisme introduisant une nouvelle gouvernamentalité fondée sur une logique d'efficacité au court terme³² et une justice marquée par le « populisme pénal »³³, expression évoquant « la

29Nous renvoyons aux auteurs qui évoquent la construction d'un État de précaution, le passage d'un État providence à un État précaution. Voir principalement F. EWALD, « L'État de précaution », in *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport du Conseil d'État, Paris, La Documentation Française, 2005, pp. 351-357 ; M. KERLEAU, « De l'État providence à l'État de précaution », Colloque État et régulation sociale CES- Matisse, Paris, 11-13 septembre 2006, disponible sur <http://matisse.univ-paris1.fr/colloque-es/pdf/articles/kerleau.pdf> ; « La providence de l'État », Entretien avec F. EWALD, *Ceras - revue Projet* n°261, Mars 2000. URL : <http://www.ceras-projet.com/index.php?id=2080>.

30PH. MARY, « Pénalité et gestion des risques : vers une justice « actuarielle » en Europe ? », *Déviance et Société* 2001/1, Volume 25, p. 33-51. Au sein de cette justice dite actuarielle, la sécurité est l'unique finalité et la pénalité n'est autre qu'un mode de gestion des risques. L'idée d'une nouvelle pénologie traduit aussi le recours à une gestion managériale des risques et à des techniques probabilistes visant à calculer et à cartographier la distribution des groupes à risques de façon à en réduire les impacts sur le reste de la population. Voir aussi J.-F. CAUCHIE ET G. CHANTRAINE, « De l'usage du risque dans le gouvernement du crime (Janvier 2005). », *Champ pénal*, *Champ pénal* Champ pénal, [En ligne], mis en ligne le 13 mai 2005. URL : <http://champpenal.revues.org/document80.html>. Consulté le 26 janvier 2009 ; T. SLINGENEYER, « La nouvelle pénologie, une grille d'analyse des transformations des discours, des techniques et des objectifs dans la pénalité. », *Champ pénal*, *Champ pénal* Champ Pénal / Penal Field, [En ligne], mis en ligne le 15 octobre 2007. URL : <http://champpenal.revues.org/document2853.html>. Consulté le 28 janvier 2009.

31A. GARAPON, *La Raison du moindre État, Le néolibéralisme et la justice*, Paris, Od. Jacob, octobre 2010, pp. 45-82 ; J. DANET, *La justice pénale entre rituel et management*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010 ; C. VIGOUR, « Justice : l'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques », *Droit et société*, 2006/2, n°63-64, pp. 425-455.

32Des liens entre l'évolution de la justice et le néolibéralisme ont été soulevés par Antoine Garapon qui présente le néolibéralisme comme un nouvel âge de la gouvernamentalité où les règles du marché ont été transposées à la politique et au droit. Dans cette nouvelle gouvernamentalité, la logique d'efficacité, d'efficience, de gestion et de court terme ainsi que le vitalisme ou recherche du bien être, compris comme le bien-être momentané, matériel et individualiste, supplantent les finalités supérieures, les visions d'ensemble et la quête d'un bonheur collectif différé (finalement du vrai sens de la politique). Cette nouvelle ère est celle de « la raison du moindre État », marqué par un repli de l'État au profit des individus qui ne se rallient que dans la recherche du bien-être et la crainte de la mort et de la souffrance. V. A. GARAPON, *op.cit.*

33Voir sur ce point, D. SALAS, *La volonté de punir, essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette-Littératures,

construction d'un État pénal qui repose sur un triptyque : symbiose avec l'opinion, réactivité dans le champ pénal, philosophie dissuasive »³⁴.

15.- Le droit pénal actuel aurait donc subi de profondes modifications. Désormais, il est parfois qualifié de « droit pénal de l'anticipation »³⁵, c'est-à-dire un droit qui entendrait anticiper le moindre risque. Il est aussi relié à la théorie du « droit pénal de l'ennemi »³⁶, construit sur la base d'une « criminologie de l'autre »³⁷, qui, contrairement à une « criminologie de soi » considérant le criminel comme un consommateur rationnel comme les autres, l'appréhende comme un « paria menaçant, [un] inquiétant étranger, [un] exclu [...] »³⁸. Le premier type de criminologie est invoqué pour « banaliser le crime, modérer les peurs disproportionnées et promouvoir l'action préventive »³⁹. A l'inverse, le second type de criminologie « tend à diaboliser le criminel, à exciter les peurs et les hostilités populaires et à soutenir que l'État doit punir davantage »⁴⁰.

16.- Le droit pénal actuel est encore qualifié de « droit pénal postmoderne »⁴¹, caractérisé par un regain de l'utilitarisme en matière de justice pénale. L'intégration progressive, et parfois insidieuse de la précaution dans ce domaine, qui est l'objet de notre travail, pourrait s'inscrire dans le prolongement de l'utilitarisme benthamien qui colore le droit pénal depuis le code de 1810. Le droit pénal, dans l'utilitarisme, repose sur une conception arithmétique : la

Coll. Pluriel, 2008 ; M. BOUFOT-RICOEUR, « Postmodernité : un nouveau paradigme », in M. MASSÉ, J.-P. JEAN, A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, Coll. « Droit et justice », juin 2009.

34Ibidem.

35Expression notamment utilisée par Laurence Leturmy, qui évoque dans le même sens un « droit prédictif qui, gr ce au diagnostic clinique, se donne pour mission de prévenir une éventuelle dangerosité », et fait également référence à l'émergence d'un « droit pénal de la traçabilité ». L. LETURMY, « La répression de la délinquance sexuelle » in M. MASSÉ, J.-P. JEAN, A. GIUDICELLI (dir.), *op.cit.*, pp. 137-147.

36R. ROTH, « Nouveau droit des sanctions en Suisse: entre l'ami et l'ennemi », *RSC* 2006, p. 117 ; M. DELMAS-MARTY, « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? », *RSC* 2007 p. 461 ; M. PAPA, « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international », *RSC* 2009/1, pp. 3-6 ; E.- R. ZAFFARONI, « Dans un État de droit, il n'y a que des délinquants », *RSC* 2009/1, pp. 43-57 ; G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2009/1 pp.7-18 ; M. DOMINI, « Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme ? », *RSC* 2009/1 pp. 31-42 ; M. DELMAS-MARTY, « Violence et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *RSC* 2009/1, pp. 59-67 ; F. MUNOZ CONDE, « Le droit pénal international est-il un « droit pénal de l'ennemi » ? », *RSC* 2009/1, pp. 19-30; Voir également *infra* (Partie 1, Titre 1, Chapitre 2).

37D. GARLAND, « Les contradictions de la « société punitive » : le cas britannique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 124, septembre 1998, pp. 49-67 cité par A. GARAPON, *op.cit.*, p. 91. Évoquant une « criminologie schizoïde » à l'œuvre dans les réformes pénales en Grande-Bretagne depuis les années 1980, David Garland distingue deux approches de la criminologie contradictoires.

38Ibidem.

39Ibidem.

40Ibidem.

41M. MASSÉ, J.-P. JEAN, A. GIUDICELLI, *op.cit.*

peine n'existe que parce qu'elle est un mal nécessaire pour l'utilité du plus grand nombre, elle doit être exemplaire, apparente pour le public et dissuasive pour les délinquants potentiels. Elle doit être calculée de manière à ce que le délinquant perde plus en commettant l'infraction qu'il n'y gagnerait. Le coût de la sanction pénale doit être plus élevé que les gains escomptés de l'infraction. Cette théorie du droit pénal s'appuie sur une conception particulière de l'individu mettant au centre sa rationalité, sa capacité à émettre des choix rationnels⁴². Si la précaution ne semble pas loin de l'utilitarisme, c'est dans la mesure où la théorie utilitariste considère que la peine doit être substantiellement dissuasive, elle n'a pas de fonction punitive ou moralisante mais elle doit être prononcée et purgée aux yeux de tous dans l'objectif que les délinquants potentiels préfèrent s'abstenir. Ainsi, le droit pénal utilitariste n'existe presque que pour l'avenir. Et la précaution, en visant des dommages potentiels, donc non encore réalisés, s'inscrit aussi dans une démarche résolument tournée vers le futur.

17.- « Droit pénal postmoderne », « droit pénal de l'anticipation », « droit pénal de l'ennemi », « justice néolibérale », « populisme pénal », « criminologie de l'autre » sont autant d'expressions visant à souligner un changement de paradigmes et à mettre en relief l'émergence d'une nouvelle rationalité, que l'accent soit mis sur les réformes du droit pénal, de la procédure pénale ou du droit de l'application des peines ou encore qu'il porte sur la pratique judiciaire insufflée par les nouveaux textes. La matière pénale ne semble pas s'affranchir des changements sociétaux. Elle évolue au sein de modifications globales. Ses transformations ne sont pas indépendantes des autres mutations que connaît la société dans d'autres domaines. Nouveau rapport au temps, nouveau rapport à l'autre, nouveau rapport à l'institution, nouveau rapport à la loi, tous ces mouvements altèrent la justice pénale dans son ensemble.

18.- Ainsi, est-il possible de réunir tous ces glissements constatés en matière pénale sous une même évolution d'ensemble, dans un même mouvement molaire, au sein d'un même processus? Convergent-ils vers une même finalité ? S'inscrivent-ils dans une même rationalité ? Il apparaît que la substance du principe de précaution se retrouve en chacun de ces changements. La rationalité contenue dans le principe de précaution pourrait être la clé nécessaire à la compréhension de la globalité des transformations qui affectent, au fil des réformes, le droit pénal et la politique criminelle. C'est ce que nous nous proposons de démontrer dans cette étude.

⁴²Voir *infra* sur la théorie du rational choice.

19.- Bien que le principe de précaution ne trouve pas d'assise officielle en matière pénale, ce principe ayant été consacré principalement en matière environnementale et sanitaire⁴³, il incite à une ligne de conduite responsable car « l'inflexion apportée à nos comportements n'est pas seulement circonstancielle, ou réservée à quelques situations de débordements préjudiciables - mais inévitable ; il s'agit, de manière graduée mais résolue et permanente, de changer de cap »⁴⁴, autrement dit de modifier notre culture face au risque. Le principe de précaution serait une « vision actualisée de la sagesse ancestrale qui préconise la prudence dans la conduite des affaires humaines »⁴⁵. Présenté comme résolument novateur, il ne serait qu'une adaptation au monde actuel de la sagesse antique qui, de Socrate à Descartes, préconisait la prudence⁴⁶ caractérisée par la nécessaire mise en doute de toute chose⁴⁷.

20.- Ainsi, de par son aspect foncièrement philosophique et politique, ce principe, juridicisé dans des domaines spécifiques, a vocation à se déployer dans toute matière y compris celle de la justice pénale. Cette visée politico-philosophique du principe de précaution, qui l'élève au rang de principe matriciel potentiellement applicable à la matière pénale, se manifeste de façon évidente à trois égards au moins. Ce principe poursuit d'abord un objectif éminemment politique en esquissant un mode particulier de gestion publique des risques (I). Il a aussi pour fonction de guider le comportement à adopter en situation d'incertitude en privilégiant l'action à la passivité (II). Enfin, sa portée philosophique se décline dans ses incidences sur la notion de responsabilité, proposant une nouvelle approche de cette dernière (III).

43 Voir *infra*.

44D. GRISON, *Le principe de précaution, un principe d'action*, L'Harmattan, Coll. « Ouverture philosophique », 2009, pp. 15-16 à propos d'instaurer un « philosophie de la précaution », seule susceptible de donner un « corps de pensée », à la nouvelle société attendue (attendue parce qu'elle est souhaitable et nécessaire) », p. 16. Cette invitation semble avoir été accueillie favorablement lorsqu'on entend le politique invoquer avec régularité un devoir de précaution en matière de justice pénale. Voir *supra*.

45P. VAN GRIETHUYSEN, « Le principe de précaution : quelques éléments de base », RIBIOS, Genève, février 2003, cité par Delphine Alles in D. ALLES, *Le principe de précaution et la philosophie du droit*, Mémoire IEP Grenoble, sous la direction de Florence Chaltiel, 2005, disponible en ligne, p. 2.

46F. Ewald rappelle que l'attitude de précaution « n'est pas sans rappeler celle de Descartes, trouvant dans l'exercice d'un doute hyperbolique les conditions d'un rapport vrai avec lui-même et le monde, ce qui va entraîner toute une activité de « production », de manifestation des risques, des dangers, des menaces potentielles qui va provoquer en retour une amplification de la démarche de précaution dans le sens, cette fois, d'un appel à la prudence ». F. EWALD, *op.cit.* Également, Denis Grison établit un lien entre la précaution et la prudence (la précaution, par certains de ses traits les plus saillants, reprend la prudence aristotélicienne) mais il explique aussi en quoi la précaution se distingue de la prudence, notamment parce que l'agir contemporain diffère de l'agir au temps d'Aristote. « Notre horizon d'aujourd'hui est celui des risques et de l'incertitude - et cela d'une manière bien plus radicale que jamais ». « Nous avons à vivre et à agir dans un monde incertain, fragile et complexe » (D. GRISON, *op.cit.*, pp. 13-15).

47P. LEPRETRE et B. URFER, *Le principe de précaution, une clé pour le futur*, L'Harmattan, Coll. « Questions contemporaines », 2007, p. 21s.

I. Un principe de gouvernance des risques transposable en matière de lutte contre la délinquance

21.- Le principe de précaution introduit une nouvelle façon de gérer le risque qui tient compte de la part d'incertitude. La mise en œuvre de cette gestion particulière du risque nécessite l'identification des risques appelant une approche de précaution, en fonction de leur degré d'acceptabilité par le corps social.

• La formulation d'un principe de gestion des risques intégrant l'incertitude

22.- Lors d'une communication en 1998, la Commission européenne définissait le principe de précaution comme « *une approche de gestion des risques qui s'exerce dans une situation d'incertitude scientifique exprimant une exigence d'action face à une situation potentiellement grave, sans attendre les résultats de la recherche scientifique* »⁴⁸.

23.- Ainsi, le principe de précaution est avant tout porteur d'une éthique⁴⁹, de « l'attitude sociale face à la nature incertaine et l'évolution scientifique et technique »⁵⁰. Il évoque « une morale universelle qui s'adresse à tous, riche ou pauvre, faible ou puissant, État et société

48Communication de la Commission européenne, Direction générale XXIV, Politique des consommateurs et protection de leur santé, *Lignes directrices pour l'application du principe de précaution*, HB/hb D (98), 1998, citée par Jean-Claude Boual, in J.-C. BOUAL et PH. BRACHET (dir), *Service public et principe de précaution*, Séminaire expert, Conseil économique et social (Paris), 29 juin 2001, organisé par l'OMIPE, L'Harmattan, 2003, p. 9.

49Nous retenons ici la définition également retenue par Denis Grison (D. GRISON, *Du principe de précaution à la philosophie de précaution*, Thèse de Doctorat de philosophie, sous la direction de G. Heinzmann, Université Nancy 2, soutenue le 25 novembre 2006) et empruntée à Tugendhat, « qui rattache l'éthique à la question « comment doit-on vivre ? », lorsqu'elle est comprise « comme une question prudentielle qui se rapporte au bien-être d'une personne » (E. TUGENDHAT, *Conférences sur l'éthique*, PUF, 1998, p. 32-33, cité par Denis Grison in D. GRISON, *op.cit.*, p. 393). Pour aller plus loin, on peut affirmer que l'éthique de précaution est à la fois une éthique antérieure et une éthique postérieure à la norme, selon la distinction faite par Paul Ricoeur (qui « [voit] [...] le concept d'éthique se briser en deux, une branche désignant quelque chose comme l'amont des normes - [...] éthique antérieure -, et l'autre désignant quelque chose comme l'aval des normes - éthique postérieure. L'éthique antérieure pointant vers l'enracinement des normes dans la vie et dans le désir, l'éthique postérieure visant à insérer les normes dans des situations concrètes » (P. RICOEUR, *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, « Ethique », cité par Denis Grison, *op.cit.*, p. 394).

50P. VAN GRIETHUYSEN, *op.cit.*, p. 7 ; A. Gossement évoque une « « éthique de la vulnérabilité » [qui] implique prioritairement une transformation du processus public de décision afin de répondre aux nouveaux risques issus du progrès scientifique et technique » (référence faite à F. EWALD, *Le problème français des accidents thérapeutiques. Enjeux et solutions*. Septembre-octobre 1992, La Documentation Française, 1993, p. 46). Voir A. GOSSEMENT, *Le principe de précaution, Essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publiques* (version remaniée de thèse de doctorat en droit soutenue décembre 2001 à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, sous la direction de Jean-Claude Masclet), L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 2003, p.460.

civile »⁵¹. Il définit le comportement adapté face aux situations d'incertitude potentiellement génératrices de risques dommageables. La naissance de ce principe résulte de la double prise de conscience à la fois de la potentialité de risque inévitablement renfermé par toute évolution technique ou scientifique, et du savoir inéluctablement lacunaire de la science⁵². L'éthique qu'il cristallise est tournée vers le futur, la précaution devant intrinsèquement s'exercer de manière transgénérationnelle. Denis Grison esquisse plusieurs pistes de réflexion permettant de comprendre d'où provient l'affirmation de la nécessité d'une précaution appliquée à la fois dans le présent et pour les générations futures⁵³. Premièrement, est avancée la thèse de Léon Bourgeois dite de la « réciprocité indirecte » : nous serions débiteurs de l'association humaine ; nous aurions une dette envers les morts qui nous ont laissé la Terre telle qu'on l'a trouvée ; et cette dette, nous devons nous en acquitter auprès des hommes qui viendront après nous⁵⁴. Deuxièmement, la solidarité transgénérationnelle pourrait être expliquée à l'éclairage de la théorie libertarienne d'inspiration lockéenne. Le point central de cette théorie est la propriété et la clause d'appropriation est limitée, selon Locke, par une clause dite d'équivalence qui consiste en le devoir de laisser aux autres une terre « en quantité suffisante et d'aussi bonne qualité »⁵⁵. Si Locke, ici, s'exprime à propos de l'appropriation intergénérationnelle, ce raisonnement peut être étendu aux relations intergénérationnelles selon Denis Grison⁵⁶. Troisièmement, le souci pour les générations futures peut être observé sous un angle utilitariste avec Dieter Birnbacher, dont le raisonnement le conduit à conclure que « la norme idéale coïncide [...] avec la norme fondamentale de la somme de profits entre les générations : c'est-à-dire faire ce qui, sous l'angle de la totalité de toutes les générations futures, réalise le plus grand différentiel possible entre le bonheur (plaisir) et la souffrance (déplaisir) »⁵⁷. Mais comme le relève Denis Grison, cela revient à ce que chaque génération se sacrifie pour un gain ultérieur et corrobore ainsi le caractère sacrificiel de l'utilitarisme, ce caractère étant l'objet des critiques dont ce dernier souffre. Quelle que soit l'explication du souci transgénérationnel retenue, ce dernier constitue une motivation centrale pour le principe de précaution.

51F. EWALD in F. EWALD, C. GOLLIER et N. DE SADELEER, *Le principe de précaution*, PUF, collection « Que sais-je ? », 2^{ème} édition, 2008, p. 37, à propos de l'attitude de précaution, au sens du développement durable.

52En outre, l'éthique de précaution est guidée par l'émotion qui joue un rôle fondamental et indéniable dans toute action. Voir D. GRISON, *Du principe de précaution à la philosophie de précaution*, *op.cit.*, pp.419-422.

53Ibidem, p. 425s.

54L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Arman Colin, 1902, pp. 116-130, cité par A. GOSSERIE, *Penser la justice entre les générations*, Flammarion, 2004, p. 164, cité par Denis Grison in D. GRISON, *op.cit.*, p. 425.

55J. LOCKE, *Second traité sur le gouvernement*, § 27, cité par A. GOSSERIE in A. GOSSERIE, *op.cit.*, p. 185, cité par Denis Grison in D. GRISON, *op.cit.*, p. 428.

56D. GRISON, *op.cit.*, p. 428s.

57D. BIRNBACHER, *La responsabilité envers les générations futures*, PUF, 1993, p. 92, cité par Denis Grison in D. GRISON, *op.cit.*, p. 429.

24.- Avec le principe de précaution, doivent ainsi être considérés non seulement les risques connus et prévisibles mais aussi ceux qui sont incertains. Les risques incertains⁵⁸ ou hypothétiques⁵⁹, à condition qu'ils soient susceptibles de générer des dommages graves et/ou irréversibles, deviennent objets de la gestion publique aux côtés des risques connus visés par la prévention⁶⁰. L'incertitude est dès lors intégrée au processus décisionnel⁶¹.

25.- Partant, la notion de précaution est conçue comme un instrument de décision visant à garantir une sécurité maximale dans un contexte d'incertitude. Pour ses détracteurs ou ceux qui en attendent le plus, le principe de précaution porte en lui l'utopie d'atteindre le risque zéro. Mais par les limitations qui lui sont posées, à savoir la proportionnalité et le coût économiquement acceptable, il semble avoir pour objectif une protection contre les risques plus optimale que totale⁶². En effet, il semblerait au contraire que le principe de précaution intègre la réalité inéluctable du risque même si une application pervertie conduit à poursuivre

58L'incertitude que présente le risque visé par la précaution est relative. « Quand l'incertitude est trop importante pour être évaluable, François Ewald considère que l'on est dans une hypothèse de non-risque », ainsi que le souligne Karine Foucher, in K. FOUCHER, *Principe de précaution et risque sanitaire, Recherche sur l'encadrement juridique de l'incertitude scientifique* (thèse de doctorat en droit public, sous la direction de Raphaël Romi et Jean-Claude Hélin, soutenue en décembre 2000 à la Faculté de droit et de sciences politiques de Nantes), L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 2002. Karine Foucher fait ici référence à François Ewald in F. EWALD, « Le retour du malin génie. Esquisse d'une philosophie de la précaution » in O. GODARD (dir.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Paris, Éd. de la MSH et Inra-Éditions, 1997, p.113.

59Les risques incertains, objets du principe de précaution, peuvent être définis comme des risques hypothétiques, par opposition aux risques avérés. Le risque est dit avéré « lorsque les phénomènes qui sous-tendent le danger sont scientifiquement bien compris et que leur probabilité est connue ». Ainsi, face à un risque avéré, des mesures préventives peuvent être prises dans la mesure où la science statistique est capable d'évaluer sa probabilité, sa fréquence d'occurrence étant aléatoire mais son existence connue. Le risque hypothétique, quant à lui, est caractérisé par l'incertitude sur son existence et/ou les facteurs conduisant à son occurrence. Il ne peut être appréhendé que sur le fondement de présomptions, d'un faisceau d'indices plus ou moins certains. C'est face à ce type de risque que la démarche de précaution s'insère en guidant le comportement à adopter même en contexte d'incertitude. Voir O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC, E. MICHEL-KERJAN, *Traité des nouveaux risques, Précaution, risque, assurance*, Gallimard, Coll. Folio actuel, 2002 ; J. DUBOIS, « Principe de précaution et responsabilité de la chose jugée » in J.-C. BOUAL ET PH. BRACHET (dir.), *op.cit.*, L'Harmattan, 2003, p. 42 (avec le principe de précaution, « nous ne sommes plus face à un risque défini mais devant un risque imaginable dont on ne sait s'il est imaginaire »). L'auteur distinguera ensuite « risque probabiliste » et « risque hypothétiques » ; Christian Gollier évoque, quant à lui, un « risque à deux étages » ou « risque au carré » pour désigner les situations où « le risque lui-même est incertain, puisque les mécanismes naturels qui déterminent les caractéristiques du risque sont mal connues » (Christian Gollier in F. EWALD, CH. GOLLIER, N. DE SADELEER, *op.cit.*, p. 104). Donc, le risque est doublement incertain : l'on n'est pas sûr de son existence et l'on n'est pas sûr des facteurs ou de la combinaison exacte de ces facteurs conduisant à son existence (la seconde incertitude emportant la première). Voir également sur le risque, objet du principe de précaution, A. GOSSEMENT, thèse précitée, p. 381s.

60Voir *supra* à propos de la distinction prévention/précaution (Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1).

61Delphine Alles écrit que le contexte d'incertitude, la mise en évidence des dangers potentiels de la science et la prise de conscience écologique formant le terreau de l'apparition du principe de précaution, « le principe de précaution vise en effet à intégrer à la prise de décision le fait qu'une information exacte sur les évolutions à venir du monde réel fait généralement défaut au moment de l'analyse » (D. ALLES, mémoire précité, p. 4).

62Voir notamment Karine Foucher qui affirme que « le principe de précaution ne requiert donc pas un niveau de sécurité absolue mais optimal, K. FOUCHER, *op.cit.*, p. 28.

l'absence totale de risque⁶³. C'est la prise en compte du fait que le risque ne peut jamais être nul qui a justement nécessité l'intégration de la précaution dans la gestion publique des risques.

26.- La gestion de l'incertitude suppose la théorisation de cette dernière et la modélisation d'une rationalité susceptible de le prendre en compte⁶⁴. Le principe de précaution est, à cet égard, un modèle construit pour permettre le traitement de l'inconnu. En effet, la considération d'un nouveau type de risque - le risque incertain ou hypothétique - conduit à la nécessaire définition d'un principe capable de le gérer. Elle suscite la formulation d'un principe, non plus fondé uniquement sur des données connues, mais incorporant l'incertitude. C'est dans ce contexte qu'a été utilement façonné le principe de précaution⁶⁵.

27.- La gestion de précaution, qui en résulte⁶⁶, vient alors s'ajouter aux autres modèles de gestion des risques existants, le modèle préventif et le modèle curatif, le premier s'appliquant aux risques dont la probabilité d'occurrence est déterminable, le second s'attachant à combattre les effets des risques une fois réalisés⁶⁷. Nicolas de Sadeleer⁶⁸ rappelle ces trois modèles selon lesquels les politiques de l'environnement peuvent se mettre en œuvre : le modèle curatif, qui est fondé sur l'hypothèse d'une capacité infinie de régénération de la nature et qui considère ainsi que l'atteinte n'est pas faite à la nature elle-même mais à la valeur actuelle d'une propriété (recours à la responsabilité civile) ; le modèle préventif, qui suppose

63 Voir *infra*.

64 J. DUBOIS, *op.cit.*, p. 42 ; CH. GOLLIER, *op.cit.*, p. 104 : « Le principe de précaution est un principe de comportement et de gestion face à un environnement incertain ». [...] « Pour gérer l'inconnu [l'incertain dont on a pris conscience], il faut le théoriser, trouver un modèle qui permette de le prendre en compte, tout en admettant qu'il restera dans le cadre de cette démarche, l'inconnu ».

65 J. DUBOIS, *op.cit.*, p.38. « La définition d'un nouveau type de risque [le risque incertain ou hypothétique] entraîne celle d'un principe acceptable pour le gérer. Le risque hypothétique appelle le principe de précaution. [...] On n'est plus face à un événement dont la possibilité peut être vérifiée, ni à un événement possible dont la probabilité de survenance peut être calculée mais devant un événement dont on doute qu'il soit possible. Si l'on admet que les nécessités de l'action - de la gestion politique du risque » doivent conduire à arrêter une attitude raisonnable dans cette situation d'incertitude, on doit admettre aussi que l'intelligence peut s'approprier l'incertitude ».

66 Toutefois, cette gestion particulière des risques véhiculée par le principe de précaution n'est pas pour autant un « mode d'emploi ». Comme le relève si justement Jean Dubois, « il est possible de construire un appareillage intellectuel qui s'applique à la gestion du risque hypothétique, mais il s'agit de règles de logique à appliquer à un raisonnement qui reste à inventer au cas par cas », *Ibidem*, p. 41.

67 Voir notamment Voir K. FOUCHER, *op.cit.* ; M. PAQUES, *op. cit.*, p. 7, qui réfute l'idée d'une séparation franche entre prévention et précaution : « De la certitude qui fonde la démarche de prévention à la précaution justifiée seulement par l'incertitude, il y a comme un *continuum*, la frontière n'étant pas toujours si claire en fait, même si les catégories apparaissent nettes en droit » ; M. DEGUERGUE, « Les avancées du principe de précaution en droit administratif français », *Revue Internationale de Droit Comparée*, Vol. 58, 2- 2006, pp. 621-641, I-B-1 : l'auteur estime que les obligations de la prévention sont renforcées par le principe de précaution.

68 Repris par François Ewald in F. EWALD, *Le principe de précaution, op.cit.*, pp. 28-29.

la conscience de la vulnérabilité de la nature et de l'irréversibilité des dommages et la connaissance du niveau d'atteinte (polices administratives spéciales concernant l'eau, les sols ou l'air) ; le modèle anticipatif ou de précaution, qui est aussi un modèle préventif mais qui prend en compte les failles de nos connaissances et par là l'incertitude. Le modèle de précaution n'est donc pas en tout point différent de celui de prévention. Il existe une certaine ressemblance entre ces deux modèles, dans la mesure où tout deux visent à agir sur l'origine ou les causes des risques contrairement au modèle curatif, qui entend soigner *a posteriori* les effets.

28.- Mais s'inscrivant au-delà de la prévention, le modèle de précaution est un modèle anticipatif. Il investit des domaines où les risques sont indéterminés, que cette indétermination porte sur leur existence ou sur les probabilités de leur occurrence. Emmanuelle Mignon, Commissaire du Gouvernement dans une affaire relative aux antennes relais, s'exprimait ainsi : « Vous ne pouviez rester indifférent à la gravité de certaines crises sanitaires récentes [...] qui ont mis en évidence une carence des autorités publiques, notamment dans l'expertise, au regard de cette exigence élémentaire de sauvegarde de la santé publique. C'est d'ailleurs à notre sens ce qu'apporte en plus le principe de précaution par rapport au simple principe de prévention ou de prudence, que de changer les comportements de l'administration face à l'analyse des risques en renforçant l'expertise, la transparence ou l'anticipation »⁶⁹. En somme, ce modèle anticipatif diffuse une gestion des risques conjecturaux. Pour autant, la plupart des auteurs ne considèrent pas que ce modèle vient se substituer aux autres mais qu'il s'y adjoint, venant ainsi compléter les différentes façons de gérer le risque⁷⁰.

69E. MIGNON, Conclusions sous Conseil d'État, 22 mai 2002, Société SFR, n°236223, cité par R. VANNEUVILLE et S. GANDREAU, Ministère de l'écologie et du développement durable, *Le principe de précaution saisi par le droit, Les enjeux sociopolitiques de la juridicisation du principe de précaution*, La Documentation Française, 2006, p.116.

70K. FOUCHER, *op.cit.*, p. 26s. Voir aussi notamment P. LASCOUMES, « La précaution comme anticipation des risques résiduels et hybridation de la responsabilité », *L'Année sociologique*, vol. 46, n°2, 1996, pp. 365-370 ; N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution, Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement* (thèse remaniée de doctorat de droit, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1998, préface de François Ost), Bruxelles, Buylant, 1999, pp. 45-48). Pour Karine Foucher, les modèles anticipatif et préventif ne sont pas exclusifs l'un de l'autre. Au contraire, le modèle anticipatif de précaution enrichit la prévention. En outre, « la mise en œuvre du principe de précaution ne requiert pas l'invention de nouveaux instruments juridiques, elle s'appuie au contraire sur l'arsenal existant de la prévention des risques ». L'auteure se réfère à Philippe Kourilsky (PH. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution, Rapport au Premier Ministre*, Od. Jacob, La Documentation Française, 2000, p. 18) : « Le principe de précaution consacre l'exigence sociale d'un renforcement de la prévention et d'une application inédite des instruments de la prévention à des risques potentiellement graves et irréversibles, mais dont les probabilités de réalisation sont faibles et mal connues ». Voir également M. DEGUERGUE, *op.cit.*, p. 166.

29.- En effet, un lien de filiation peut être observé entre la précaution et la prévention, toutes deux ambitionnant d'agir avant la réalisation du risque contrairement au modèle curatif qui opère sur ses effets⁷¹. Le paradigme de la précaution comblerait les lacunes de la prévention face aux risques générés par le progrès technologique et scientifique. La démarche préventive s'exerce face à des risques déterminés. Or, comme nous le soulignons plus haut, les risques inhérents au progrès ont cela de particulier qu'ils ne peuvent être exactement prévus à l'avance. Généralement, l'action préventive est déclenchée consécutivement à l'émergence et à la prise de conscience d'un problème donné. Le processus de décision pouvant s'avérer long, il peut en résulter une asymétrie temporelle entre le progrès scientifique et l'édition des mesures préventives nécessaires à la gestion des risques potentiels de ce dernier. Les mesures ainsi élaborées sont susceptibles d'anachronisme, la révélation des risques ne pouvant s'effectuer au même rythme que les avancées technologiques et scientifiques⁷². Cette « prise de conscience immanquablement différée [...] des grands problèmes (d'environnement) [...] fonde la légitimité du principe de précaution »⁷³. Le modèle anticipatif véhiculé par le principe de précaution se donne ainsi pour objectif de remédier à cette disjonction entre le temps de l'action décisive et le temps d'apparition des effets dommageables consubstantiels aux risques. Il précise un nouveau rapport au temps, une action qui s'inscrit contre le temps⁷⁴.

30.- En cela, la gestion des risques par la précaution se distingue aussi de la prévoyance⁷⁵, qui consiste, quant à elle, à constituer, face à des risques déjà connus donc prévisibles, un capital visant à en maîtriser les effets attendus. La prévoyance a donné naissance au système assurantiel sur lequel repose l'État providence⁷⁶. Cette distinction entre précaution et prévoyance s'explique par la mutation des cadres de l'action contre les risques. Les cadres de

71V. *infra* sur la distinction prévention/précaution (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1).

72Delphine Alles évoque « un décalage permanent entre le développement scientifique et l'élaboration de mesures adaptées à son contrôle social » (D. ALLES, *op.cit.*, pp.7-8).

73D. BOURG et J.-L. SCHLEGEL, *Parer aux risques de demain, Le principe de précaution*, Seuil, 2001, p. 117.

74François Ewald fait état de ce nouveau rapport au temps fondé sur l'anticipation en affirmant que « la démarche de précaution, avec la dimension d'incertitude qui l'accompagne, impose d'anticiper, de prendre les devants, d'aller au-devant du risque, de la menace avant qu'elle ne se réalise ». F. EWALD, *Le principe de précaution, op.cit.*, p. 29.

75Dans le même sens, Christian Gollier distingue le concept de prudence (proche de la prévoyance dans cet exemple) de celui d'aversion au risque (propre au principe de précaution). « Le premier porte sur les comportements d'accumulation de capital pour faire face à un risque, alors que le second est utile pour mesure ce que [l'on] est prêt à payer pour éliminer ce risque » (CH. GOLLIER *in* *Le principe de précaution, op.cit.*, p. 114).

76F. EWALD, *L'État-Providence*, Paris, Grasset, 1986 ; R. CASTEL, *op.cit.* ; J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, LGDJ, Coll. « Droit et société », Série politique 35, 3^{ème} édition, 2008 (notamment, pp. 23-24 : « L'avènement de l'État-providence a entraîné une spectaculaire transformation des fonctions de l'État, qui se sont développées en surface, par l'élargissement du domaine d'intervention, et en profondeur, par la fourniture directe de prestations au public »). Voir également *infra*.

l'action contre le risque ont évolué avec l'apparition et la prise de conscience de nouveaux risques, dont on ne peut prévoir exactement l'occurrence et/ou les conséquences. Ainsi, le principe de précaution apparaît comme une réponse au défi posé par la nécessité de gérer ces risques, mêmes s'ils sont incertains, dans la mesure où ils sont susceptibles de provoquer des dommages graves⁷⁷. C'est en parallèle de l'émergence d'un État qui a pu être qualifié de postmoderne que le principe de précaution s'est construit.

31.- L'idée d'un État postmoderne traduit les mutations actuelles de l'État engendrées par une crise globale des institutions et une rupture avec les valeurs issues de la modernité⁷⁸. L'État postmoderne est notamment caractérisé par « l'ébranlement du mythe du Progrès », « l'avenir [apparaissant] comme lourd d'incertitudes et de menaces potentielles, contre lesquelles il convient de se prémunir ([au moyen du] principe de précaution) »⁷⁹. A la fin du 20^{ème} siècle, le modèle du protectorat étatique s'est affaibli sous la pression de facteurs externes (la mondialisation) et internes (la mise en question du rapport État/société) pour donner naissance à un État reconfiguré, au sein duquel la fonction essentielle de maintien de l'ordre revêt une signification extensible fondée sur l'idée de protection des individus contre la prodigalité des risques de toute nature⁸⁰. Dans ce contexte, le principe de précaution vient apporter une réponse à la nécessité de gestion des risques incertains. Aujourd'hui, par exemple, il est régulièrement invoqué dans le domaine de la santé et la notion de précaution appliquée au service public hospitalier. Dans le même sens, l'idée qu'il soit intégré au service public en général est exprimée au début du 21^{ème} siècle⁸¹.

⁷⁷Selon K. Von Moltke, « La précaution se distingue de la protection contre les dangers. La différence principale est dans l'identification du risque. Les pouvoirs publics ont évidemment à protéger contre les risques identifiables. La question est de savoir jusqu'où ils peuvent agir contre des risques qui ne sont pas encore identifiés, ou même en l'absence de risque ». (K. VON MOLTKE, *The Vorsorgeprinzip in West German Environmental Policy*, Institute for European Environmental Policy, février 1987, p. 11, cité in F. EWALD, *Le principe de précaution*, *op.cit.*, p. 7). En outre, les cadres actuels de l'action sont caractérisés par deux paramètres de notre modernité dont « ces deux éléments majeurs que sont le risque et l'incertitude » selon Denis Grison. D. GRISON, *Le principe de précaution, un principe d'action*, *op.cit.*, p. 11.

⁷⁸J. CHEVALLIER, *op.cit.*, p. 13. L'auteur souligne les « transformations que connaît actuellement l'État [...] qui renvoient à une crise [...] générale dans les sociétés occidentales des institutions et des valeurs de la modernité ». *Ibid.*, p. 16 où l'auteur précise que « ces aspects [tendent] à montrer que les sociétés occidentales sont entrées dans une ère nouvelle ».

⁷⁹*Ibid.*, p. 14. L'auteur précise encore que « La société contemporaine serait ainsi caractérisée par la complexité, le désordre, l'incertitude : de nouvelles figures, telles que celles du « rhizome » (Voir G. DELEUZE, F. GUATTARI, *Rhizome*, Paris, Éditions de minuit, 1976), du « labyrinthe » (J. ATTALI, *Traité du labyrinthe*, Paris, Fayard, 1996) ou du « réseau » [...] sont avancées pour rendre compte d'une organisation sociale ayant quitté les chemins bien balisés de la simplicité, de l'ordre, de la cohérence » (p. 15).

⁸⁰*Ibid.*, p.55. Jacques Chevallier met en avant « l'idée de protection des individus contre les risques de toute nature auxquels ils se trouvent exposés »

⁸¹Voit notamment M. PIQUEMAL, « Renouveau du service public ? » in J.-C. BOUAL et PH. BRACHET (dir.), *op.cit.*, pp. 10-11, à propos de la définition des services d'intérêt économique général au sein de l'Europe. Le service public poursuivant l'intérêt général, il est nécessaire que « des précautions préalables » à tout acte soient prises

32.- Ainsi, le principe de précaution est éminemment politique⁸² en ce qu'il est un « principe de gouvernement »⁸³. « Apparu au début des années 1970, afin de mettre l'environnement au centre des politiques publiques, [ce principe] en vient à devenir synonyme de politique de sécurité, quel qu'en soit l'objet. Il s'installe [peu à peu] une sorte d'équation : sécurité = précaution »⁸⁴.

33.- Cette gestion publique des risques sous le paradigme de la précaution repose sur une identification préalable des risques qui seront traités.

• Une désignation politique de l'acceptable par le principe de précaution

34.- La gestion des risques guidée par la précaution introduit le critère de l'acceptabilité⁸⁵ ainsi que le relève la communication de la Commission européenne de 2000 en affirmant que « *le choix de la réponse à donner face à une certaine situation résulte [...] d'une décision éminemment politique, fonction du niveau de risque « acceptable » par la société devant supporter le risque* »⁸⁶.

afin de limiter les préjudices possibles pour les usagers. Rappelons que l'intégration de la notion de précaution dans l'exercice des missions de service public ne s'accompagne pas nécessairement d'une pénalisation des fonctionnaires (Voir notamment R. DE CASTELNAU, « Service public et responsabilité personnelle » in J.-C. BOUAL et Ph. BRACHET (dir.), *op.cit.*, pp. 21-25) qui avant la loi de 2000 a pu être jugée excessive (Voir sur ce point le Rapport sur la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non-intentionnels, Rapport n° 177 de M. Pierre Fauchon, fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale). L'insertion d'un principe de précaution dans le service public ne doit pas pour autant rendre les agents publics comptables de tous les risques incertains et de tous les dommages pouvant en résulter si le lien de causalité est trop lointain voire incertain entre leurs actes et la survenance du dommage.

82Certains vont jusqu'à affirmer une conception uniquement politique du principe de précaution. V. notamment Laurent Touvet, Commissaire de Gouvernement, considérant que « les principes posés aux articles L. 200-1 et L. 200-2 [du rural, dont le principe de précaution] n'ont aucune valeur normative puisque ces deux articles renvoient à d'autres lois le soin de les mettre en musique [...] » et donc que le principe de précaution n'est que politique à ce stade (L. TOUVET sous CE 14 avril 1999, « Commune de la Petite Marche et autres » (non publiées), cité par R. VANNEUVILLE, S. GANDREAU, *op.cit.*, p. 115).

83F. EWALD, *Le principe de précaution*, *op.cit.*, p. 38. L'auteur affirme que le principe de précaution est un « principe de gestion anticipée dans le cadre d'une nouvelle philosophie du développement », témoignant de la volonté de faire face aux effets incontrôlables de la société du risque.

84F. EWALD, Ch. GOLLIER, N. DE SAADELER, *op.cit.*, p. 3.

85Christian Gollier précise qu'« un niveau de risque devrait être considéré comme acceptable que si tous les efforts pour le réduire ont un coût qui excède son bénéfice. En d'autres termes, réduire un niveau de risque acceptable conduirait à une perte de bien-être à cause de l'importance des sacrifices que cette réduction demanderait » (*Ibid.*, p.105).

86Communication de la Commission du 2 février 2000 sur le recours au principe de précaution.

35.- En effet, le caractère politique de la philosophie induite par le principe de précaution s'observe également dans le choix des problèmes qui sont identifiés comme nécessitant une approche de précaution. Ce choix s'opère selon des valeurs soumises à une hiérarchisation⁸⁷, en fonction des risques que la société est encline à accepter et ceux qu'elle n'est pas capable, émotionnellement, d'encourir. La décision politique sous le paradigme de la précaution repose donc sur deux critères, l'incertitude d'abord, mais aussi la tolérance à l'égard la du risque.

36.- Le croisement de ces considérations avec l'affaiblissement du seuil de tolérance de la société au risque⁸⁸ rend susceptible l'application de la notion de précaution à toute matière. Cette voie a été partiellement ouverte par le Tribunal de première instance des Communautés européennes, qui, en 2002 estime que, bien qu'il soit uniquement mentionné dans le Traité en relation avec la politique de l'environnement, « le principe de précaution a [...] un champ d'application plus vaste. Il a vocation à s'appliquer, en vue d'assurer un niveau de protection élevé de la santé, de la sécurité des consommateurs et de l'environnement, dans l'ensemble des domaines d'action de la Communauté »⁸⁹. Ceux qui invoquent une application du principe de précaution généralisée à tout domaine, notamment à la justice pénale, semblent se saisir de cette brèche. Si aucune disposition ne prévoit explicitement l'application du principe de précaution à tel ou tel domaine, la valeur normative⁹⁰ ou de standard⁹¹ de ce dernier permet sa diffusion. « En effet, indépendamment des règles [...], des procédures [prévues pour la mise en œuvre du principe de précaution], on est conduit, en raison même de la nouveauté apparente du principe comme des caractéristiques des situations où on l'invoque [en matière de justice pénale : l'incertitude concernant la dangerosité⁹² et le possible passage à l'acte d'un

87La valeur de la vie humaine semble emporter unanimement une supériorité sur toutes les autres valeurs. Ainsi, en matière de justice pénale, se poserait la question de savoir quelle valeur doit primer entre la vie d'une victime potentielle et la vie d'un criminel potentiel (plus exactement sa liberté, sa dignité, son insertion etc.). Et il apparaît clairement que c'est la première qui l'emporte sous le prisme de la précaution. (Voir *infra* sur l'analyse coût/bénéfice d'une attitude de précaution en matière pénale).

88Voir *supra*.

89TPICE, 26 novembre 2002, Artegoda, T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T.85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, *Rec.* 4945, pt 183.

90Nous nous référons ici à la définition générale qui est donnée de la norme par le Petit Robert : « un canon, un idéal, une loi, un modèle, un principe, une règle » (*Le Petit Robert 2010*) et à la définition juridique fournie par Cornu : « terme scientifique employé parfois dans une acception générale comme équivalent de règle de droit (proposition abstraite et générale) qui évoque non pas l'idée de normalité (par exemple en biologie), ni celle de rationalité, ou de type convenu (standardisation), mais spécifiquement la valeur obligatoire attachée à une règle de conduite, et qui offre l'avantage de viser d'une manière générale toutes les règles présentant ce caractère quelle que soit sa source (loi, traité, droit naturel) ou l'objet (règle de conflit, droit substantiel) » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^{ème} édition, 2007).

91Voir notamment en ce sens, P. LASCOUMES, « La précaution, un nouveau standard de jugement », *Esprit*, novembre 1999, pp. 129-140.

92Voir *supra* sur la notion de dangerosité (Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2).

individu et la gravité voire l'irréversibilité des dommages que ce passage à l'acte occasionnerait], à donner au principe de précaution le sens d'une nouvelle attitude vis-à-vis du risque et de l'incertitude »⁹³. La gouvernance guidée par cette attitude de précaution, découlant de la juridicisation du principe de précaution, invite dès lors à envisager toutes sortes de situations incertaines et à être capable de prévenir même l'imprévisible dès lors qu'il existe une probabilité de dommage d'une certaine ampleur⁹⁴ ou de dommages intolérables par le corps social.

37.- En matière pénale, ce mode nouveau de gestion publique des risques consisterait en une politique criminelle qui entend contrôler les risques incertains et imprévisibles susceptibles de causer des dommages irréversibles, soit en particulier des atteintes de nature criminelle. Aux fonctions classiques de la loi pénale⁹⁵, s'ajouterait une fonction « précautionniste » tendant à éradiquer les risques de criminalité même incertains. Toute absence de certitude quant à l'impossibilité de passage à l'acte criminel ferait l'objet d'une gestion de précaution. Tout défaut d'assurance quant à l'innocuité d'une situation légitimerait l'usage de la précaution en matière pénale comme en matière de protection de la santé et de l'environnement.

38.- Les choix opérés sous le paradigme de la précaution pour distinguer l'acceptable de l'inacceptable seraient alors susceptibles d'être guidés par les biais de certitude et d'immédiateté décrits en économie comportementale et à l'œuvre dans tout choix où intervient le principe de précaution.

39.- Le biais de certitude signifie que l'individu se situe contre le risque lorsqu'il s'agit de gagner tandis qu'il se positionne pour lorsqu'il s'agit d'éviter une perte. Et dans cette seconde situation, il préfère éviter la perte certaine dans l'hypothèse où il doit choisir entre éviter une

93F. EWALD, *Le principe de précaution, op.cit.*, p. 27.

94M. DEGUERGUE, *op.cit.*, p. 153. Selon l'auteur, « Il semble que la caractéristique du principe de précaution réside moins dans sa modernité que dans son aptitude à l'hégémonie, en tant que nouveau « paradigme » » ; H. CURIEN, « Science et connaissance des risques », *Risques. Les Cahiers de l'assurance*, n°44, Paris, octobre-décembre 2000. Cité par F. EWALD, *op.cit.*, p. 36. « « d'être en mesure de prévenir [tout] événement qui n'est pas prévisible, mais dont on ne peut pas dire qu'il n'aura pas lieu » » ; N. DE SADELEER, « Les avatars du principe de précaution en droit public : effet de mode ou révolution silencieuse ? », *RFDA*, 2001, p.548 : l'auteur évoque un « véritable changement paradigmatique dans la conduite des affaires publiques ».

95Voir notamment CH. LAZERGES, *La politique criminelle*, PUF, Coll. « Que sais-je ? », n° 2356, 1987 et CH. LAZERGES, *Introduction à la politique criminelle*, L'Harmattan, 2^{ème} édition, 2001. Et voir *supra*.

perte certaine et éviter une perte incertaine équivalente⁹⁶. Dans le domaine de la lutte contre la criminalité, ce biais pourrait signifier que pour sauver la vie d'une victime dont l'innocence est certaine, l'on serait prêt à courir le risque d'attenter à la vie d'un autre être humain (perte de valeur équivalente), dont l'absence de dangerosité n'est pas certaine et dont les potentialités d'insertion sociale ne peuvent être démontrées *a priori* avec exactitude⁹⁷.

40.- S'agissant du biais d'immédiateté, celui-ci traduit l'idée que les individus accordent plus d'importance à une perte immédiate qu'à une perte future. Aussi, en matière de lutte contre la délinquance, ce biais d'immédiateté nous conduirait à attribuer à la perte immédiate d'une victime un intérêt supérieur à la perte à venir de l'humanité, du moins de la possibilité de réintégration sociale des délinquants⁹⁸.

41.- Dans toute matière, s'il est appliqué, le principe de précaution invite, après avoir désigné l'intolérable, à l'action face à l'incertitude, plutôt qu'à l'attente d'un approfondissement des connaissances avant de mettre en œuvre des mesures permettant d'éviter des dommages irréparables.

96M. PÂQUES, « La précaution en droit administratif », *Electronic journal of comparative law*, vol. 11.3 (décembre 2007), <http://www.ejcl.org/113/article113-29.pdf>, pp.5-6. Mais l'auteur précise que c'est le rôle du principe de précaution que de « contrarier le biais de certitude et le biais d'immédiateté », qu'ainsi « les choix politiques seront plus favorables à la régulation du risque incertain et le public admettra mieux que l'on se préoccupe du risque éloigné ».

97En matière d'environnement, « dans les choix politiques ont intervient le principe de précaution, les préoccupations relatives à des pertes environnementales ou de santé tendent à être moins sûres tandis que les préoccupations relatives aux pertes de bien-être économique tendent à être plus sûres. En conséquences et sans surprise, on peut prédire que les décideurs vont choisir d'éviter la perte certaine (de bien-être économique) plutôt que la perte incertaine (de bien-être environnemental et de santé). *Ibid*, p. 5. ; A. Garapon sur les critères de l'efficacité, du mesurable, du chiffrable, du comptable (A. GARAPON, *op.cit.*) ; Voir *supra*.

98Ainsi, s'agissant de la santé et de la protection de l'environnement, « la perte environnementale ou de santé est perçue comme moins immédiate que la perte économique et l'on peut prédire que le décideur politique choisit d'éviter la perte immédiate », *Idem*.

II. Un principe d'action universaliste⁹⁹

42.- Les définitions retenues du principe de précaution en font indéniablement un principe d'action. Malgré les diatribes soutenant que le principe de précaution s'avère un frein au progrès¹⁰⁰, il ressort des définitions adoptées que la mise en œuvre du principe encourage au contraire l'action, que ce soit par la prescription de prendre des mesures nécessaires ou par la nécessité sous-jacente de procéder à des évaluations régulières du risque¹⁰¹. Michel Prieur écrit qu'« en réalité, le champ d'application du principe de précaution s'avérera très limité. Il est inversement proportionnel au savoir scientifique qui est en progrès constant. C'est en cela que le principe de précaution constitue un formidable encouragement au développement de la recherche scientifique, car il doit conduire à faire des recherches approfondies dans les secteurs d'incertitude scientifique pour lever ces incertitudes »¹⁰². C'est pourquoi ce principe est souvent présenté comme renfermant une « éthique d'action »¹⁰³.

99Concernant la définition de l'action : Denis Grison se réfère à la définition donnée par Éric Blondel : « l'action consiste dans le fait de « prendre l'initiative d'une série de comportements volontaires destinés à transformer la situation, [...], les circonstances, tout ce qui se tient autour du sujet et, à la limite, le monde environnant » (E. BLONDEL, *Le problème moral*, PUF, 2000, p. 12, cité par Denis Grison in D. GRISON, *Le principe de précaution, un principe d'action*, *op.cit.*, p. 39) ; Aussi, Denis Grison souligne que « l'action apparaît comme le lieu magique où la liberté peut venir rejoindre la nécessité. [...] Le point précis de cette conjonction est celui de l'initiative [...]. En définitive, l'action apparaîtra comme le lieu privilégié de la création ». L'action se distingue de la rêverie du fait de son « effectivité » (« la rêverie laisse le monde extérieur inchangé, elle laisse autrui et [soi-même] inchangé ») ; l'intentionnalité de l'action marque la différence entre « action » et « événement » (« événements qui arrivent » : exemple des « phénomènes naturels spectaculaires et parfois dévastateurs » et « d'autres que des hommes « font arriver » comme une attaque militaire » ; l'événement arrive, il prend une forme passive, contrairement à ce que l'on fait, qui prend une forme active). *Ibid.*, pp.39-4).

100Voir François Ewald sur les critiques émanant du monde industriel, F. EWALD, *op.cit.*. Sur celles provenant du milieu médical : O. GODARD, *op.cit.*, p. 90 ; Bernard Verrier, s'inquiétant de la venue du principe de précaution dans la fonction publique hospitalière écrit : « au bout du compte, le risque majeur n'est-il pas, au nom de son application, de paralyser la prise de décision, », B. VERRIER in J.-C. BOUAL et PH. BRACHET, *op.cit.*, pp. 18-19. Sur les craintes médicales, de l'Académie des sciences et l'Académie de médecine : D. GRISON, *op.cit.*, p. 28 : il s'agit principalement de la crainte que le principe de précaution conduise à renoncer à toute mesure dès lors qu'il est possible que cette dernière ait un effet négatif. Sur les possibles effets pervers du principe de précaution : voir Philippe Brachet qui donne l'exemple de l'interdiction en octobre 2000 des farines animales et interroge à propos de l'accumulation subséquente des stocks « Comment s'en débarrasser ? ». Selon l'auteur, le principe de précaution est « inflationniste par nature s'il n'est pas équilibré par d'autres, car si « deux précautions valent mieux qu'une », trois précautions valent mieux que deux, etc. Cela paralyse l'action sous prétexte d'éviter les risques (in J.-C. BOUAL et PH. BRACHET, *op.cit.*, pp. 13-14). A propos des contestations et des craintes formulées par les décideurs : voir la Déclaration du 13 janvier 2004 du MEDEF (« l'inscription du principe de précaution dans la Constitution paraît très dangereuse [...] L'application juridique et judiciaire de ce principe peut pousser à ne plus faire un certain nombre de recherche en France », p. 29) ; D. GRISON, *op.cit.* Voir aussi Denis Grison sur l'argument du « blocage de l'initiative et de l'innovation » et de l'« obstacle au progrès ». *Ibid.*, pp. 33-36.

101M. PRIEUR, *op.cit.*

102M. PRIEUR, *op.cit.*

103M.-C. BOEHLER, « Le principe de précaution pour une responsabilisation dans la prise de risque. L'exemple de la gestion du risque radiologique », in M. TUBIANA, C. VROUSOS, C. CARDE, J-P PAGÈS (Eds.), *Risque et société. Actes du Colloque Risque et Société réalisé sous l'égide de l'Académie des sciences dans le cadre du centenaire de la découverte de la radioactivité (18-20 novembre 1998 Paris)*, Éditions Nucléon, 1999, pp. 284-285 cité par K. FOUCHER, *op.cit.*, p. 11.

L'introduction du concept de précaution dans la loi « relève d'un débat d'ordre éthique et de choix de société »¹⁰⁴.

43.- En effet, les détracteurs du principe de précaution soutiennent que ce dernier se situe à l'encontre de l'action, celle-ci comprenant inexorablement une prise de risque. Sur ce motif, des propositions de lois ont récemment été déposées visant à dé-constitutionnaliser le principe de précaution¹⁰⁵. Or, s'il peut, dans certains cas, être le vecteur d'une prise de décision allant dans le sens d'un ralentissement, du moins, d'un contrôle du progrès, le principe de précaution n'en est pas moins un principe d'action. D'ailleurs, selon le Conseil d'État, « le principe de précaution, pour être viable, doit être compris et appliqué de façon raisonnable et réaliste, et conçu comme un principe d'action plus que d'abstention ou d'inaction »¹⁰⁶. Seulement, il révèle et relève d'une autre conception de l'action, celle de « l'action bien comprise »¹⁰⁷, bien éloignée de l'action inéluctablement risquée.

44.- En effet, la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, dite loi Barnier, définit le principe de précaution comme le principe selon lequel « *l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement, à un coût économiquement acceptable* ». Intrinsèquement, cette définition coupe court aux critiques consistant à affirmer que le principe de précaution prône l'abstention et aux supputations d'un

104D. DE POMPIGNAN, « Loi régissant les usages pacifiques de l'énergie nucléaire, Concepts clés », *Bulletin de l'énergie nucléaire* n°76, disponible sur <http://www.oecd-nea.org/law/nlbf/nlb-76/047-064.pdf> (à propos de l'introduction de concepts dans la loi relative à l'énergie nucléaire). L'auteur relève que « la décision d'insérer tel ou tel concept dans une loi atomique relève d'un débat d'ordre éthique et d'un choix de société, compte tenu de la nature des risques associés à l'énergie nucléaire et des conséquences dans le long terme d'un choix fait aujourd'hui en termes de priorité ou de transcription juridique de ces priorités »(p.16). Elle prend pour exemple la réglementation relative à la gestion des déchets radioactifs. Au-delà de la technicité des procédures d'autorisation, de contrôle et de surveillance relatives aux lieux de stockage de ces déchets, la gestion de ce type de déchets trouve son fil directeur dans la traduction par le législateur d'une éthique fondée autour de valeurs emportant l'adhésion sociale.

105Proposition de loi constitutionnelle visant à ôter au principe de précaution sa portée constitutionnelle, enregistrée à la présidence de l'Assemblée, le 10 juillet 2013. Selon l'exposé des motifs de cette proposition de loi, le principe de précaution « peut conduire à un blocage réel des activités des entreprises souvent par la délocalisation ou l'arrêt de nombreux programmes de recherche ». Voir également la proposition de loi constitutionnelle visant à retirer le principe de précaution du bloc de constitutionnalité, enregistrée à la présidence de l'Assemblée, le 13 juin 2014, dont l'exposé des motifs affirme que « Le principe de précaution s'est transformé au fil du temps en principe d'inaction ».

106CE, Rapport public 2005, *Considérations générales : Responsabilité et socialisation du risque*, Paris, La Documentation française, 2005, p. 338.

107Expression de Denis Grison, D. GRISON, *op.cit.*, p. 13. L'auteur précise encore que « le principe de précaution est tout entiers un appel à l'action », à l' « action véritable », à l' « action bien comprise » (lorsqu'on l'envisage « lestée » du poids d'une existence humaine, enracinée dans notre vie, étroitement liée à notre responsabilité ».)

arrêt du progrès provoqué par le développement de ce principe¹⁰⁸. Le principe de précaution consiste au contraire, pour les autorités, en une obligation d'action, qui certes, peut être regardée comme pouvant entraver des développements techniques considérés comme étant porteurs de risques potentiels pour l'environnement, mais qui est pondérée par une double exigence de proportionnalité. Les mesures doivent être « *proportionnées* » et présenter un « *coût économiquement acceptable* ». Ainsi, le législateur français n'a pas souhaité attribuer au principe de précaution des dispositions excessives qui auraient eu pour conséquence une obligation d'abstention dès lors qu'il existe une situation d'incertitude¹⁰⁹.

45.- En outre, le principe de précaution encourage activement l'évaluation régulière des risques. La logique renfermée dans ce principe repose sur l'idée qu'il faut intervenir très en amont de la réalisation possible du risque afin d'éviter au mieux qu'un important dommage en résulte. Dans cet objectif, le principe de précaution commande que la potentialité du risque soit évaluée¹¹⁰. Le principe de précaution repose donc sur une évaluation sans cesse renouvelée du risque¹¹¹. En 1998, le Conseil d'État précisait que « le décideur public ou privé [...] doit en outre apporter la preuve, compte tenu de l'état actuel de la science, de l'absence de risque »¹¹². Ainsi, le principe de précaution est à la fois un principe directeur relatif aux

108 Sur ce point, voir notamment l'édito du Recueil Dalloz du 29 avril 2010, F. ROME, « Haro sur le principe de précaution ! », *Recueil Dalloz* 2010 n°17/7422e, 1009.

109 Olivier Godard, écrit : « En se référant à la proportionnalité et à l'acceptabilité des coûts engagés, ce texte [la loi Barnier] confirmait à l'envie que le législateur français entendait ne pas confondre le principe de précaution avec un principe de surenchère précautionneuse conduisant soit à engager des moyens considérables pour neutraliser un risque dont la réalité n'était pas établie soit à renoncer systématiquement à un développement technique ou à un nouveau produit dès lors qu'un doute serait émis quant à de possibles conséquences pour l'environnement ». O. GODARD, « Le principe de précaution en France : un essai à transformer » in J. GUÉGUINOU, J. QUIN (dir.), *La politique et la gestion des risques, Vues françaises et vues britanniques*, Actes du Colloque du Conseil franco-britannique, avec la collaboration de l'IDDRI, L'Harmattan, 2008, p. 88s.

110 Et l'article 5 de la Charte de l'environnement de décomposer le principe de précaution en , d'une part, « mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques », d'autre part, « l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ». V. sur ce point, N. KOSCIUSCO-MORIZET, « Le principe de précaution et la Constitution française » in J. GUÉGUINOU, J. QUIN (dir.), *op.cit.*, p. 77.

111 Pour rendre possible cette réévaluation régulière du risque, Christian Gollier propose d'introduire dans les démarches de précaution le « concept de valeur d'option » développé par Henry (1974) et Arrow et Fischer (Ch. GOLLIER, *op.cit.*, p. 119s : « Quand nos connaissances du risque sont susceptibles de changer à travers le temps, notre capacité à s'adapter à ces nouvelles situations peut avoir une valeur importante. En conséquence toute action immédiate qui réduit cette capacité d'adaptation future doit être pénalisée »). L'auteur illustre cette méthode avec la problématique des OGM. « On considère que l'introduction de plantes génétiquement modifiées constitue une décision irréversible. Il serait en effet extrêmement difficile de revenir en arrière, étant donné la dissémination rapide des graines dans la nature. Cela implique que la décision d'introduire un OGM aujourd'hui réduit les degrés de liberté d'action pour l'avenir. En particulier, il sera impossible de revenir à une nature sans OGM dans le cas de figure où l'on apprenait les conséquences dramatiques d'une telle décision. [...] Supposons qu'[entre temps] [...], des progrès scientifiques peuvent être faits. Si l'organisme génétiquement modifié [a déjà été] introduit [...], l'information ainsi acquise est sans valeur, puisqu'elle ne pourra pas être utilisée pour s'adapter ».

112 Conseil d'État, « Réflexion du Conseil d'État sur le droit à la santé », Rapport public, cf. Études et documents n°49, la Documentation française, 1998.

conduites à adopter en situation d'incertitudes mais il invite aussi, voire contraint, à une évaluation sans cesse renouvelée du risque pour que les mesures soient toujours en adéquation avec les données ainsi recueillies. La gestion de précaution des risques met en œuvre une méthodologie rigoureuse comprenant successivement une phase d'analyse du risque, une phase d'évaluation et une phase de décision¹¹³.

46.- Ainsi que le rappelle le Conseil d'État dans l'arrêt de 2010 sur l'encéphalopathie spongiforme bovine (ESB), en cas d'édiction de mesures par la Commission européenne, des mesures supplémentaires ne peuvent être prises au seul nom de la précaution, en l'absence d'éléments nouveaux permettant de conclure à leur nécessité¹¹⁴. Déjà, en 1986, la chambre sociale de la Cour de cassation, dans une affaire très différente, avait affirmé que l'on ne peut prendre en considération des risques hypothétiques que lorsque l'on a de sérieuses raisons de croire que la réalisation de ces risques est plausible¹¹⁵. Ainsi, « la prise en compte de systèmes hypothétiques » suppose d'être « ramenée au réel et au possible »¹¹⁶. Pour être mis en application, le principe de précaution nécessite l'existence d'un faisceau d'indices permettant de croire à l'existence d'un risque¹¹⁷.

47.- D'un point de vue philosophique, le principe de précaution trouve une source dans le « principe d'incertitude » développé par Heisenberg¹¹⁸. De manière plus générale, il émerge avec la prise de conscience des failles de la science. La croyance en la science et le progrès s'est trouvée ébranlée par la survenue de scandales sanitaires. L'insertion de « l'aléatoire dans le droit »¹¹⁹ par l'adhésion à un principe de précaution conduit à prendre en considération les hypothèses de risques que peut engendrer le progrès.

113M. PÂQUES, *op. cit.*, p. 13 qui se réfère (pour le droit français) au rapport de M. DEGUERGUE, *op. cit.*, (II) et à la Communication du 2 février 2000 de la commission européenne, *op. cit.*

114Voir les quatre arrêts du Conseil d'État rendus le 5 juillet 2010 : Conseil d'État, 3^{ème} et 8^{ème} sous-sections réunies, 05/07/2010, n°309632 ; Conseil d'État, 3^{ème} et 8^{ème} sous-sections réunies, 05/07/2010, n°309635, Inédit au recueil Lebon ; Conseil d'État, 3^{ème} et 8^{ème} sous-sections réunies, 05/07/2010, n°309633, Inédit au *Recueil Lebon* ; Conseil d'État, 3^{ème} et 8^{ème} sous-sections réunies, 05/07/2010, n°309634, Inédit au *Recueil Lebon*. Voir notamment sur ces arrêts, A. GOSSEMENT, « Principe de précaution : le Conseil d'État condamne l'État dans l'affaire du « ris de veau » », disponible sur le site suivant : www.arnaudgossement.com.

115Cass. Soc. 11 décembre 1986, D 87.I.R.4.

116J. DUBOIS, *op. cit.*, pp. 43-44. Il faut ramener au réel la prise en compte de systèmes hypothétiques : « cela signifie que l'on ne doit considérer que les hypothèses que l'on a de sérieuses raisons de croire » et ramener au possible la réaction mise en œuvre (ce qui n'aurait pas été le cas, par exemple, d'un arrêt de consommation de bovins au moment où le mécanisme d'infection par l'ESB n'avait pas encore été élucidé par la science).

117Voir *supra* note de bas de page 31.

118W. HEISENBERG, *Les principes physiques de la théorie des quanta*, Gauthier-Villars, 1932. Réédition par Jacques Gabay, 1989.

119Expression de J.-P. COLSON, J.-P. SCHAPIRA, « La gestion des déchets radioactifs et la nécessité d'une loi nucléaire en France », *Revue juridique de l'environnement*, n°3/1996, pp. 247-260.

48.- Tel qu'il a été consacré, le principe de précaution s'affranchit ainsi du fatalisme¹²⁰ consistant à considérer les risques inhérents au progrès comme inexorables. En tant que principe d'action, il marque le refus de subir, dans la passivité, ces risques. Il est à la fois signe d'une prise de conscience de l'existence des risques et prescripteur d'un comportement dynamique visant à prévenir ces derniers.

49.- En matière pénale, l'incertitude peut être caractérisée par l'impossibilité de détermination exacte et parfaite de la survenance du risque délinquant. La singularité de ce risque se manifeste, d'une part, par la causalité de multiples facteurs de passage à l'acte¹²¹, et d'autre part, par la particularité de l' me humaine dont beaucoup d'aspects demeurent imperceptibles ou partiellement compréhensibles par la science¹²². Dès lors, le principe de précaution, préconisant l'action dans les situations d'incertitude, pourrait trouver à s'y appliquer. S'il était consacré à cette matière, il induirait notamment un devoir, pour les autorités publiques concernées, de mener une politique d'action, même en cas d'incertitude sur la commission d'infractions, ce qui rendrait difficile sa conjugaison avec l'esprit du droit pénal dont l'objectif est de sanctionner des faits réalisés et contrevenant à la loi. Le défaut de consécration n'a pas empêché que le principe de précaution soit régulièrement invoqué à l'occasion de faits divers¹²³. Ces invocations répétées entendraient que l'extension de ce principe à la justice pénale découle de l'évidence, sans qu'une législation prévoyant expressément cette application soit nécessaire.

50.- En effet, l'esprit même du principe de précaution, qui invite à modifier la philosophie de nos comportements face au risque, commanderait d'agir en toute situation d'incertitude et non plus uniquement dans les domaines visés par les textes le consacrant. Ainsi, s'il est une philosophie de précaution, le principe de précaution s'avère une norme indépendamment des domaines particuliers dans lequel il a été juridicisé¹²⁴. Il invite à envisager son instillation dans

120Rapport du Conseil d'État de 2005 qui commence par : « Notre société refuse la fatalité. Elle se caractérise par une exigence croissante de sécurité. Cette exigence engendre la conviction que tout risque doit être couvert », y compris les risques incertains. CE, Rapport public 2005, *Considérations générales : Responsabilité et socialisation du risque*, Paris, La Documentation française, 2005.

121Se référer aux manuels de criminologie sur les explications de la délinquance données par les différentes écoles de pensée. Voir entre autres, R. GASSIN, *Criminologie*, Dalloz, Précis, 6^{ème} édition, 2007 ; M. CUSSON, *La criminologie*, Hachette Supérieur, Coll. « Les fondamentaux », 4^{ème} édition, 2005. Voir également les manuels de droit pénal général : entre autres, B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, Précis, 21^{ème} édition, 2009, p. 12s., n°15 et 16.

122Sur les difficultés à définir la dangerosité d'un individu, voir *infra* (Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1).

123Voir *supra*.

124Dans les domaines de l'environnement et de la santé, voir *supra*.

toutes les matières où peut naître de l'incertitude. D'ailleurs, « le propre d'un principe juridique est de ne pas faire l'objet d'une définition trop précise pour pouvoir s'adapter aux situations hétérogènes : sa signification et sa portée [sont] alors précisées au fur et à mesure de son application »¹²⁵.

51.- Expurgé des précisions quant aux domaines de son application, le principe de précaution devient un principe général de conduite humaine et constitue la ligne de mire de toute action dans un monde incertain. C'est en tant que tel que le recours à son utilisation face au risque délinquant est appelé par le politique, mais aussi parfois réclamé par l'opinion publique. Dans les consciences, le principe de précaution s'est émancipé des limites posées par la loi à son application.

52.- Ainsi, le terme « principe de précaution » est aujourd'hui largement employé hors de son cadre juridique. Si, parfois, l'usage de l'expression recèle l'effet d'une mode¹²⁶ et n'est justifié que par la référence à une incertitude¹²⁷, il est souvent révélateur de l'adhésion à une certaine politique, celle-là même que préconise le principe.

53.- Dans ce cas, il est invoqué pour légitimer une action précautionneuse, c'est-à-dire une action à laquelle est associée la précaution. Mais la précaution découlant du principe de précaution ne doit pas être regardée comme étant externe à l'action. « Elle n'est pas une qualité ajoutée depuis l'extérieur de l'action, elle est interne à celle-ci, elle se révèle comme une exigence de l'action bien comprise »¹²⁸. Ainsi, sous le paradigme de la précaution, l'action est normative dans la mesure où elle comprend en elle-même l'exigence de précaution¹²⁹ et elle témoigne de sa richesse en s'orientant vers sa finalité propre tout en visant des finalités

125N. DE SADELEER, *Les principes pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, Coll. « Université francophone », 1999, p. 190, cité par K. FOUCHER, *op.cit.*, p. 12.

126Dans *Le Monde* du 8 février 2000, un article porte le titre « Chirac-Jospin, ou le principe de précaution », exemple donné par D. GRISON, *op.cit.*, p. 9.

127Dans l'exemple donné ci-dessus de l'article du monde, il est en effet fait référence aux incertitudes de la conjoncture relativement au retard avec lequel les candidats sont « entrés en campagne présidentielles »).

128D. GRISON, *op.cit.*, p. 48.

129*Ibidem*. Denis Grison fournit un exemple sur l'« existence de normes et de valeurs internes aux pratiques » et à chaque action, celui de deux jardiniers : même s'ils ne s'y prennent pas de la même manière, ils obéissent aux mêmes normes. Ainsi, pour Denis Grison, « ce qui permet de rendre compte de la manière la plus juste la portée éthique d'une pratique, c'est plutôt de regarder du côté de ses finalités, des biens qu'elle vise, des normes qui la guident. Le « bien » [de toutes les pratiques], c'est quelque chose d'interne à elles et qui se laisse découvrir au cœur même de la pratique »

supérieures¹³⁰. Elle s'inscrit dans une autre dimension que le progrès incontrôlé qui, quant à lui, illustre une action dont la finalité est précise et immédiate et non tournée vers le futur et la globalité.

54.- En outre, ainsi que nous le soulignons plus haut, cette philosophie de précaution incarnée par le principe de précaution vient « enrichir » le principe de prévention¹³¹, dans la mesure où la prévention commande l'action en présence de risques connus et/ou prévisibles, et que la précaution vient doubler ce devoir d'action en intervenant sur les risques incertains.

55.- De plus, l'éthique d'action renfermée par le principe de précaution engendre la construction d'une nouvelle conception de la notion de responsabilité. Le devoir d'action édicté par le principe de précaution implique, d'une manière où d'une autre, une responsabilité en l'absence d'action.

III. De la dimension morale du principe de précaution à une nouvelle conception de la responsabilité

56.- « Une éthique de la précaution est une éthique qui affronte toute la complexité de la vie dans notre société, une société riche, contradictoire et surtout ouverte vers tous les possibles lorsque l'on se tourne vers le futur. L'éthique qui lui correspond ne peut être qu'une éthique elle aussi complexe et, en particulier, une éthique qui s'attache à conjuguer la dimension téléologique de la visée de la vie bonne avec celle déontologique de la soumission aux devoirs qui sont inhérents à notre « humanité » »¹³².

130 *Ibid.*, pp. 49-50 : La richesse d'une action peut se mesurer à la richesse de son contenu (travail répétitif ne comprenant que quelques normes d'un ouvrier à la chaîne/action plurinormative du médecin qui combine art et science ainsi que relation humaine) et à son ouverture vers les finalités de degré supérieur (médecin qui pratique la chirurgie esthétique/médecin en mission humanitaire ; dans cette perspective, l'action guidée par la précaution est riche car elle agit sur un domaine particulier, que ce soit une technique précise ou un produit déterminé tout en poursuivant la finalité d'un monde meilleur). Denis Grison estime justement qu'en l'absence d'action de précaution, « les activités ont tendance à se refermer hermétiquement sur elles, perdant tout sens de la transcendance vers des fins d'un niveau supérieur » et que l'économie est le meilleur exemple de ce « drame de notre époque »).

131 K. FOUCHER, *op.cit.*, pp. 26-32.

132 D. GRISON, thèse précitée, p. 394

57.- L'éthique véhiculée par le principe de précaution présente, en effet, une forte dimension morale. Dès l'instant où elle poursuit la recherche d'un monde plus sûr et mieux maîtrisé, elle vise aussi une intériorisation par la conscience collective de certaines obligations tournées vers le présent comme vers le futur. Pour Denis Grison, le principe de précaution s'avère une nécessité pour le monde actuel. Il est « la « pièce centrale » d'une nouvelle culture, consciente de sa puissance et de ses responsabilités »¹³³.

58.- A l'inverse de la prudence, qui définit une attitude « pour soi », la précaution instaure une nouvelle responsabilité « pour le monde »¹³⁴. Le principe de précaution s'inscrit dès lors dans un champ de responsabilité beaucoup plus vaste que celui sous-jacent à la prudence. Il ne s'agit plus seulement d'adopter un comportement visant à se protéger soi-même des effets du risque mais d'épouser une morale universelle poursuivant la « vie bonne », le « Bien » de tous, présents et futurs.

59.- En cela, la conduite impulsée par le principe de précaution peut être rapprochée de l'« impératif catégorique » défini par Kant¹³⁵, le critère de ce dernier étant son « universalisation », c'est-à-dire sa capacité à s'étendre à tous. Un impératif est catégorique lorsqu'il est pensé comme universel, lorsqu'il est appliqué par chacun parce que son application peut être attendue de tous. En effet, la rationalité du principe de précaution repose sur l'*a priori* selon lequel l'attitude qu'il préconise est celle que l'on est en droit d'attendre de chacun, dans la mesure où c'est elle qui permettrait d'atteindre la vie la meilleure possible, la plus sûre en tout cas. Mais l'attitude morale insufflée par le principe de précaution semble s'inscrire dans une perspective plus étendue encore que l'impératif catégorique kantien. Ce dernier pense l'universel dans le présent tandis que la précaution existe pour le présent et pour l'avenir¹³⁶.

60.- Les obligations émanant d'une attitude de précaution relèvent donc d'abord d'un ordre moral. Mais, ensuite, la rationalité du principe de précaution a également des incidences sur la philosophie de la responsabilité, qu'elle bouleverse, métamorphose ou complète¹³⁷. François

133D. GRISON, *Le principe de précaution, un principe d'action*, p. 11.

134Ibid., p. 15.

135E. KANT, *Fondation de la métaphysique* (1785), Coll. « Les intégrales de la philosophie », Nathan, 2010.

136Voir D. GRISON, *op.cit.*, pp. 402-404

137Voir F. EWALD, *L'État-providence*, *op.cit.* ; à sa suite, L. ENGEL, *La responsabilité en crise*, Hachette, Coll. Questions de société, 1995 ; J. et C. DE MAILLARD, *La responsabilité juridique*, Flammarion, Coll. Dominos,

Ewald décèle un nouvel âge de la responsabilité, avec l'apparition d'un modèle de précaution, émergeant à la suite de deux autres âges, l'âge de la prévoyance et l'âge de la prévention (correspondant à l'avènement de l'État providence). Des auteurs ont exprimé des craintes quant à l'incidence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité. Gilles Martin y entrevoit une « conception régressive » de la responsabilité, avec une extension de la notion de faute (défaut de précaution) et un « recul de la responsabilité fondée sur le risque »¹³⁸. Arnaud Gossement, quant à lui, s'interroge sur la substitution, « dans certains cas », à une « responsabilité procédant d'une philosophie solidariste - fondée sur l'objectif de solidarité et le principe de prévention » d'un « nouveau régime de responsabilité [...] - fondé sur une démarche pragmatique, sur un objectif de sécurité et sur le principe de précaution »¹³⁹.

61.- Philosophiquement, le principe de précaution a trouvé son inspiration dans le « principe responsabilité » formulé par Jonas¹⁴⁰. Celui-ci « dépasse », à un double point de vue, la morale kantienne¹⁴¹ et l'on retrouve cet élargissement de la conscience dans le principe de précaution. Jonas décrit un principe qui, d'une part, se conçoit pour l'humanité entière et ne se situe plus à un seul niveau individuel, et d'autre part, poursuit la préservation de la nature symétriquement à la perpétuation de l'espèce humaine. Plus justement, le respect et la protection dus à la nature sont envisagés au sein-même de l'idée de conservation et de continuation de la vie humaine car la nature est nécessaire à l'homme, l'homme ne pouvant perdurer sans son environnement constitué par la nature. Homme et nature sont donc regardés comme interdépendants et il apparaît impensable pour Jonas de vouloir protéger l'espèce humaine sans sauvegarder, dans le même temps, la nature. Dès lors, il faut prémunir la nature des atteintes que peuvent lui causer les progrès technologiques. La civilisation ayant atteint, dans une certaine mesure, le stade de domination baconienne, où le pouvoir des hommes maîtrise la nature, Jonas préconise l'élévation du pouvoir à une étape supérieure où il est capable de se maîtriser lui-même. Le maintien de l'homme nécessite la prise de conscience de la fragilité et des limites de la nature, ainsi que de la perversité du progrès incontrôlé. Tout ceci conduit Jonas à construire l'idée d'une responsabilité, qui devrait automatiquement être

1999. Selon A. Gossement, le terme « âge » n'est pas approprié à plusieurs égards, notamment car le nouvel âge n'efface pas les précédents et il n'intéresse pas tous les secteurs. A. GOSSEMENT, *op.cit.*

138G. MARTIN, « Précaution et évolution du droit » in O. GODARD (dir.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Maison des Sciences de l'Homme, INRA, 1997, pp. 342-350.

139V. A. GOSSEMENT, thèse précitée, pp. 309-310. Mais, plus loin, l'auteur estime que la jurisprudence existante ne permet pas de confirmer cette hypothèse. *Ibid.*, p. 459.

140H. JONAS, *Le principe responsabilité*, Flammarion, Champs essai, 2008, reprise de la troisième édition de 1995, Les Éditions du Cerf (traduction de l'allemand par Jean Greisch).

141 Voir *supra*.

adossée à l'idée-même de pouvoir. Le pouvoir sur la nature doit se doubler d'une responsabilité, c'est-à-dire d'une conscience qui ne regarde pas uniquement le présent mais se tourne vers l'avenir de la vie, et pour cela, donc, vers la nature¹⁴².

62.- On peut s'interroger sur l'influence de cette responsabilité jonassienne, qui est communément reliée au principe de précaution¹⁴³, sur le droit positif de la responsabilité. A cette fin, il est nécessaire de distinguer les responsabilités administrative, civile et pénale.

• **Principe de précaution et responsabilité administrative**¹⁴⁴

63.- Il convient naturellement d'évoquer en premier lieu l'incidence du principe de précaution sur la responsabilité administrative, si l'on tient compte de la formulation du principe retenue dans la Charte de l'environnement intégrée à la Constitution en 2005. Cette dernière fait du respect du principe de précaution un devoir pour les autorités publiques, qui « *veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attribution, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées* ». De même, la loi du 2 février 1995 dite loi Barnier énonce le principe de précaution comme un principe devant inspirer les politiques visant, « *dans le cadre des lois qui en définissent la portée* », la protection, la mise en valeur, la restauration, la remise en état et la gestion des espaces, ressources et milieux naturels, des sites et paysages, des espèces animales et végétales et de la diversité et des équilibres biologiques¹⁴⁵.

64.- La Charte de l'Environnement de 2005, à l'instar de la loi de 1995, s'applique en matière d'environnement, mais avant son adoption, le Conseil d'État avait étendu le champ

142La loi n° 95-101 du 2 février 1995 dite loi Barnier dispose précisément que « *l'objectif de développement durable [...] vise à satisfaire les besoins de développements des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs* ».

143Sur ce lien entre le principe de précaution et le principe responsabilité de Jonas, Voir notamment D.GRISON, thèse précitée, p. 398s.

144S'agissant des liens unissant principe de précaution et droit administratif, nous avons déjà évoqué le fait que le principe de précaution est bien un principe de gestion des risques s'imposant à l'administration, laquelle doit le respecter dans ses décisions. Voir aussi sur ce point, R. VANNEUVILLE, S. GANDREAU, *op.cit.*, p. 83s.

145Article L. 200-1 du code rural issu de la loi du 2 février 1995 précitée.

couvert par le principe de précaution à la santé publique¹⁴⁶. Dans une décision du 29 décembre 1999 concernant l'affaire des « perches du Nil », le Conseil d'État avait admis la suspension de la mise sur le marché de certains produits « en égard aux mesures de précaution qui s'imposent en matière de santé publique »¹⁴⁷.

65.- En outre, c'est dès l'année 1998, et avant même la constitutionnalisation du principe de précaution, que la jurisprudence administrative a reconnu l'invocabilité du principe de précaution¹⁴⁸. Dans l'arrêt du 25 septembre 1998 relatif à l'Association Greenpeace France, le Conseil d'État admet, pour la première fois, de contrôler le respect du principe de précaution par un acte administratif¹⁴⁹.

66.- Toutefois, la jurisprudence administrative refuse de faire rétroagir les effets du principe de précaution. Le principe de précaution entend que le doute scientifique existant par rapport à un risque donné ne doit pas empêcher les autorités publiques de prendre des mesures appropriées. Mais le juge administratif s'oppose à faire remonter cette obligation de précaution à la date où le doute scientifique a commencé d'exister¹⁵⁰. Dans les affaires relatives au sang contaminé et à l'amiante, par exemple, la responsabilité de l'État n'a été engagée qu'à partir de la date où l'administration pouvait être considérée comme informée des

146 Voir *infra* sur l'extension progressive du champ d'application du principe de précaution (Partie 1, Titre 1, Chapitre 1). Voir également R. VANNEUVILLE, S. GANDREAU, *op.cit.*, p. 71s. ; comme le souligne Maryse Deguergue, la consécration constitutionnelle du principe de précaution en 2005 peut renforcer la portée de ce dernier dès lors qu'un lien a été établi entre la protection de l'environnement et la santé humaine à l'article 1 de la Charte de l'environnement (article 1 : « *Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* »). Voir M. DEGUERGUE, « Les avancées du principe de précaution en droit administratif français », in M. PAQUES (dir.), *Le principe de précaution en droit administratif*, Académie internationale de droit comparé, XVIIe Congrès, Utrecht, les 16-22 juillet 2006, Ed. Bruylant, 2007, pp. 152-153.

147 CE 29 décembre 1999, n° 20694, *Rec. Lebon*. Voir not. A. ROUYÈRE, « L'exigence de précaution saisie par le juge », *RFDA*, 2000, p. 266.

148 Et ce même en l'absence de lois en précisant la portée (comme le précise l'article L. 200-1 du code rural).

149 Voir Conseil d'État, 25 septembre 1998, « Association Greenpeace France », n°194338, conclusions Jacques-Henri Stahl, *JCP* 1998, Ed. G II, p. 10216, note J. DE MALAFOSSE. En l'espèce, des associations écologiques poursuivaient l'annulation d'autorisations de mise sur le marché de maïs transgénique (Voir pour les commentaires de cet arrêt : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le CE et le principe de précaution : l'affaire du maïs transgénique », *Droit administratif*, juin 1999, p.4s ; M. REMOND-GUILLOUD, « Les OGM au Conseil d'Etat : commentaire de l'arrêt du Conseil d'État rendu le 25 septembre 1998 », *Gaz.Pal.*, 22-23 janvier 1999, p.13 ; note, *Droit administratif*, octobre 1998, p. 18, n° 310). Le Conseil d'État allait ici à l'encontre de la position du Commissaire de Gouvernement, Laurent Touvet, qui n'entrevoit dans le principe de précaution qu'un principe politique (conclusions de Laurent Touvet sous Conseil d'État 14 avril 1999, « Commune de la Petite marche et autres » (non publiées) ; Voir R. VANNEUVILLE, S. GANDREAU, *op.cit.*, pp. 115-116). Voir également sur ce point M. DEGUERGUE, *op.cit.*, p. 167.

150 De même, le juge administratif se réfère à l'état des connaissances actuel (comme, du reste, dans la définition donnée par les textes du principe de précaution) et non au futur. Il envisage les risques présents, non pas les risques au très long terme, qui ne sont pas actuellement prévisibles, et ne sont que spéculations. Voir sur ce point A. GOSSEMENT, *op.cit.*, p. 258s.

risques. Dans ces deux affaires, c'est donc plus un défaut de prévention qui a été sanctionné qu'une violation du principe de précaution à une date antérieure à l'établissement scientifique de l'existence du risque¹⁵¹. En ce qui concerne la première affaire, le juge a fixé, pour date à partir de laquelle l'administration était considérée comme ne pouvant plus ignorer les risques, une note remise par un épidémiologue de la Direction générale de la Santé. Et Maryse Deguerge de souligner la contradiction de la jurisprudence administrative en matière de santé qui, d'un côté, « réfute la logique de précaution en situation d'incertitude » et, de l'autre, « reconnaît la légitimité des mesures de précaution en hypothèse de risque avéré »¹⁵². Sur l'amiante, le raisonnement du Conseil d'État a été le même, refusant de faire remonter l'obligation de comportement dès qu'il existait un soupçon de risque mais fixant cette dernière à une date où l'administration était censée être informée de la possibilité de risque¹⁵³.

67.- Ainsi, il semblerait que le respect du principe de précaution a plus vocation à être examiné en amont de l'action publique qu'en aval¹⁵⁴. Un débat doctrinal s'est construit à partir d'un arrêt du Conseil d'État du 9 avril 1993, sur le point de savoir si le juge administratif avait inséré ou non le principe de précaution dans le contentieux de la légalité. Dans cet arrêt, le Conseil d'État affirmait que l'État avait engagé sa responsabilité dans la mesure où « il appartenait à l'autorité administrative, informée à ladite date du 22 novembre 1984, de façon non équivoque, de l'existence d'un risque sérieux de contamination des transfusés [...], d'interdire, sans attendre d'avoir la certitude que tous les lots de produits dérivés du sang étaient contaminés, la délivrance des produits dangereux »¹⁵⁵.

151 Voir sur ce point M. DEGUERGUE, *op.cit.*, p. 166s.

152 *Ibidem*.

153 Voir sur ce point CE Ass, 3 mars 2004, « Ministre de l'emploi et de la solidarité », *AJDA*, 2004, p. 974, chr. F DONNAT et D. CASAS ; *RDP*, 2004, p. 1431, note M. F. Delhoste ; *RFDA*, 2004, p. 612, concl. E. Prada-Bordenave ; A. ROUYÈRE, « Protection de la santé et droit de la responsabilité », *RGDM*, n° spécial, La protection de la santé publique, 2005, p. 105. Voir également CAA Nantes, 29 décembre 2006, MM, *AJDA*, 2007, p. 873 : l'État n'a pas pu engager sa responsabilité du fait du lien entre vaccin contre l'hépatite B et la sclérose en plaques dans la mesure où à l'époque du lancement de la campagne de vaccination (recommandée par l'OMS), le lien entre ces deux n'avait pas été scientifiquement établi.

154 Sur les types de risques envisagés par la responsabilité administrative, Voir A. GOSSEMENT, *op.cit.*, pp. 379-421. Dans les trois arrêts du Conseil d'État du 26 mai 1995 relatifs au sang contaminé, (CE Ass., 26 mai 1995, « Consorts N'Guyen, M. Jouan, Consorts Pavan », *RFDA*, juillet-août 1995, pp. 748-763, conclusion Serge Dael), a été retenue la responsabilité pour risque hospitalière à raison de l'activité des centre de transfusion sanguine qui a relevé et produit les lots de sang contaminés (il s'agissait ici d'un « risque sériel » selon A. GOSSEMENT, *op.cit.*, p. 414). Ainsi que le souligne A. Gossement, le juge administratif de la responsabilité ne vise jamais explicitement le principe de précaution à l'inverse de celui de la légalité. Cependant, l'auteur émet l'hypothèse que dans le contentieux de la responsabilité, on peut néanmoins trouver une référence à une certaine « logique de précaution », qui appréhende un nouveau type de risque (« prise en compte du risque sanitaire non répertorié sur le fondement d'un régime de responsabilité subjective », p. 424).

155 CE 9 avril 1993, n°138653, *Rec. Lebon*. Selon Olivier Beaud, on ne peut voir dans cet arrêt l'introduction en droit de la responsabilité du principe de précaution (O. BEAUD, *Le sang contaminé. Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, PUF, 1999, pp. 67-68, cité par A. GOSSEMENT, *op.cit.*,

68.- A l'aune du principe de précaution, le juge administratif contrôle donc la légalité de la décision administrative plus qu'il ne sanctionne les effets de cette dernière¹⁵⁶. Le non respect du principe de précaution par la décision publique se glissera alors, le cas échéant, sous l'erreur manifeste d'appréciation relevée à l'occasion du contrôle de légalité des actes administratifs. Le choix du contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation est due à la complexité des questions spécifiques posées dans les affaires en lien avec le principe de précaution¹⁵⁷. Cette option du contrôle restreint et non approfondi, au détriment d'un contrôle normal, n'est pas propre à la vérification de l'application du principe de précaution. Le juge administratif a déjà opté pour cette solution dans les situations de risques en général¹⁵⁸. Une marge d'appréciation est donc laissée aux décideurs publics auquel le juge administratif ne se substitue pas, ne s'assurant que de l'absence d'erreur manifeste. Dans ses conclusions à propos

pp. 453-454. Pour A. Gossement, seul un arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris (CAA Paris, 12 novembre 1999, « Consorts X contre Assistance publique-Hôpitaux de Paris », *AJDA* mars 2000, n°3 p. 277) s'inscrit véritablement dans une « culture de précaution ». La Cour avait estimé que les médecins du centre aurait dû prendre en considération les suspicions et comparer les risques d'une transfusion suspecte et les risques d'une absence de transfusion (A. GOSSEMENT, *op.cit.*, p. 455).

156 Sur l'entrée du principe de précaution dans le contrôle de légalité des actes administratifs, Voir notamment N. DE SADELEER in « Le statut du principe de précaution en droit français », 6 mars 2011, p. 5 (disponible sur <http://www.ffsa.fr> : « en raison du rayonnement du principe sur le droit administratif, le contentieux de légalité est devenu par la force des choses son terrain d'élection ». Les juridictions communautaires et les juridictions administratives nationales exercent un contrôle du bien-fondé de la décision (contrôle de légalité interne) et sur le respect des procédures (contrôle de légalité externe). Le contrôle interne est en pratique moins étendu dans la mesure où l'administration dépend d'une marge d'appréciation relativement importante. Ainsi, dans le contrôle interne, seule l'erreur manifeste d'appréciation est sanctionnée (donc « les juridictions communautaires [et] nationales sont disposées à laisser aux administrations une marge d'appréciation importante lorsqu'elles sont confrontées à un contexte d'incertitude scientifique »). En revanche, le contrôle externe apparaît plus étendu et pourrait se renforcer avec le principe de précaution, ce que la jurisprudence administrative confirme. Nicolas de Sadeleer affirme justement que « ce renforcement du contrôle du respect de la procédure dans des affaires controversées du point de vue scientifique répond incontestablement à l'esprit du principe de précaution, c'est-à-dire une principe qui comporte l'aménagement de procédures permettant un examen aussi complet que possible du risque afin de réduire l'incertitude à un niveau minimal ». Dès lors que des procédures d'évaluation des risques sont prévues, la vérification de leur respect par le juge administratif paraît normale et la sanction des décisions non conformes à ses évaluations logique. Voir également O. SACHS, « Principe de précaution et contrôle de légalité », *CJEG*, décembre 1999, p. 420 ; C. CANS, « Le principe de précaution, nouvel élément de légalité », *RFDA*, 15 (4), juillet-août, 1999, pp. 750-763, notamment p. 753 ; A. ROUYÈRE, « L'exigence de précaution saisie par le juge », *RFDA*, 16 (2), mars-avril, 2000, pp.266-283 ; M. DEGUERGUE, *op.cit.*, p. 155s : l'auteure estime que le principe de précaution est une « composante à éclipses de la légalité » dans la mesure où il « déploie tous ses effets en matière environnementale » mais n'exige, selon le juge administratif, qu'un « comportement de précaution », en matière sanitaire (le juge exerçant un contrôle normal en cas de risque d'atteinte à l'environnement tandis qu'il n'exerce qu'un contrôle restreint, limité à la sanction de l'erreur manifeste d'appréciation, en cas de risque d'atteinte à la santé) ; voir également A. GOSSEMENT, *op.cit.*, p. 239 ; Z. OLOUMI, « Le principe de précaution, outil effectif du processus de décision publique », *RAJF* juin 2004, p. 9s. ; A. ROUYÈRE, « L'exigence de précaution saisie par le juge », Réflexions inspirées par quelques arrêts récents du Conseil d'État, *RFDA*, 16 (2), mars-avril, 2000, pp. 266-283 ; K. FOUCHER, *op.cit.*, p. 96s.

157 A. GOSSEMENT, *op.cit.*, p. 244 (puis sur le contenu du contrôle de légalité en présence du principe de précaution, p. 260s)

158 *Ibidem*. Arnaud Gossement cite plusieurs arrêts en ce sens. Pour illustration de l'exercice d'un contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation en matière de principe de précaution, Voir notamment les arrêts suivants : CE 22 novembre 2000, « Association Greenpeace France et autres » ; CE 17 mars 1997, « Commune de Pierrelongue », *Juridisque Lamy* ; CE 24 février 1999, « Société Pro-nat », *Juridisque Lamy*). A. Rouyère considère que le juge administratif est contraint d'exercer un contrôle restreint mais que le principe de précaution, dans sa logique, devrait supposer un contrôle normal (A. ROUYÈRE, *op.cit.*).

de l'arrêt du Conseil d'État du 25 septembre 1998, M. Stahl, qui s'exprime à propos de l'invocabilité du principe de précaution en l'espèce, écrit que « juger de la légalité d'une décision administrative à l'aune de considérations probabilistes sur la survenance éventuelle de risques plus ou moins identifiés nous paraît constituer un exercice difficile et presque hasardeux, qui, au surplus, nous semble impliquer un glissement, peut être imperceptible mais bien réel, de la frontière entre l'administrateur et le juge »¹⁵⁹. En outre, le juge administratif ne se substitue pas non plus aux scientifiques, refusant de se prononcer sur les controverses scientifiques autour de l'existence d'un risque. Il se réfère aux rapports produits par des experts et vérifie l'application correcte de la procédure d'évaluation des risques¹⁶⁰.

69.- Pour une partie de la doctrine, cette introduction du principe de précaution comme critère du contrôle de légalité l'élève au rang de principe général du droit¹⁶¹, s'appliquant même sans texte, comme l'illustre l'arrêt du Conseil d'État du 19 juillet 2010, appliquant le principe de précaution au droit de l'urbanisme¹⁶².

70.- Néanmoins, le juge administratif ne pêche pas par excès dans son contrôle du respect du principe de précaution. Bien qu'il admette l'invocabilité du principe de précaution et accepte d'en contrôler le respect le cas échéant, il ne l'applique pas de manière systématique¹⁶³. Si celui-ci commande la prise de mesures dans une situation d'incertitude

159Conseil d'État, 25 septembre 1998, « Association Greenpeace France », n°194338, conclusions Jacques-Henri Stahl, *JCP* 1998, Ed. G II, p. 10216, note J. de Malafosse.

160Dans le même sens, il faut souligner que le Conseil d'État, à l'occasion de l'affaire du maïs transgénique en 1998, avait posé deux questions préjudicielles à la CJCE concernant la procédure prévue par la directive du 23 avril 1990 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement, n°90/220/CEE, JOCE L117, p.15 (CJCE, 21 avril 2000, Association Greenpeace France et autres c/ Ministère de l'agriculture et de la pêche, *Recueil* 2000, p I- 1651, *AJDA* 20 mai 2000, pp. 451-452, note H. LEGAL et R. ROMI) avant de régler définitivement l'affaire par un arrêt du 22 novembre 2000 (CE 22 novembre 2000, Association Greenpeace France et autres, disponible sur le site du Conseil d'État). Aussi, le juge fait-il preuve de « prudence en présence de données complexes », A. GOSSEMENT, *op.cit.*, p.241s.

161En ce sens, Z. OLOUMI, « Vers un nouveau principe général de droit : le respect du principe de précaution », *RAJF*, 22 décembre 2002, disponible sur <http://www.rajf.org/spip.php?article1405> ; N. DE SADELEER, *op.cit.*

162CE 19 juillet 2010 n° 328687: le principe de précaution est directement applicable à une autorisation délivrée en droit de l'urbanisme (il s'agit en l'espèce de la construction d'antennes-relais). Le Conseil d'État rompt ici avec une jurisprudence développée par les autres degrés de juridiction selon laquelle le principe de précaution ne trouvait pas à s'appliquer au contentieux de l'urbanisme et avec sa propre position adoptée dans l'arrêt « Société Bouygues télécom » du 20 avril 2005 où il invoquait l'indépendance des législations pour ne pas appliquer le principe de précaution en matière d'urbanisme (CE, 20 avr. 2005, n° 248233, « Sté Bouygues Télécom »). Voir sur cet arrêt : A. GOSSEMENT, « Arrêt du Conseil d'État : le principe de précaution et les antennes relais de téléphonie mobile », 21 juillet 2010 disponible sur <http://www.arnaudgossement.com> ; A. PETON, « Antennes-relais : le Conseil d'État applique le principe de précaution pour la première fois », *La Gazette des communes*, 30 juillet 2010 ; C. FONTAINE, « Le principe de précaution s'applique aux antennes-relais », *Journal de l'environnement*, 23 juillet 2010, disponible sur <http://www.journaldelenvironnement.net>.

163Voir parmi les nombreux arrêts étudiant le moyen tiré du non respect de précaution et estimant que celui-ci n'a cependant pas été violé par l'acte administratif litigieux, CE 1^{er} octobre 2001, « Association Greenpeace

quant à l'existence d'un risque pour l'environnement ou pour la santé de l'homme, il ne justifie pas l'adoption de n'importe quelle mesure. Dans le cas où des mesures de précaution ont déjà été prises, il est nécessaire d'établir une réévaluation des connaissances scientifiques pour que soit adoptées de nouvelles mesures de précaution, comme le souligne le Conseil d'État dans l'affaire des ris des veaux en 2010¹⁶⁴.

71.- Ainsi, l'influence du principe de précaution sur la responsabilité administrative semble à ce jour limitée par le juge administratif au contrôle restreint de légalité des actes administratifs. En revanche, l'irradiation de la notion de responsabilité par le principe de précaution peut être plus aisément constatée en matière civile.

• Principe de précaution et responsabilité civile

72.- La responsabilité civile est fondée sur un régime de réparation¹⁶⁵, intervenant après la survenance d'un dommage¹⁶⁶. En effet, l'article 1382 du code civil, socle du droit commun de la responsabilité civile, dispose que « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». La responsabilité civile repose ainsi sur le triptyque : faute - dommage - lien de causalité.

73.- Selon Paul Ricoeur, le passage de la réparation, fonction traditionnelle du droit de la responsabilité, à l'idée de précaution signifierait un glissement d'une responsabilité

France », n°225008 (sur cet arrêt, voir notamment A. GOSSEMENT, *op.cit.*, p. 256s, qui conclut que « le juge administratif effectue une application pragmatique et non extensive et systématique du principe de précaution »).

164CE 5 juillet 2010, n°309634. Voir le commentaire d'Arnaud Gossement : A. GOSSEMENT, « Principe de précaution : le Conseil d'État condamne l'État dans l'affaire du « ris de veau » », 08 juillet 2010, disponible sur <http://www.arnaudgossement.com>.

165Si le droit de la responsabilité civile a principalement, en effet, une fonction réparatrice, il a également une fonction préventive (Voir notamment C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2008 ; S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, thèse Université Paris I, 2006). La théorie du trouble anormal du voisinage conduit, d'une part, à indemniser le trouble passé qui a engendré un dommage et, d'autre part, prescrit des mesures de prévention afin de faire cesser le trouble dans l'avenir (Voir sur ce point M. BOUTONNET, « La théorie des troubles anormaux de voisinage et le principe de précaution : une conciliation difficile », *Recueil Dalloz* 2008, p. 2916).

166Voir, entre autres, A. BÉNABENT, *Droit Civil Les obligations*, Montchrétien, Ed. Domat Droit privé, 12^{ème} édition, 2010, p. 477 ; G.CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2003, Coll. Quadrige, p. 790 (à l'entrée : « responsabilité civile »).

rétrospective à une responsabilité prospective¹⁶⁷. L'insertion de la notion de précaution dans le domaine de la responsabilité civile peut alors s'avérer problématique à deux égards au moins. Le premier est tiré du fait que le dommage appelant réparation doit être certain. Dès lors, le principe de précaution qui préconise une attitude face à l'incertitude de dommages est difficilement conciliable avec cette première exigence. Les dommages qu'il vise étant incertains et/ou imprévisibles, la réparation, sur le terrain de l'article 1382 du code civil, dans une telle situation d'incertitude, se conjugue mal avec les règles de la responsabilité civile. Le propre du principe de précaution est d'investir les champs illimités de l'incertain tandis que la responsabilité civile exige la certitude et la réalité du dommage pour que soit ordonnée sa réparation¹⁶⁸.

74.- Deuxièmement, la responsabilité civile repose sur un lien de causalité entre le fait et la survenance du dommage. Confrontée à la question de l'application du principe de précaution en matière d'incidences des champs électromagnétiques sur la santé des animaux, la Cour de cassation a récemment confirmé, dans un arrêt du 18 mai 2011, l'exigence de la preuve d'un lien de causalité direct et certain afin que soit ordonnée l'indemnisation du préjudice¹⁶⁹. Or, dans les situations où le principe de précaution a vocation à s'appliquer, le lien de causalité, tout comme le dommage, est lui aussi incertain. C'est en l'absence de certitude sur la provocation systématique du dommage entrevu par tel facteur ou telle combinaison de facteurs que le principe de précaution doit être employé. En effet, les situations dans lesquelles le principe de précaution doit être utilisé sont incertaines quant à l'existence du dommage et/ou quant à la probabilité du dommage, en

167P. RICOEUR, « Le concept de responsabilité, essai d'analyse sémantique », *Esprit* n°11, novembre 1994, pp. 28-48, auquel Arnaud Gossement fait référence, A. GOSSEMENT, *op.cit.*, p. 307.

168Voir par exemple, A. BÉNABENT, *op.cit.*, p. 481.

169Cour de cassation, 3^{ème} chambre civile, 18 mai 2011, 10-17645, publié au *Bulletin*. Dès lors, il apparaît que, selon la haute cour, les règles relatives à la responsabilité délictuelle ne sont pas modifiées par le principe de précaution. (Voir *infra*). Le 4 février 2009, la Cour d'appel de Versailles s'était fondée sur l'existence d'un risque hypothétique causé par des antennes de téléphonie mobile aux habitants (« l'incertitude sur l'innocuité d'une exposition aux ondes émises par les antennes relais, demeure et [...] elle peut être qualifiée de sérieuse et raisonnable », CA Versailles, 4 février 2009). Dans cette affaire, la cour d'appel s'était détachée des fondements traditionnels de la responsabilité en retenant l'existence d'un « risque hypothétique » (V. obs. FELDMAN, *D.* 2009, 1369). Également, le TGI de Toulon s'est prononcé dans le même sens en 2006, estimant que « si rien dans les différentes études scientifiques réalisées à ce jour ne permet d'établir un risque pour la santé lié aux stations de base de la téléphonie mobile compte tenu des niveaux d'exposition constatés, rien ne permet non plus d'établir un absence totale de risque », [...] « que [le] principe de précaution doit d'autant plus être privilégié qu'à ce jour il ne s'est pas écoulé un nombre d'années suffisant pour avoir le recul nécessaire et pour pouvoir affirmer qu'il n'existe aucun risque », enfin « qu'il ne peut être imposé à un voisin, contre son gré, l'exposition à un risque même hypothétique », qu'ainsi « le trouble de voisinage est [...] caractérisé » (d'où la condamnation de la société Bouygues Telecom à enlever les installations litigieuses, TGI Toulon 20 mars 2006). Mais il semblerait que l'arrêt de la cour de cassation de mai 2011 précité remette aujourd'hui en cause cette jurisprudence.

somme quant à l'explication complète du dommage. Ainsi, dans ces hypothèses d'incertitudes multiples, la détermination d'un lien de causalité entre le fait et le dommage soulève beaucoup de difficultés. Dans l'affaire relative au vaccin contre l'hépatite B et le développement de scléroses en plaque, la Cour de cassation a cassé, en 2003, l'arrêt qui retenait la responsabilité du laboratoire Glaxo-Smithkline, fabricant du vaccin Engerix B¹⁷⁰, estimant que la responsabilité du fabricant ne pouvait être engagée au seul motif que la possibilité d'un lien de cause à effet entre le vaccin et la sclérose en plaque ne pouvait être exclu de façon certaine. Par la suite, la jurisprudence de la Cour de cassation s'est montrée plus favorable aux victimes en prenant en considération la controverse scientifique sur le sujet et en affirmant que la preuve du lien de causalité peut résulter de présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes¹⁷¹.

75.- Ainsi, pour admettre une responsabilité civile dans ce type de cas, il faudrait, d'une part, que le dommage ait déjà été réalisé (car si ni le dommage, ni le lien de causalité n'emportent de certitude, l'engagement de responsabilité paraît difficilement concevable du point de vue notamment de la sécurité juridique), d'autre part, se tourner vers la théorie de l'équivalence des conditions¹⁷², celle de la causalité

170Cass. Civ. 1^{ère}, arrêt n° 1191 du 23 septembre 2003.

171Voir notamment l'affaire(Cass. Civ. 1^{ère}, Consorts X, n° de pourvoi 06-14952, 22 mai 2008 ; Cass. Civ. 1^{ère}, n° de pourvoi: 05-20317, 22 mai 2008 ; Cass. Civ. 1^{ère}, n° de pourvoi: 06-18848, 22 mai 2008 ; Cass. Civ. 1^{ère}, n° de pourvoi 05-10593, 22 mai 2008 ; dans ces deux derniers arrêts, la Cour rejette le pourvoi, faute de présomptions graves, précises et concordantes). Voir sur cette évolution jurisprudentielle, Christine Noiville, pour laquelle, la Cour de cassation ne fait que rappeler les principes classiques de la responsabilité civile : 1) le lien de causalité peut certes se déduire de présomptions graves, précises et concordantes (en référence à l'article 1353 du code civil) 2) il ne peut être caractérisé par le seul fait que l'hypothèse d'un risque ne peut être exclue. Dès lors, selon l'auteure, « Rien ne permet donc de dire que la Cour de cassation se serve du principe de précaution pour éluder les conditions ordinaires de la responsabilité » (CH. NOIVILLE, « Principe de précaution et santé, le point sur quinze années de jurisprudence », *Lex Electronica*, vol. 13 n°2 (Automne / Fall 2008) ; CH. NOIVILLE, « La lente maturation jurisprudentielle du principe de précaution », in CH. NOIVILLE (coord.), « Dossier sur le Principe de précaution », *Recueil Dalloz*, 2007, n°22 p. 1514 et s.). Voir aussi Mathilde Boutonnet, qui souligne que le principe de précaution, d'après la jurisprudence, ne justifie pas le recours systématique à l'article 1353 du Code civil (M. BOUTONNET, « Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », *Recueil Dalloz* 2010, p. 2662).

172La théorie dite de « l'équivalence des conditions » repose sur l'idée que toutes les conditions ayant concouru à la réalisation du dommage doivent être considérées de manière équivalente, dans la mesure où, en l'absence de l'une de ces conditions, le dommage ne se serait pas réalisé. Cette théorie de la causalité nous apparaît comme la seule rendant possible l'insertion de la notion de précaution dans la responsabilité fondée sur l'article 1382, puisque dans les situations d'incertitudes, le lien de causalité ne pourra être établi de manière certaine. Mais cette théorie, qui a notamment été retenue par le célèbre arrêt Perruche du 17 novembre 2002, peut conduire à des excès. Un individu dont le fait causal est mineur parmi toutes les conditions ayant contribué à la survenance du dommage pourra être, selon cette théorie, considéré comme devant « répondre des conséquences de son fait dans des proportions qui risquent d'être sans rapport avec l'anormalité objective de ce fait » (P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *La responsabilité civile délictuelle*, Presses Universitaires de Grenoble, 3^{ème} édition, 2000).

adéquate¹⁷³ étant susceptible de complexifier encore plus les choses, de par son caractère pronostique¹⁷⁴.

76.- Ces difficultés quant à l'imbrication de la responsabilité civile de droit commun et du principe de précaution n'ont pas empêché les juridictions de l'ordre civil d'appliquer le principe de précaution¹⁷⁵. Une partie de la doctrine estime que le principe de précaution peut s'intégrer au droit de la responsabilité civile en renforçant les obligations comportementales sanctionnées sur la base de l'article 1382 du code civil. De plus en plus de décisions judiciaires évoquent le principe de précaution, sa simple évocation, même lorsque le juge ne l'applique pas, démontrant l'intérêt porté à ce principe. Par exemple, dans un arrêt du 8 juin 2011, la Cour d'appel de Bastia précise que le principe de précaution n'a pas de valeur juridique ou de portée réglementaire directe, mais insiste sur le fait que « cette délimitation [de parcelles litigieuses] correspond à une norme édictée au titre du principe de précaution et est l'illustration du principe d'un patrimoine écologique à respecter posé par la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement »¹⁷⁶. Et dans un arrêt du 18

173Au contraire, la théorie de la causalité adéquate ne considère pas comme équivalente toutes les conditions ayant concouru à la réalisation du dommage. Ainsi, selon cette deuxième théorie, il est nécessaire d'opérer un tri entre toutes ces conditions pour ne retenir que celle adéquate. Pour cela, il faut distinguer les « causes efficientes » qui rendent le dommage probable de celles qui, sans le concours des autres, ne peuvent provoquer le dommage. D'autres théories relatives à la causalité ont été développées par la doctrine, telles que la « *causa proxima* » qui se réfère à la cause la plus proche, chronologiquement, de la survenance du dommage ou encore la « *causa remota* » qui prend pour référence la première cause dans l'enchaînement des causes ayant conduit au dommage (suggestion de P. CONTE ET P. MAISTRE DUCHAMBON, *op.cit.*).

174Cette théorie de la causalité adéquate nécessite de se livrer à certains pronostics. Selon certains auteurs, « le caractère « adéquate » de la causalité dépend du degré de probabilité du dommage. Mais la probabilité n'est pas la certitude » (Voir Philippe Malaurie et Laurent Aynès, qui parlent de « pronostic rétrospectif ». PH. MALAURIE, L. AYNÈS, *Les obligations*, LGDJ, 6^{ème} édition, 2010). Ainsi, établir des pronostics dans une situation déjà comblée d'incertitudes compliquerait l'adaptation de la responsabilité civile au principe de précaution. Par ailleurs, Nicolas de Sadeleer souligne que « dans un contexte d'incertitude où les causes sont multiples et complexe, un assouplissement des exigences traditionnelles de causalité au profit des victimes (technique du faisceau d'indices, présomption légale de causalité) pourrait également être encouragé au titre de la précaution » (N. DE SADELEER *in* « Le statut du principe de précaution en droit français », article précité, p. 5).

175G. MARTIN, « Précaution et évolution du droit », *D.* 1995. 299 ; PH. KOURILSKY, G. VINEY, Rapport au premier ministre précité, p. 178 ; A. GUÉGAN, « L'apport du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », *RJE* 2000. 147 ; P. JOURDAIN, « Principe de précaution et responsabilité civile », *LPA* 30 novembre 2000 ; D. MAZEAUD, « Responsabilité civile et précaution », *RCA*, juin 2001, Chron. n°14, cités par M. BOUTONNET, « La théorie des troubles anormaux du voisinage et le principe de précaution : une conciliation difficile », *Recueil Dalloz* 2008, p. 2916. Par ailleurs, Geneviève Viney soutient que le principe de précaution serait à l'origine de la sanction des fabricants du Distilbène sur le fondement de la violation d'une obligation de vigilance. Voir G. VINEY, « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées », *D.* 2007, Chron. 1542 (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation, Civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, Bull. Civ., I, n°142).

176La Cour d'appel avait à se prononcer sur une ordonnance du juge des référés du TGI d'Ajaccio ordonnant, sur la demande de Monsieur Y (propriétaire d'une parcelle mitoyenne ayant vu directe sur celle du défendeur), à Monsieur X sous astreinte l'enlèvement de parpaings se trouvant sur sa propriété et la remise en état des lieux. Étudiant l'existence d'un trouble manifestement illicite ou d'un dommage imminent, la Cour souligne que la parcelle de Monsieur X est située dans une zone naturelle d'intérêt écologique floristique et faunistique (ZNIEF) définie comme étant un grand ensemble riche et peu modifié aux potentialités biologiques importantes. La Cour (CA Bastia, 8 juin 2011, 10/00986).

mai 2011, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par le Groupement Agricole d'Exploitation en Commun estimant que c'est à bon droit que la Cour d'appel, à qui il était reproché d'avoir violé le principe de précaution, a énoncé que la Charte de l'environnement et ce principe ne remettaient pas en cause les règles selon lesquelles il appartient à celui qui sollicite l'indemnisation du dommage à l'encontre du titulaire de la servitude d'établir que ce préjudice est la conséquence directe et certaine de celui-ci. Cette démonstration peut résulter de présomptions graves, précises, fiables et concordantes, mais en présence d'éléments sérieux divergents et contraires, il existe une incertitude telle que l'existence du lien de causalité n'est pas suffisamment caractérisée¹⁷⁷. Mais l'invocation ou l'évocation du principe de précaution dans la jurisprudence civile est marquée par une hétérogénéité dans l'application du principe¹⁷⁸

77.- Tantôt, celui-ci intervient en influençant les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile sur le fondement de l'article 1382 du code civil. C'est notamment le cas dans la jurisprudence relative aux antennes de téléphonie mobile où, comme le souligne Mathilde Boutonnet, « le juge admet la possibilité de qualifier la faute dans un contexte d'incertitude scientifique, sur le fondement de l'article 1382 du code civil »¹⁷⁹. Dans ce cas, il

177Dans cet arrêt du 18 mai 2011 où le GAEC (Groupement Agricole d'Exploitation en Commun), exploitant un élevage à proximité d'une ligne très haute tension d'EDF devenu la SA Réseau Transport Electricité (RTE), avait assigné cette dernière en indemnisation des préjudices matériels et économiques subis à raison de problème sanitaires rencontrés par les animaux de son élevage. La Cour d'Appel de Limoges, dans un arrêt du 1er mars 2010, a rejeté cette demande au motif qu'il n'apparaît pas que l'existence d'un lien de causalité entre l'état des élevages et les champs électromagnétiques de la ligne haute tension soit suffisamment caractérisée. Le GAEC s'est pourvu en cassation sur le moyen qu'en l'état des divers rapports produits sur l'incidence des CEM sur la santé des animaux, la cour d'appel a violé notamment l'article 1315 et le principe de précaution (la Cour d'appel se retranchait derrière l'incertitude quant aux effets des CEM sur l'état des animaux, relevant l'absence de consensus sur la question et des divergences d'appréciation selon les rapports). Le pourvoi s'appuyait également sur l'article L. 110-1 II 1° du code de l'environnement qui définit le principe de précaution et faisait valoir que la Cour d'appel, en écartant son application au motif que ce texte « énonce des principes généraux qui doivent inspirer la protection de l'environnement « dans le cadre des lois qui en définissent la portée » » et que « le principe de précaution qui est plus une norme-guide destinée aux pouvoirs politiques pour apprécier les choix collectifs de prévention, n'est pas une règle de responsabilité autonome et directe, se suffisant à elle-même », a violé ledit principe. Enfin, le pourvoi estimait que le juge aurait dû s'inspirer de la Charte de l'environnement.

178Cette hétérogénéité fait l'objet de nombreuses critiques suggérant un « désordre jurisprudentiel ». Voir notamment M. BOUTONNET, « Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », *Rec. Dalloz* 2010, p. 2662.

179M. BOUTONNET, *op.cit.*, p. 2662. Et voir *supra* sur la jurisprudence relative aux antennes-relais appliquant la théorie du trouble anormal de voisinage). Dans le même sens, le principe de précaution peut venir influencer la preuve des conditions de l'article 809 du Code de procédure civile, donnant la faculté au juge de prescrire en référé des « mesures conservatoires ou de mise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Voir TGI Créteil 11 août 2009 où le juge ordonne le démantèlement d'une antenne-relais, soulignant le manquement au principe de précaution et en déduisant un trouble manifestement illicite. Voir également les arrêts du 7 mars 2006 précités à propos des effets du Distibène où les juges reconnaissent l'existence d'une obligation de vigilance, faisant écrire à Geneviève Viney que « l'admission de la « faute de vigilance » par ces arrêts du 7 mars 2006 apparaît donc comme un exemple caractéristique de l'extension de la notion de faute sous l'influence du principe de précaution » (G. VINEY, *op.cit.*, citée par M. BOUTONNET, *op.cit.*). Voir enfin l'arrêt du 3 mars 2010 dans lequel la cour de cassation s'assure, sur le fondement de l'article 1382 et de l'abus de droit, de l'applicabilité du principe de

ne suffit pas à lui-seul à légitimer un droit à réparation, l'action s'exerçant sur le fondement de l'article 1382 du code civil.

78.- Tantôt, le principe de précaution est invoqué et favorablement accueilli en tant que fondement-même de l'action. Dans une décision du 4 février 2010, la cour d'appel de Chamberry rejette la demande constatant que le principe de précaution a déjà été pris en considération, mais souligne que l'action possède un double fondement, le trouble anormal du voisinage et le principe de précaution¹⁸⁰.

79.- Enfin, dans certaines décisions, il est relié à la théorie du trouble anormal du voisinage. C'est notamment le cas dans la jurisprudence relative aux antennes de téléphonie mobile où les actions sont fondées sur le trouble anormal du voisinage. Dans ces décisions, le principe de précaution vient influencer la théorie du trouble anormal du voisinage¹⁸¹. Dès lors, le principe de précaution est véritablement appréhendé par les juridictions civiles comme un principe général de droit privé devant irriguer le droit de la responsabilité¹⁸².

80.- Le principe de précaution a donc une influence soit médiate soit indirecte sur la responsabilité civile. Dans notre travail, il sera question de s'interroger sur l'application à la

précaution et par conséquent de son respect (Cass. civ. 3^{ème}, 3 mars 2010, pourvoi n° 09-19108). Sur cet arrêt, voir le commentaire de Malo Dépincé : M. DÉPINCÉ, « Les limites du principe de précaution en droit civil », <http://www.lexcellis-avocats.fr> ; en l'espèce, les expertises concluaient fermement à l'absence de risque, dès lors l'incertitude scientifique alléguée par le demandeur ne suffisait pas à faire droit à sa requête ; le principe de précaution n'exempte pas de rapporter la preuve, fut-ce-t-elle par des expertises contradictoires. Voir aussi sur la jurisprudence judiciaire relative aux antennes relais : les commentaires d'Arnaud Gossement sous les arrêts de la CA Paris 7 avril 2007, et CA Bordeaux 20 septembre 2005, A. GOSSEMENT, comm. 94, « Antennes relais », *Jurisclasseur environnement*, n°12, décembre 2005, pp. 25-26.

180CA Chamberry 4 février 2010. Dans le même sens de l'admission du principe de précaution en tant que fondement de l'action : TGI Grasse 17 juin 2003, RCA, nov. 2003. 7, note S. KOWOUVIH confirmé par CA Aix-en-Provence, 8 juin 2004 : le juge judiciaire s'est fondé, outre sur le trouble anormal du voisinage, au nom d'un « principe de précaution renforcée ». ; CA Lyon 15 septembre 2009 : CA Nevers 22 avril 2010.

181Voir TGI Nanterre, 18 septembre 2008, D. 2008, p. 2916, obs. M. BOUTONNET et commentaire de J.-V. BOREL, *JCP* Ed. Générale, 2008, II, 10208. Mathilde Boutonnet observe que « l'on assiste à la croissance, dans le domaine des antennes-relais, d'un courant jurisprudentiel dans lequel s'inscrit notre jugement qui tend à s'appuyer sur le principe de précaution pour étendre le champ d'application de la théorie du trouble de voisinage aux risques incertains » (M. BOUTONNET, « La théorie des troubles anormaux du voisinage et le principe de précaution : une conciliation difficile », article précité). Voir dans ce sens, l'arrêt de la CA d'Aix-en-Provence du 8 juin 2004 précité, qui confirme le jugement du TGI Grasse du 17 juin 2003 (dont le fondement était double, trouble anormal du voisinage et « principe de précaution renforcé ») ; TGI Toulon 20 mars, précité, considérant que l'exposition de son voisin à un risque même hypothétique constitue un trouble du voisinage (mais ce jugement a été infirmé par la CA d'Aix-en-Provence dans un arrêt du 15 septembre 2008 motivé par l'absence de preuve d'un risque sanitaire).

182M. BOUTONNET, « Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », *Rec. Dalloz* 2010, p. 2662.

responsabilité pénale de ces qualités matricielles du principe de précaution relevées en droit de la responsabilité civile.

• Principe de précaution et responsabilité pénale

81.- En l'état des textes, on ne peut affirmer que la violation du principe de précaution engage une responsabilité de type pénal, l'incrimination et la sanction devant être prévues par la loi sur le fondement du principe de légalité qui régit la matière pénale¹⁸³. Le législateur n'a pas assorti le non respect du principe de précaution d'une sanction pénale, et en l'absence d'une telle précision, celui qui ne respecterait pas le principe de précaution n'engage pas sa responsabilité pénale¹⁸⁴. En effet, en raison du principe de légalité et du principe d'interprétation stricte de la loi pénale¹⁸⁵, le principe de précaution n'est pas susceptible de s'appliquer tel quel. Il ne peut qu'être source d'inspiration dans la mesure où la responsabilité pénale n'existe que sur le fondement d'un texte précis, avec une incrimination précisément déterminée.

82.- Toutefois, la sanction, par l'admission de fautes non intentionnelles, du défaut de prudence défini à l'article 121-3 alinéa 3 du code pénal¹⁸⁶, se rapproche sémantiquement du

183X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, Série Droit privé, Coll. Cours Dalloz, 4^{ème} édition, 2010, pp. 17- 19, n° 21 ; PH. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^{ème} édition, 2004, n° 86s.; B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, Précis, 21^{ème} édition, 2009, pp. 101-143, n°99s. ; Y. JEANCLOS, *La justice pénale en France, Dimension historique et européenne*, Dalloz, Coll. « Méthodes du droit », 2011, pp. 71-76 ; J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, Coll. « Droit fondamental », 2^{ème} édition refondue, 2009, p. 412, n°221. Voir également *infra* (Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1).

184Voir notamment G. MARTIN, *D.* 1995. Chron. 229, cité par Damine Roets (D. ROETS, « Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », *RSC* 2007, pp. 251s.). Voir également, M. DEGUERGUE, *op.cit.*, pp. 8-9.

185Voir *infra* (Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1).

186L'article 121-3 modifié par la loi n°2000-647 du 10 juillet dispose : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre./ Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. / Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait./ Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer./ Il n'y a point de contravention en cas de force majeure. »

défaut de précaution. Mais l'engagement de cette responsabilité est dépendante de la réalisation d'un dommage. Pour Mathilde Boutonnet, le principe de précaution est incompatible avec le délit de l'imprudence, ce dernier s'appliquant en cas de réalisation du dommage (alors que la précaution a un sens préventif)¹⁸⁷. Aussi, le défaut de prudence ne permettrait pas de sanctionner l'irrespect du principe de précaution tant que les dommages ne sont pas survenus.

83.- En revanche, le principe de précaution est susceptible de s'appliquer une fois que les dommages se sont produits en raison d'un défaut de précaution. Néanmoins, le principe perdrait de sa substance et de sa valeur, dans la mesure où il consiste précisément à éviter la réalisation des dommages¹⁸⁸.

84.- Par ailleurs, indépendamment de toute référence au principe de précaution, le droit pénal sanctionne le dol éventuel¹⁸⁹, qui peut être défini comme la volonté de l'agent de prendre un risque et qui est rattaché à la faute de mise en danger délibérée de la personne d'autrui définie par l'article 121-3 alinéa 2 précité. Le dol éventuel est bien le dol susceptible de caractériser l'élément intentionnel dans le cas de non respect du principe de précaution¹⁹⁰. Dans une telle hypothèse, l'agent connaît les risques de son action, du moins leur potentialité d'occurrence, car il a conscience de l'incertitude qui entoure l'absence de ces risques, mais il

187M. BOUTONNET, *op.cit.*

188Ibidem. Et voir *infra*.

189Patrick Morvan définit le dol éventuel ainsi : « Manifeste un dol éventuel l'auteur qui a voulu l'acte causal du dommage puis connu et admis la probabilité que le résultat dommageable se produise (soit le « risque ») mais sans vouloir aucunement qu'il se produise. L'auteur, en d'autres termes, s'abandonne à parier, à miser sur la vie d'autrui en commettant délibérément une faute grave (la gravité se mesurant ici à l'aune du risque, du taux de probabilité que des victimes soient atteintes). Le dol éventuel est défini par la loi comme la « mise en danger délibérée de la personne d'autrui » (C. pén., art. 121-3, al. 2). Si l'infraction n'est plus intentionnelle (le dol éventuel n'est donc pas un dol), elle demeure à l'évidence volontaire. Il est donc impossible de confondre intention et volonté ». (P. MORVAN, « L'échelle de la culpabilité en droit pénal : un mode d'emploi », <http://patrickmorvan.over-blog.com/article-18662651.html>) ; Bernard Bouloc donne la définition suivante : « Lorsque l'agent, sans vouloir en aucune façon, le résultat dommageable qui s'est produit, ou même aucun résultat, l'a simplement prévu comme possible, on parle alors de dol éventuel » et ajoute que « d'un point de vue psychologique, le dol éventuel se situe entre l'intention proprement dite et la faute d'imprudence ou de négligence, qui ne suppose ni l'acceptation éventuelle du résultat illicite, ni la recherche d'un tel résultat », B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, Précis Droit privé, 21^{ème} édition, 2009, p. 246, n°169 ; X. PIN, *op.cit.*, pp. 159-161, n°186.

190Dans la gradation des fautes pénales, distinguant fautes intentionnelles et fautes non intentionnelles, le dol éventuel se situe à la lisière des deux catégories. Pour certains auteurs, notamment Patrick Morvan (P. MORVAN, *op.cit.*), il faut encore distinguer entre fautes volontaires et fautes involontaires. D'après cette deuxième classification, le dol éventuel, s'il constitue bien une faute non intentionnelle, est également une faute volontaire. L'agent n'a certes pas voulu que le dommage se réalise, mais il a voulu prendre le risque de réalisation dudit dommage. Xavier Pin évoque, quant à lui, une « faute de nature intermédiaire » (X. PIN, *op.cit.*, p. 157s, n°183).

agit en dépit de cette donnée tout en souhaitant et en espérant que ces risques ne se concrétiseront pas.

85.- Ce comportement est d'abord sanctionné en tant qu'infraction spécifique. En tant que tel, on le retrouve dans le délit de mise en danger d'autrui, qui n'a produit aucune conséquence dommageable, donc sans référence au résultat, selon l'article 223-1 du code pénal¹⁹¹. Le délit de mise en danger délibérée d'autrui est donc l'infraction emblématique du dol éventuel¹⁹². Posé par l'article précité, il est « *le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement* »¹⁹³. Un premier constat s'impose, celui de la qualification de mise en danger des seules expositions d'une ou de personnes à un risque en raison de la présence du terme « autrui ». L'environnement, les risques pour la nature, ne sont dès lors pas envisagés sous cette incrimination. Par ailleurs, pour qu'il soit constitué, ce délit suppose la réunion de deux conditions : la violation d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi¹⁹⁴ et l'exposition d'autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures susceptibles d'entraîner une mutilation ou une infirmité permanente. Certains auteurs soutiennent que ce délit défini par l'article 223-1 du code pénal sanctionne le non

191 Voir M. PUECH, « De la mise en danger d'autrui », *D.* 1994, Chron. 153S ; voir également *infra*. Il s'agit donc ici de sanctionner un comportement risqué en tant que tel, de « lutter contre l'incivisme de certains de nos concitoyens, dont les comportements sont dangereux » (X. PIN, *op.cit.*, p.161).

192 Concernant la place de ce délit particulier dans l'échelle de la faute pénale, la jurisprudence le considère tantôt comme une faute intentionnelle (TGI Saint-Etienne, 10 août 1994, *Gaz. Pal.* 1994. 2. 775 et *RSC* 1995. 575, obs. Y. MAYAUD : « L'exigence d'une violation manifestement délibérée traduit la nécessité de méconnaissance intentionnelle de l'obligation de sécurité imposée par la loi ou le règlement, à l'exclusion de tout manquement par imprudence ou négligence » ; CA Grenoble 19 février 1999, *D.* 1999. 480, note REDON ; *D.* 2000. Somm. 33, obs. Y. MAYAUD ; *JCP* 1999. II. 10171, note LE BAS : « l'intention exigée par l'infraction volontaire de mise en danger d'autrui est celle de mettre autrui en danger, et non celle d'enfreindre la réglementation, car sinon elle ne se distinguerait pas de l'intention de commettre la contravention au règlement spécialement punie de peines inférieures ; il faut donc que soient constatées et la présence de l'autrui mis en danger, la connaissance par l'auteur de la présence d'autrui, et la volonté spéciale de l'auteur de le mettre en danger, c'est-à-dire la conscience qu'il sera nécessairement mis en danger par son comportement ») tantôt comme une faute non intentionnelle (CA Douai 11 janvier 1995, *Gaz. Pal.* 1995. 2. 543 ; *RSC* 1996. 651, obs. Y. MAYAUD : le délit de risque causé à autrui, qui n'est pas un délit intentionnel, exclut la recherche délibérée d'un résultat dommageable et vient seulement sanctionner une imprudence, cela quand bien même celui qui le commet prend un risque de façon manifestement délibérée »).

193 Ce délit est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende, article 223-1 CP *in fine*.

194 La jurisprudence constante rappelle la nécessité de cette première condition. CA Aix-en-Provence 22 novembre 1995 : en l'absence de la violation d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi, le délit de l'article 223-1 du Code pénal n'apparaît pas constitué sans qu'il soit nécessaire d'en examiner les autres éléments constitutifs (*D.* 1996. 405, note BORRICAND ; *Gaz. Pal.* 1996. 1. 112, note DOUCET) ;

respect du principe de précaution¹⁹⁵. Mais cette affirmation amène plusieurs objections : la nécessité d'un texte préexistant et la question de la nature du risque (hypothétique ou avéré)¹⁹⁶.

86.- Ce comportement caractérisé par le dol éventuel est aussi appréhendé par le droit pénal comme une circonstance aggravante d'autres infractions, même si l'intention de la réalisation du risque n'est pas avérée. La mise en danger délibérée d'autrui est en effet aussi une circonstance aggravante de l'homicide involontaire (articles 221-6 et 221-6-1 du code pénal), des atteintes involontaires à l'intégrité de la personne (articles 219-19, 219-19-1, 222-20, 222-20-1 du code pénal) ainsi que des atteintes aux biens (article 322-5 du code pénal). Xavier Pin parle, dans ces cas, d'aggravation d' « imprudence consciente »¹⁹⁷.

87.- Jusqu'à aujourd'hui, la jurisprudence pénale n'a jamais cité le non respect du principe de précaution comme fondement de la mise en danger délibérée d'autrui, ni en tant que prise en compte du dol éventuel pour qualifier une circonstance aggravante. Aussi, l'étude de l'influence du principe de précaution sur le droit pénal nous conduira à nous interroger sur les liens possibles entre le dol éventuel et la logique de précaution¹⁹⁸.

88.- Outre les fautes non intentionnelles et le dol éventuel, certaines infractions, pour la plupart récentes, consistent à sanctionner un comportement délibéré (et considéré hors-norme ou amoral) susceptible de conduire à la réalisation d'un dommage¹⁹⁹. Notre étude sera l'occasion d'analyser, au regard du principe de précaution, ces différentes incriminations de comportements jugés à risque présentes dans le droit positif, que le risque se soit réalisé ou qu'il ne soit que potentiel.

195 Voir notamment M. PRIEUR, « Le principe de précaution », les X^{èmes} journées juridiques franco-chinoises sur le droit de l'environnement, Paris, 11-19 octobre 2006 (disponible sur www.legis-compare.com/IMG/pdf/2-Prieur.fr), cité par Damien Roets, D. ROETS, *op.cit.*

196 Voir *infra* (Partie 2, Titre 1, Chapitre 1).

197 X. PIN, *op.cit.*, pp. 162-163, n°187) et souligne que la loi du 10 juillet 2000 a « brouillé les catégories [...] en unifiant les définitions de la faute de mise en danger et de la faute aggravée » (pour preuve, les deux catégories de fautes que sont la mise en danger délibérée et la faute aggravée relèvent d'une violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement » - article 121-3 alinéa 3 du code pénal pour la faute d'imprudence et article 223-1 du même Code pour la faute de mise en danger délibérée d'autrui).

198 Voir *infra* (Partie 2, Titre 1, Chapitre 1).

199 Nous étudierons en détails ces incriminations (Voir *infra* Partie 1, Titre 2).

89.- Par ailleurs, le principe de précaution a eu l'occasion d'être invoqué en tant que fait justificatif. C'est le cas par exemple dans l'affaire des faucheurs de maïs OGM mettant en avant l'état de nécessité. Cependant, dans un arrêt du 7 février 2007, la Cour de cassation a refusé d'attribuer au principe de précaution les qualités de l'état de nécessité, capable d'exonérer l'auteur d'une infraction²⁰⁰. Le danger évité par l'application alléguée du principe de précaution est considéré, par les juges, comme étant ni actuel ni suffisamment imminent, l'actualité ou l'imminence étant des conditions de l'admission de l'état de nécessité posées par l'article 122-7 du code pénal²⁰¹.

90.- Avant de clore notre introduction, il faut encore souligner, dans les liens qui unissent principe de précaution et responsabilité pénale, les possibles mutations des rapports entre les citoyens et l'institution judiciaire. En matière de justice pénale, les artisans de la décision face aux risques ne sont autres que les juges, puis après la peine, les récentes commissions de sûreté²⁰². Si l'on poursuit dans la voie de l'intégration progressive de la notion de précaution dans cette matière, il pourrait peser sur ceux-ci une responsabilité en cas de réitération d'infraction de la part de personnes dont ils auraient eu à préjuger de la dangerosité²⁰³. Cette perspective présente une menace réelle pour la stabilité de la justice pénale, et, au-delà, de l'État lui-même, qui deviendraient alors comptables de tous les maux de la société alors que ces derniers ne sont justement pas toujours évitables. Le principe de précaution pourrait conduire, en effet, à une surresponsabilisation difficilement maîtrisable.

91.- Les relations entre principe de précaution et responsabilité en matière pénale devront donc être envisagées sous deux angles. D'abord, il faudra les étudier sous l'angle de l'extension de la responsabilité de l'individu, qui, en l'absence de provocation de dommage concret, pourrait, en vertu de son comportement risqué et/ou de sa dangerosité supposée, faire l'objet de peine ou de mesures pénales. Mais une autre approche devra susciter notre attention, celle de l'innovation dans la construction des rapports entre l'institution judiciaire et les

200 Voir l'arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle, 7 février 2007 (pourvoi n° 06-80.108). Et notamment, A. DARSONVILLE, « La destruction d'OGM ne relève pas de l'état de nécessité », Observations sous l'arrêt précité, *Dalloz*, 1^{er} mars 2007, n°9, p. 754 ; F.G TRÉBULLE, « OGM : le « fauchage » n'est justifié ni par l'état de nécessité ni par le principe de précaution » (note sous l'arrêt précité) *Semaine Juridique* - Édition Générale (2007), volume 81, n°14, p. 41-44.

201 Selon l'article 122-7 du code pénal : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace* ».

202 Voir *infra*.

203 Voir *infra*.

victimes réelles ou potentielles, qui pourraient, si un devoir de précaution²⁰⁴ était consacré en la matière, exiger des comptes de la part de tous ceux sur qui a reposé la décision²⁰⁵.

92.- Tous les aspects politiques et philosophiques du principe de précaution, que nous avons développés dans cette introduction, nous fournissent un précieux éclairage sur le jeu et les enjeux de ce principe en matière pénale dans l'hypothèse d'une consécration en ce domaine, mais également dans l'hypothèse où, sans consécration expresse, il est susceptible, de par sa portée généraliste, de modifier l'économie de la matière.

93.- Afin d'envisager tous les rapports entre le principe de précaution, d'une part, et le droit pénal et la politique criminelle contemporains, d'autre part, nous appréhenderons les réformes pénales récentes et analyserons leur philosophie sous-jacente. Nous prendrons comme point de départ l'année 2002, au cours de laquelle a été adoptée la LOPSI 1²⁰⁶. Nous examinerons les dispositions adoptées depuis cette date et leurs conditions d'élaboration (motivation du législateur, travaux parlementaires, médiatisation). A la fin de notre travail, en 2014, une réforme pénale a été votée suite au changement de président de la République et de gouvernement en 2012²⁰⁷. Cette réforme du 15 août 2014, ainsi que les souhaits politiques exprimés depuis 2012²⁰⁸, entendent rompre avec la spirale sécuritaire de toutes les lois précédentes que nous décortiquons dans notre étude. Cette loi de 2014 « relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales » supprime

204 Sur l'émergence d'un devoir de précaution, voir *infra* (Partie 1, Titre 1, Chapitre 1).

205 Soulignons la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République qui a modifié l'article 65 de la constitution en y insérant notamment la possibilité pour le justiciable de saisir le Conseil supérieur de la magistrature (CSM) et la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution (en vigueur depuis le 23 janvier 2011, *JORF* du 23 janvier 2011) qui précise les conditions de cette faculté de saisine du CSM, et l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature modifiée. Aux termes de ces textes, tout justiciable, qui estime qu'à l'occasion d'une procédure judiciaire le concernant le comportement adopté par un magistrat du siège ou du parquet dans l'exercice de ses fonctions est susceptible de recevoir une qualification disciplinaire, peut saisir le CSM. Cette possibilité offerte au justiciable de saisir le CSM dans le cas où il estime qu'il existe une faute de la part du juge peut être regardée comme un accroissement de l'État de droit mais également comme une certaine méfiance du juge. Il peut être à craindre que cette procédure soit utilisée pour dessaisir à tort un juge ou pour « faire payer » le juge qui n'a pas donné gain de cause. Toutefois, les conditions de mise en œuvre de cette saisine apparaissent suffisamment restrictives pour empêcher de tels dévoilements de la nouvelle procédure. Voir notamment J.-P. JEAN, « Saisine du CSM par les justiciables, la boîte de Pandore est-elle ouverte ou fermée? », article publié sur blog dalloz le 25 juin 2009, <http://blog.dalloz.fr/2009/06/saisine-du-csm-par-les-justiciables-la-boite-de-pandore-est-elle-ouverte-ou-fermee>.

206 Loi n°2002-1094 d'orientation pour la programmation de la sécurité intérieure du 29 août 2002. Cette même année est adoptée la loi n° 2002-1138 d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002 dite loi Perben 1.

207 Voir *infra*.

208 Voir *supra*.

certaines dispositifs emblématiques de l'influence du principe de précaution tout en en créant d'autres qui, dans une certaine mesure, ne s'éloignent pas de la logique de précaution. Surtout, cette loi, présentée comme une grande réforme pénale, ne revient pas entièrement sur tous les changements opérés depuis 2002, qui signent l'application souterraine du principe de précaution au droit pénal. Aussi, l'analyse de la récente loi de 2014 nous permettra d'apprécier les évolutions de la tendance précautionniste observée depuis 2002 dans la matière du droit pénal et de la politique criminelle.

94.- Notre étude nous conduira notamment à élucider certaines questions importantes. Quelles influences la philosophie de précaution exerce-t-elle sur toutes ces réformes ? Comment cette philosophie se traduit-elle au sein des nouveaux textes pénaux ? La politique criminelle, qui inspire et découle de ces réformes, ouvre-t-elle la voie à une nouvelle rationalité pénale de précaution ? Ces questionnements feront l'objet d'un premier développement, au sein duquel nous étudierons l'intégration progressive du principe de précaution à la matière pénale. Influencé par un contexte de grande crise des institutions, évoqué plus haut, il était prévisible et inéluctable que le droit pénal se tourne naturellement vers une approche de précaution, si l'on se réfère notamment au volet préventif de la matière pénale et à son souci permanent d'enrayer le risque délinquant. En effet, compte tenu du nouveau rôle de l'État pour garantir, à une société de victimes potentielles, la sécurité face aux risques protéiformes et compte tenu d'un changement de discours autour du risque délinquant, cette adhésion était inévitable (**Partie 1**).

95.- Pour autant, ce constat ne doit pas nous empêcher d'examiner en profondeur ces nouvelles dispositions, leur conformité et leur adéquation aux principes fondamentaux du droit pénal, dont le premier est le principe de légalité des délits et des peines. Dans un second développement, nous analyserons comment le principe de précaution, poussé à l'extrême, participe de la désintégration des principes généraux et de la déstructuration du sens et de la portée du droit pénal. De la sorte, la philosophie portée par la politique criminelle contemporaine, avec ces rapprochements possibles à celle issue du principe de précaution, est-elle adaptée au droit pénal et à ses fondements? Si on s'attend à ce qu'elle bouleverse

certaines notions classiques du droit pénal, n'engendre-t-elle pas parfois un « dépassement du droit »²⁰⁹? A maints égards, il ressort de notre observation qu'il n'est pas souhaitable que le droit pénal finisse par se trouver en position de sujétion au principe de précaution. Son adhésion philosophique à ce principe, dans sa soumission à lui, dénote, à notre sens, des dérives non sans conséquence sur l'équilibre de la justice pénale (**Partie 2**).

²⁰⁹Expression utilisée notamment par Antoine Garapon, A. GARAPON, *op.cit.*

PARTIE 1 : L'INEVITABLE ADHESION DU DROIT PENAL AU PRINCIPE DE PRECAUTION

*« La sévérité des peines convient mieux au gouvernement despotique et un bon législateur s'attachera moins à punir les crimes qu'à les prévenir, il s'appliquera plus à donner des mœurs qu'à infliger des supplices ».*²¹⁰

96.- Le principe de précaution et sa reconnaissance par le grand public et par les politiques se sont imposés progressivement comme une ligne de conduite lorsque les progrès de la connaissance se sont accompagnés d'incertitudes scientifiques. L'adhésion philosophique du droit pénal au principe de précaution était alors prévisible si l'on considère le contexte pluriel²¹¹ de recrudescence des risques protéiformes, de crise des institutions (plus récemment, les crises sécuritaires, sociales, économiques et financières) et d'exacerbation de l'intolérance sociale aux risques qui touchent de nombreux domaines de la société. Comme les autres, les risques liés à la délinquance, défient l'action publique sans que la science puisse offrir de certitudes sur la causalité des phénomènes ni même sur l'existence de ces risques. En instillant l'idée de la nécessité d'œuvrer dans le sens d'une prévention précoce, en usant de prudence, de précaution, même dans les cas où le risque couru n'est pas scientifiquement avéré, les gouvernants entendent rassurer l'opinion publique qui exige d'être protégée. Le principe de précaution s'est fondu ainsi presque naturellement dans la matière pénale dont les objectifs, s'ils sont d'abord et surtout la répression des atteintes à la loi²¹², ont affiché une prévention de plus en plus ciblée en amont de l'apparition du risque délinquant²¹³. Enjeu important de la gestion publique, le principe de précaution procédera d'une approche

210MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, livre VI, Chap. IX.

211Ce contexte a été évoqué en introduction, voir *supra*.

212Voir *supra* sur les fonctions du droit pénal.

213*Idem*. Et voir également l'évolution de la prévention, *supra* (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2).

prospective des dangers, matérialisée par l'accélération des réformes pénales et l'adoption de dispositions pénales diverses marquant nettement la politique criminelle.

97.- L'intégration de la logique de précaution dans le droit pénal est d'autant plus naturelle qu'elle suit une mutation globale de la société marquée par l'aversion des populations développées au risque et la nécessité subséquente pour les institutions d'enrayer le moindre danger. Elle s'insinue dans le respect du pacte social unissant la société à l'État, lequel doit veiller à la sécurité de ses citoyens²¹⁴.

98.- Dans ce contexte de développement, la domination du droit pénal par le principe de précaution apparaît alors légitimée (**Titre 1**). Il s'agit de répondre aux peurs des administrés par la réaffirmation toujours plus pressante de la présence de l'État à leurs côtés. Elle est aussi légitimée par l'émergence d'une idéologie axée sur la précaution, qui, inspirée d'idées anciennes se fondant sur la dangerosité²¹⁵ de certains individus et tentant d'intégrer l'incertitude au processus décisionnel, poursuit, de manière assumée, l'utopie du risque zéro²¹⁶. Le droit a pu être « instrumentalisé », entraînant une véritable frénésie sécuritaire et législative de la part des décideurs.

99.- Afin d'en saisir tous les enjeux, nous théoriserons l'application subséquente du principe de précaution au droit pénal et à la politique criminelle dont témoignent les nombreux bouleversements que ces domaines connaissent, s'appuyant le plus souvent sur une idéologie du pragmatisme et de l'efficacité, au nom de la sécurité et de la protection des victimes (**Titre 2**). La politique criminelle actuelle obéit dès lors à un nouveau modèle dont la rationalité est indexée sur le principe de précaution.

214 Voir *supra*.

215 Sur la notion de dangerosité, voir *supra* (Partie 1, Titre 1, Chapitre 2).

216 Sur cette utopie du risque zéro, voir notamment Geneviève Giudicielli-Delage in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, IRJS Éditions, PUF, Coll. « Les voies du droit », 2011, p.281.

TITRE 1 : LA LEGITIMATION DE L'APPLICATION DU PRINCIPE DE PRECAUTION EN DROIT PENAL

100.- Si le principe de précaution a pu influencer sur la matière pénale, c'est que cela est apparu légitime. La légitimité trouve appui dans l'établissement d'un consensus autour de la nécessité d'adopter plus de prudence dans toute action ou politique publiques. Faire entrer un principe capable de révolutionner les modes de fonctionnement n'aurait pas été possible sans légitimité apparente et sans discours le légitimant. Cette légitimité utilise l'argumentaire selon lequel le principe de précaution œuvre pour la tranquillité et la sécurité du peuple. Par l'usage de précaution, on entend empêcher que des menaces délinquantes atteignent la société. La transposition du principe de précaution au droit pénal est présentée comme allant de soi car la précaution promeut l'idée d'agir pour le bien-être de l'humanité qu'elle entend préserver de tous les actes ou comportements potentiellement perturbateurs.

101.- Deux séries de justifications peuvent être avancées pour cerner les contours de l'application du principe de précaution au droit pénal. D'une part, cette application est légitimée par les conditions d'un contexte sociopolitique en crise mettant en avant le fondement de l'intervention publique dans la mise en œuvre de stratégies efficaces de prévention de risques tous azimuts et particulièrement du risque délinquantiel (**Chapitre 1**). Cette intervention étatique est elle-même légitimée par une tendance à se référer à une approche victimaire de tous les phénomènes affectant la société, dont la criminalité.

102.- D'autre part, certaines tendances idéologiques viennent à son appui (**Chapitre 2**), perceptibles à travers l'évolution de la fonction du droit pénal (re)questionnant les valeurs et les principes juridiques du droit pénal moderne. Le souci de précaution face à la criminalité a toujours existé, de manière plus ou moins visible, à travers les époques. Les différentes écoles de pensée depuis les positivistes semblent l'avoir intégré, sans le nommer, dans leur appréhension de la délinquance et leurs préconisations pour traiter cette dernière. Mais il atteint aujourd'hui son paroxysme pour s'ériger en une idéologie que l'on retrouve aux soubassements des réformes pénales.

CHAPITRE 1 : LA LÉGITIMATION SOCIOPOLITIQUE DE L'APPLICATION DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT PÉNAL

103.- Nous avons déjà évoqué en introduction l'amplification des risques et les modifications de notre perception de ces derniers²¹⁷. Ces deux phénomènes forment une première strate du terreau de l'application du principe de précaution au droit pénal. Deux autres aspects de la société contemporaine participent de la légitimation de l'utilisation de la notion de précaution en droit pénal et méritent toute notre attention, tant ils paraissent déterminants : le rôle particulier de l'État en matière de protection et l'importance d'une certaine idéologie victimaire.

104.- Les mutations du rôle de l'État face aux risques et l'émergence d'un devoir de précaution à l'encontre du risque délinquant sont autant de facteurs qui ont contribué à l'adhésion du droit pénal au principe de précaution (**Section 1**). L'utilisation de la notion de précaution face au risque délinquant s'immisce dans une nouvelle gestion des risques initiée par l'État. Elle s'intègre dans un mouvement général de redéfinition du rôle de l'État face aux dangers pluriels que redoute la société.

105.- Concomitamment, le développement d'une approche victimaire de la société constitue également une source de légitimité pour l'application du principe de précaution au droit pénal (**Section 2**). La précaution ne peut être justifiée que parce qu'elle protège les individus. Les atteintes qu'elle est susceptible de causer à l'encontre des fondements du droit pénal ne sont acceptables que dans la mesure où elles sont contrebalancées par les effets positifs escomptés sur la sécurité de la société.

²¹⁷Voir *supra* (Introduction) et *infra* (Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2 à propos de l'idéologie victimaire).

SECTION 1 : LE RÔLE DE L'ÉTAT DANS L'INTÉGRATION DE LA NOTION DE PRÉCAUTION

EN MATIÈRE PÉNALE

106.- L'extension du principe de précaution au droit pénal a été consacrée au plus haut niveau, par l'État, qui en assure la légitimité. Et c'est dans un mouvement global de re-précision du rôle de l'État face aux divers phénomènes plongeant la société dans l'insécurité que ce processus s'est réalisé.

107.- L'État a donc joué un rôle majeur dans l'émergence de postures précautionneuses dans le domaine pénal. S'agissant de ce rôle dans l'insertion de la notion de précaution dans cette matière, il faudra d'abord étudier la réaction de celui-ci face aux risques en général (I). Plus précisément, la prise en considération de risques nouveaux a conduit l'État à se doter de nouveaux principes de gestion publique des risques dont le principe de précaution. L'extension de ce principe à la gestion de la délinquance paraît, à la fois, logique si l'on considère la nécessité et la volonté de protéger la société de tous les risques, et politique dans la mesure où elle s'inscrit dans un projet politique donné et consacre une conception singulière de la criminalité. Ainsi, cette extension témoigne d'une réaction fortement politique à l'égard du risque particulier de délinquance (II).

I. LA RÉACTION ET LE RÔLE DE L'ÉTAT FACE AUX RISQUES PROTÉIFORMES

108.- En tant qu'autorité suprême, l'État a dû prendre en considération la multiplication des risques²¹⁸ (A). Il apparaît que cette attention croissante portée aux risques de toute nature l'a conduit à assimiler le risque délinquant aux autres risques, pourtant substantiellement différents (B)

²¹⁸Nous renvoyons à l'introduction sur la multiplication des risques dans la société moderne et la société postmoderne.

109.- L'intervention de l'État dans la vie privée s'est affirmée progressivement avec la volonté de contrôler les risques auxquels peuvent être exposés les individus. Mais cela n'a pas toujours été ainsi. D'abord abstentionniste, l'État, tel qu'il avait été conçu avec les idées des Lumières œuvrant contre l'arbitraire de l'Ancien régime, est un État qui se veut garant de la liberté individuelle et qui, pour cela, s'interdit toute intervention dans la vie du citoyen²¹⁹. En réaction à une immixtion de l'État irrespectueuse de la liberté des individus, s'est construite l'image d'un État promouvant la liberté par son abstention²²⁰. A l'époque, l'intervention étatique est regardée comme une entrave à la liberté, à toutes les libertés. Cette conception ressort de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (ci-après DDHC)²²¹. Il ne s'agit pas ici d'établir un historique de la construction de l'État jusqu'à sa forme actuelle, mais de souligner que l'État, souhaité au départ abstentionniste dans la vie des citoyens de manière à assurer leur libre existence, s'est finalement résolu à intervenir dans certains domaines afin de prendre en considération des risques susceptibles d'affecter la société²²². A la fin de la seconde guerre mondiale²²³, il se donne pour mission d'assurer de nouveaux droits en matière sociale²²⁴. Le préambule de la constitution de 1946, intégré au bloc de constitutionnalité depuis une décision du Conseil

219 Nous ne nous intéresserons pas ici à la construction de l'État-Nation, qui n'est pas l'objet de notre étude. Nous nous contenterons de donner quelques éléments nécessaires à la compréhension de l'engagement de l'État dans la lutte contre les risques dont le risque délinquant.

220 Pour Rosanvallon, l'État devient un État « instituteur du social », chargé de reconstruire le lien social et de donner ainsi sens à la « nation ». Voir P. ROSANVALLON, *L'État en France de 1789 à nos jours*, Seuil, Coll. Histoire, 1990, p.94s.

221 S'agissant de la justice pénale étatique, Mondielli et Fialaire écrivent : « La construction des régimes politiques occidentaux est, en grande partie, celle de la recherche d'une logique compromissoire entre l'autorité et la liberté. A partir du 19^{ème}, le mandat confié à l'État libéral c'est d'être un État de sécurité, de protéger les personnes et les biens. Mais ce mandat fut enfermé dans des limites (DDHC et principes constitutionnels, droit à la sûreté affirmé comme le droit de ne pas être arbitrairement détenu ...). Le droit pénal et la procédure pénale se sont construits sur ce schéma ». J. FIALAIRE et E. MONDIELLI, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Broché, Coll. Universités, 2005. Pour une réflexion sur la DDHC, voir notamment S. RIALS, *La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789*, Hachette, Coll. Pluriel, 1998.

222 Sur le caractère apparent de la contradiction entre État libéral et intervention de l'État, V. notamment PH. MIGNARD, « Pourquoi l'État intervient ... », *Revue Constructif*, juin 2008. Pour l'auteur, en dépit du libéralisme issu de la révolution française, l'empreinte de l'État a perduré du fait de la faiblesse des organisations civiles après la suppression des institutions intermédiaires.

223 Il faut préciser ici que selon certains auteurs, les prémisses d'un État providence se faisaient sentir dès la révolution qui reconnaît l'assistance publique. Un décret du 19 mars 1793 reconnaît le droit à l'assistance pour tout homme se trouvant dans l'incapacité de travailler. V. notamment, sur ce point, P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale*, Éd. du Seuil, 1995, p. 52s.

224 Ces droits sont couramment appelés les « droits de la deuxième génération », succédant ceux de la « première génération » (des droits principalement civils), et précédant aujourd'hui une nouvelle catégorie de droits dits de la « troisième génération » qui sont liés au respect de l'environnement de l'homme.

constitutionnel de 1971²²⁵, consacre, en effet, une série de droits sociaux²²⁶. Ainsi, un système assurantiel (dans le cadre d'un État providence²²⁷) a notamment été mis en place pour protéger le citoyen de l'insécurité sociale²²⁸. Il s'agit d'une protection sociale adossée à la relation de travail fonctionnant sur un mode assurantiel²²⁹.

110.- Dans la société moderne, le constat d'un certain nombre de risques nouveaux (plus exactement de dangers car ce ne sont pas véritablement des risques, dans la mesure où ils ne sont ni prévisibles, ni quantifiables²³⁰) a incité l'État à intervenir soit sur l'occurrence de ces risques, soit sur leurs conséquences. Ces initiatives vont être d'autant plus légitimées que « les sociétés modernes sont construites sur le terreau de l'insécurité parce que ce sont des sociétés d'individus qui ne trouvent, ni en eux-mêmes, ni dans leur entourage immédiat, la capacité d'assurer leur protection »²³¹.

111.- Ainsi, l'État, s'il est demeuré libéral, c'est-à-dire n'intervenant pas dans les domaines où précisément il pourrait attenter à la liberté des individus, entend néanmoins agir afin d'endiguer les risques. Ce changement de posture indique qu'il n'y a pas de séparation nette ni d'incompatibilité entre un libéralisme politique et un interventionnisme étatique dans certains domaines où la quête d'une protection se fait ressentir²³².

225 Décision du 16 juillet 1971, DC n°71-44, JO du 18 juillet 1971, p. 7114, *Recueil*, p. 29.

226 Le Préambule de la Constitution de 1946, alinéas 10 et 11, dispose : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ».

227 Sur la construction de l'État providence, voir la thèse de François Ewald, F. EWALD, *L'État-providence*, Grasset, 1986.

228 En 1945 est créée la Sécurité sociale. Mais le système assurantiel avait déjà été mis en place s'agissant des accidents du travail par une loi du 9 avril 1898.

229 Sur le système assurantiel, voir *infra* (Partie 1, Titre 2, Chapitre 1).

230 V. not. R. CASTEL, *L'insécurité sociale, Qu'est-ce qu'être protégé ?*, Seuil, Coll. La République des Idées, 2003, p. 59 : « Ces nouveaux risques sont largement imprévisibles, ils ne sont pas calculables selon une logique probabiliste, et ils entraînent des conséquences irréversibles, elles aussi incalculables. [...] [Ils] ne sont donc pas à proprement parler des risques, mais plutôt des éventualités néfastes, ou des menaces ou des dangers qui « risquent » effectivement d'advenir ». Voir *supra* (introduction).

231 *Ibid*, p. 7. Robert Castel décrit la fin des « protections rapprochées ».

232 Il s'agit justement là de la dynamique même de la démocratie. Selon Dominique Schnapper, « La proclamation des droits-libertés conduit à la revendication de libertés qui ne soient pas seulement « formelles » - c'est-à-dire civiles, juridiques et politiques - mais aussi « réelles », celles qui donnent à tous les citoyens, par l'intermédiaire des droits-créances ([ceux de la seconde génération, les droits sociaux que nous évoquions plus haut]), les conditions nécessaires à l'exercice « réel » de la citoyenneté. [...] Ces deux ambitions [sont] également constitutives de l'ambition démocratique [...] ». D. SCHNAPPER, « Les libertés au sein de l'État-Providence », *Cahiers français*, n°354, janvier-février 2010, « Liberté/Libertés », La Documentation Française, pp. 8-11, ici, p. 8.

112.- Après s'être révélée dans des domaines socio-économiques, cette attitude interventionniste s'est renforcée à la suite de scandales sanitaires (vache folle, sang contaminé, Tchernobyl..) dans lesquels il a pu être reproché à l'État une absence d'intervention, un certain laxisme voire une action répréhensible. Face à ces affaires, par ailleurs largement médiatisées, l'opinion collective a suspecté, parfois même blâmé, l'État, développant une certaine méfiance à son égard. Celui-ci a dû ainsi adopter, par la suite, un comportement actif dans de nouveaux domaines où les risques liés notamment à la modernité sont susceptibles de se concrétiser. Il pourrait s'agir de ce que Jacques Gerstlé nomme une relation de consistance dans laquelle l'État est influencé par l'état des préférences collectives. Cette « relation de consistance » désigne la « correspondance synchronique entre les états des préférences collectives et l'orientation de l'action publique »²³³. Dans une société inspirée par la peur, « administrée » même par la peur, les individus peuvent attendre de l'État une protection totale contre toutes les formes de risques²³⁴ et l'État lui-même entend prendre en charge ces risques.

113.- En effet, on peut aussi penser que l'État lui-même se sent investi de la mission de juguler les risques²³⁵. D'autant que ces nouveaux domaines d'intervention sont susceptibles d'augmenter l'image de sa puissance. Dans tous les cas, on peut constater un retour de l'État dans des domaines autrefois délaissés et abandonnés aux mains invisibles du progrès sous le paradigme de la libre entreprise (écologie, industrie)²³⁶.

233 Jacques Gerstlé distingue trois situations possibles dans la relation opinion collective/action publique : soit l'opinion collective détermine l'action publique (et il s'agit alors d'une contrainte), soit elle influence l'action publique (pression), soit encore l'une et l'autre sont indépendantes. Il conclut que « l'évidence empirique va dans le sens d'un public qui n'a pas toujours le dernier mot mais qui est souvent capable de faire évoluer ou de maintenir la politique gouvernementale dans certaines directions ». Ensuite, se référant à différentes études américaines, Gerstlé énonce la distinction qui peut être faite entre deux types de relations liant l'opinion collective à l'action publique : la relation de « consistance » et la relation de « congruence », qui caractérise un changement de politique consécutif à un changement des opinions. Lorsque l'enjeu est saillant, le niveau de congruence est important. V. J. GERSTLÉ, « La réactivité aux préférences collectives et l'imputabilité de l'action publique », *Revue française de science politique*, vol. 53, n°6, décembre 2003, Presses de Sciences Po, 2003, pp. 859-885.

234 Bertrand Richard évoque un « infantilisme de la peur », « infantilisme car il fut un temps pas si lointain où grandir, devenir adulte, cela signifiait précisément de dépasser ses peurs pour s'acheminer à peu près bravement et lucidement (ou en faisant mine de l'être) dans le difficile « ge d'homme ». Être adulte réclamait de s'être affranchi des peurs chimériques, des angoisses liées à une conception confuse du monde, pour prendre les rênes de sa vie [...]. La peur, pour le dire vrai était mal considérée. Elle était le signe d'une faiblesse de tempérament et d'un manque à être », préface de *L'administration de la peur* de Paul Virilio. P. VIRILIO (entretiens), *L'administration de la peur*, Ed. Textuel, Coll. Conversations pour demain, 2010, p. 7-8.

235 Selon Dominique Schnapper, « c'est l'État qui a entrepris presque seul de donner du pain à ceux qui ont faim, des secours et un asile aux malades, du travail aux oisifs ; il s'est fait le réparateur presque unanime de toutes les misères », intégrant par là la critique marxiste sur les droits formels ne tenant pas compte de l'inégalité réelle. D. SCHNAPPER, *op.cit.*, p. 10.

236 Puisque « l'expression de crainte est en elle-même un signe de la « faillite » du contrat social » (S. ROCHÉ, *op.cit.*, p.156), l'État se doit de sécuriser la société face aux risques qui suscitent, chez elle, un sentiment de peur.

114.- Cependant, comme le souligne Didier Vrancken, le type de protection qu'entend assurer l'État a peut-être aujourd'hui évolué vers un « nouvel ordre protectionnel », un « ordre protectionnel biographique », s'intéressant aux trajectoires et parcours individuels, tendant à responsabiliser l'individu et à le rendre capable de se parer lui-même (de « s'auto-parer ») des risques²³⁷. Ce nouvel ordre protectionnel (étatique) se distingue des régimes de protection sociale initiaux (largement assurantiels²³⁸) et s'organise autour de trois éléments. D'abord, le nouvel ordre protectionnel est fondé sur des nouvelles politiques et modes d'organisation incitatifs qui « visent à activer les individus, à mobiliser leurs ressources et leurs compétences tout en veillant à les responsabiliser davantage »²³⁹. Ensuite, il se caractérise par l'importance qu'il donne à « la subjectivité des personnes, et, au-delà, à leur fragilité, à leurs sensibilités »²⁴⁰. Enfin, il « s'appuie sur le langage et en particulier sur la production de récits destinés à impliquer davantage les individus dans la gestion de leur propre existence comme dans la gestion de leurs émotions »²⁴¹. Ce cadre conceptuel permet d'expliquer comment a été promue la responsabilisation de l'individu dans laquelle nous trouvons la participation à la gestion du risque délinquantiel²⁴².

115.- En dépit de la crise de l'État-providence²⁴³ et des nouvelles modalités mises en œuvre telles que la responsabilisation des individus, l'État continue à assurer certaines protections et à insuffler des politiques d'intégration et de cohésion sociale²⁴⁴. L'État « postmoderne » n'est pas devenu un État minimal, réduit à des fonctions uniquement régaliennes. « Partout, on a assisté à un mouvement continu d'expansion par lequel l'État en est venu à établir sur la société un réseau de plus en plus serré de contraintes et de contrôles ; alors que dans le modèle libéral classique, il était censé n'occuper qu'un espace social limité,

V. *infra*.

237D. VRANCKEN, *Le Nouvel Ordre protectionnel, De la protection sociale à la sollicitude publique*, Ed. Parangon/Vs, Lyon, Coll. Situations et Critiques, 2010. pp. 10-11. « Certes, nos sociétés européennes offrent encore largement des régimes de protection sociale. Mais ces derniers sont traversés par des mouvements d'inflexion qui nous ont conduits à poser l'existence d'un nouvel ordre protectionnel [...] ».

238Voir R. CASTEL, *op.cit.*

239D.VRANCKEN, *op.cit.*, p. 11. Voir aussi *infra* sur la surresponsabilisation (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2).

240*Ibidem*.

241*Ibidem*.

242Voir *infra* (Partie 2, Titre 2, Chapitre 2).

243Pierre Rosanvallon évoque une triple crise de l'État providence : une crise financière due à la fin des Trente glorieuses, une contestation croissante de son efficacité, une crise de sa légitimité. V. P. ROSANVALLON, *La crise de l'État providence*, Paris, Seuil, 1981.

244Et ce, même si l'on peut observer un recul de l'action politique dans le domaine social ces dernières années.

on a assisté, à partir de la Première guerre mondiale, à une extension continue de sa sphère d'intervention, qui s'est dilatée jusqu'à recouvrir la société toute entière »²⁴⁵.

116.- Une nouvelle forme d'interventionnisme de l'État peut ainsi être constatée, qui ne se déploie plus uniquement en priorité sur des terrains purement sociaux (tels que l'inégalité économique) mais dans un champ indéterminé du risque - et l'indétermination est caractéristique de la précaution²⁴⁶. Dominique Schnapper souligne que, dans « les États, qu'on peut appeler « providentiels », [les] demandes de citoyens s'étendent sans connaître de limites intrinsèques : chacun peut légitimement souhaiter disposer d'une protection plus sûre [...] et de connaître un bien-être plus grand. [...] Les besoins des hommes démocratiques, soucieux de leur bien-être matériel et moral, sont indéfinis et se renouvellent au fur et à mesure que se transforment les sociétés »²⁴⁷. Aussi, chacun peut attendre une protection contre toutes les formes de risques. L'État-providence, qui « est d'abord intervenu pour protéger les individus les plus modestes des aléas [économiques] de l'existence »²⁴⁸, devient alors l'« animateur » des actions menées contre les risques hétérogènes²⁴⁹. Il anime et coordonne une lutte effrénée menée par de multiples acteurs contre le risque²⁵⁰.

117.- C'est dans ce contexte qu'a été consacré le principe de précaution dans des domaines particulièrement affectés par les risques modernes, en matière sanitaire et environnementale, et qu'il a été introduit à des niveaux international, national et régional²⁵¹ et formulé d'application générale²⁵².

245J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, L.G.D.J., Coll. « Droit et société », 3^{ème} édition, 2008, p. 23.

246Voir *infra* et *supra*.

247D. SCHNAPPER, *op.cit.*, pp. 8-11, ici, p. 9, puis p. 10.

248*Ibid*, p. 10.

249Nous empruntons ici l'expression utilisée par Jacques Donzelot et Philippe Estèbe, pour caractériser les relations entre l'État central et les collectivités dans la Politique de la Ville. J. DONZELOT et P. ESTÈBE, *L'État animateur. Essai sur la politique de la Ville*, Éditions Esprit, Paris, 1994, pp. 140-141 et 146-147, cités par Laurent Bonelli. L. BONELLI, *La France a peur, Une histoire sociale de l'« insécurité »*, La Découverte, 2^{ème} édition 2010, p. 81.

250Voir *infra* sur la dimension réticulaire du modèle précautionniste de politique criminelle (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2).

251Voir *supra*, Introduction. Nous verrons plus loin en détails le fonctionnement du principe de précaution (V. *Infra*, Partie 1, Titre 2).

252Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution adoptée le 2 février 2000, COM (2000) 1, disponible sur http://ec.europa.eu/environment/docum/20001_fr.htm. ; TPICE, 26 novembre 2002, Affaire Artogodan, T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00 et T-141/00, *Rec.*, 4975, pt 183. V. F. EWALD, *op.cit.*, p.16. Voir *supra*, Introduction, sur ce point.

118.- Puis très vite, comme le soulignent Philippe Kourilsky et Geneviève Viney, « un double glissement tend à s'opérer. [D'une part, le principe de précaution] se diffuse dans d'autres domaines que celui de l'environnement »²⁵³, [d'autre part, il] « commence à pénétrer le droit interne »²⁵⁴. En effet, avant même la constitutionnalisation du principe de précaution, le droit interne y faisait référence, dans le domaine de la protection de l'environnement, depuis la loi du 2 février 1995 relative au « renforcement de la protection de l'environnement » dite loi Barnier. En 2005, le principe de précaution est intégré au bloc de constitutionnalité. Il figure dans la Charte de l'environnement qui a été adoptée le 28 février 2005 et adossée à la Constitution. Cette charte « place désormais les principes de sauvegarde de notre environnement au même niveau que les Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, et que les droits économiques et sociaux du préambule de 1946 [...]. L'élévation au rang constitutionnel de principes à finalité environnementale (ex : prévention, précaution, responsabilité) va permettre de donner une assise juridique plus forte à certains instruments nécessaires à la politique publique dans le domaine de l'environnement »²⁵⁵.

119.- Si le principe de précaution a donc été adopté dans le souci de limiter et d'enrayer les risques environnementaux et sanitaires, il a pu pénétrer la sphère pénale par une assimilation progressive du risque délinquant aux autres types de risques²⁵⁶.

B. UNE ASSIMILATION DU RISQUE DÉLINQUANT AU RISQUE DU PROGRÈS

120.- Progressivement, le risque délinquant a suscité la même réaction de la part de l'État que les autres types de risques. On peut appréhender ce phénomène

253Après le domaine de la protection de l'environnement, le principe de précaution s'applique désormais à la santé et notamment à la sécurité alimentaire. Voir not. Règlement européen n°178/2002 du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2002, §20 : ce règlement qui décline les principes généraux de la sécurité alimentaire au niveau communautaire et crée l'Autorité européenne de sécurité des aliments pose que le principe de précaution s'applique « dans les circonstances particulières où un risque pour la vie ou la santé existe mais où une certitude scientifique persiste ». « Dans les cas où une évaluation des informations disponibles révèle la possibilité d'effets nocifs sur la santé mais où il subsiste une incertitude scientifique, des mesures provisoires de gestion des risques [...] peuvent être adoptées dans l'attente d'autres informations scientifiques en vue d'une évaluation plus complète du risque [...] ». V. F. EWALD, *op.cit.*, p. 17.

254PH. KOURILSKY et G. VINEY, *op.cit.*, p. 15.

255Plaquette sur la Charte de l'Environnement, disponible sur le site du Ministère du développement durable, <http://www.developpement-durable.gouv.fr>.

256V. Philippe Kourilsky et Geneviève Viney, qui, à propos des « revendications qui se réclament du principe de précaution », évoquent « un phénomène social majeur ». « Le principe de précaution a connu un succès d'opinion si notable que son usage est devenu parfois incantatoire » (PH. KOURILSKY et G. VINEY, *op.cit.*, « avant propos », p. 8).

chronologiquement. Dans un premier temps, un devoir étatique de contrôle de tout risque a émergé aux côtés de la simple volonté de l'État d'agir en ce sens (1). Dans un second temps, il semblerait que ce devoir ait trouvé à s'appliquer, sous la forme d'un devoir de précaution, en matière de délinquance (2).

1) La naissance d'un devoir étatique de contrôler tous les types de risques

121.- C'est dans un contexte sociétal marqué d'incertitudes plurielles que l'État se sent animé du devoir de canaliser voire de supprimer les risques de toute substance. Son sens du devoir prend de l'ampleur. Par exemple, le maintien de l'ordre public, une de ses missions régaliennes importantes qui lui sont réservées, tend à recouvrir aujourd'hui d'autres domaines. Certes, cette fonction subsiste et participe de la volonté de prise en charge des risques avérés par la sanction de la violation de la loi, mais, ainsi que le fait remarquer Jacques Chevallier « la dynamique d'évolution des sociétés contemporaines modifie profondément le contexte et les modalités de son exercice : la perspective de « maintien de l'ordre » est désormais englobée dans une problématique beaucoup plus large, celle de la « sécurité », fondée sur l'idée de protection des individus contre les risques de toute nature auxquels ils se trouvent exposés »²⁵⁷. Dès lors, on assiste à une « conception extensive du maintien de l'ordre »²⁵⁸ qui conduit l'État à devoir intervenir dans des domaines toujours plus nombreux, à l'encontre d'un nombre de risques toujours croissant, aussi bien quantitativement que qualitativement.

122.- Avec cette volonté de l'État de contrôler les risques, dont la traduction se manifeste à travers la (ré)affirmation de sa souveraineté et de sa puissance dans un monde dirigé par d'autres instances que les instances étatiques (l'économie, notamment)²⁵⁹, et qui plus est dans une société mondialisée et globalisée où il ne dispose plus du même pouvoir de contrôle, on assiste à l'émergence d'un devoir de maîtriser voire d'éradiquer ces risques²⁶⁰. Ce

257J. CHEVALLIER, *op.cit.*, p. 55.

258Idem. Concernant cette extension du maintien de l'ordre, Philippe Mary écrit que « les préoccupations concernant la « sécurité », que l'on réduit le plus souvent au souci de protection du corps et des biens, sont au contraire « surdéterminés » : elles reçoivent tout le poids des angoisses engendrées par un des aspects fondamentaux de l'existence actuelle - l'incertitude ». PH. MARY, « Pénalité et gestion des risques : vers une justice « actuarielle » en Europe », *Déviance et société*, vol. 25, n°1, 2001, p. 19 (référence faite à Z. BAUMAN, *Le coût humain de la mondialisation*, Hachette Littératures, 1999).

259Sur l'État concurrencé par les opérateurs économiques, voir Jacques CHEVALLIER, *op.cit.*, p. 43s.

260Voir, par exemple, pour illustration, les motifs de la loi LOPPSI 2 : « La nécessité d'offrir aux Français une protection toujours plus importante, dans un environnement de plus en plus complexe et instable, justifie la nouvelle loi d'orientation et de programmation pour les cinq prochaines années (2009-2013) ». Exposé des

n'est pas sans rappeler la thèse centrale d'Hobbes selon laquelle l'individu doit confier la mission de protéger sa sécurité à l'État (tout puissant)²⁶¹. D'où l'existence d'un lien inextricable entre ce devoir étatique de contrôler tous les types de risques pour assurer, dans son sens le plus large, la sécurité du citoyen (dans le but aussi, même inavoué, de faire ré-émerger sa puissance dans un monde devenu incontrôlable) et l'application récente d'un devoir de précaution face au risque délinquant. Le devoir de précaution constitue un prolongement sinon un démembrement, une branche du devoir de contrôle des risques.

2) L'application d'un devoir de précaution face au risque délinquant

123.- Si l'État se voit investi de la lourde tâche de prémunir les individus des risques de toutes formes, cette mission s'attache aussi à éviter le risque spécifique lié à la criminalité. La diminution voire la disparition des formes de « protections rapprochées » a pour conséquence la formulation d'une requête par la société civile à l'État d'une action protectrice et même tutélaire²⁶². Comme nous l'avons déjà souligné, avec l'inflation d'informations que nous subissons, la médiatisation intensive des faits divers et notamment des faits criminels²⁶³, l'intégration du risque délinquant dans la mission étatique de contrôle de

motifs du projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, déposé le 27 mai 2009, et qui deviendra la LOPPSI 2.

261 HOBBS, *Léviathan*, Gallimard, Coll. Folio, 2000.

262 Sur ce point, voir notamment R. CASTEL, *op.cit.*

263 A ce propos, l'idée que la croissance des technologies de l'information participerait à une démocratisation de la science et à l'éclaircissement des individus est courante dans les esprits. Gérald Bronner et Etienne Géhin dénoncent cette « utopie informationnelle » dans G. BRONNER, E. GÉHIN, *L'inquiétant avènement du principe de précaution*, Broché, PUF, 2010 et expliquent le biais cognitif se traduisant par l'attitude consistant à rechercher les informations susceptibles de confirmer ce que l'on croit déjà plutôt que de rechercher la vérité : c'est un « mécanisme de recherche sélectif de l'information ». Pourtant, lorsque l'on recherche la vérité, le processus d'information est plus efficace. Mais il implique que l'on prenne le temps de confronter nos opinions à toutes les informations disponibles, ce qui n'est pas compatible avec notre besoin d'immédiateté et d'émotions. La complexité des analyses scientifiques ne correspondant donc pas aux attentes d'un public assoiffé de sensations immédiates, la recherche d'une audience élevée poussera souvent les journalistes à traiter de sujets à forte charge émotionnelle, ce qui concourt à la formation d'un sentiment d'insécurité et donc à la construction d'une réaction sociale d'intolérance aux risques. Parmi les faits divers de nature criminelle qui exercent une très forte pression anxiogène, les atteintes pédophiles largement relayées et intensifiées par les médias produisent une véritable panique anti-pédophile. Cette diffusion de la peur a grandement contribué au « fiasco judiciaire » de l'« affaire Outreau », (V. A. GARAPON et D. SALAS, *Les nouvelles sorcières de Salem*, *op.cit.*). Selon ces auteurs, le phénomène de panique morale se produit en plusieurs temps. D'abord, « un groupe d'individus est perçu comme une menace pour la société et ses valeurs au point que les médias les présentent comme des dangers publics ; ensuite, un certain nombre de porte-paroles (experts, magistrats, journalistes...) s'érigent en défenseurs de la société et dressent des « barricades morales ». [Le] pouvoir de transformation [de la panique morale] de faits ordinaires en événements extraordinaires travaille les institutions ». Ainsi, la médiatisation d'un risque crée en quelque sorte la menace, « signe par lequel se manifeste ce qu'on doit craindre de quelque chose, l'indice d'un danger » (*Le Petit Robert* 2010). Avec la multiplication des informations diffusées sur les risques, « l'air [devient] lourd de menaces » (expression empruntée à Albert Camus dans A. CAMUS, *La peste*, Gallimard, Folio, 1947, p. 133). Antoine Garapon et Denis Salas considèrent que « la télévision tient la place qu'occupaient autrefois l'Église et ses prédicateurs ». « C'est par son entremise que circulent les « récits » dont la fonction quotidienne est de relier les individus atomisés de la société, de les rassembler dans une même foi [dans une

tous les types de risques n'est pas surprenante. Le nouveau paradigme du risque²⁶⁴ s'étendant ainsi à tous les domaines, pose que la délinquance fait non seulement courir à l'individu des risques multiples, notamment des risques pour son intégrité physique et/ou psychique, des risques pour ses biens, mais aussi un risque d'insécurité subjective²⁶⁵.

124.- Cette extension de l'appréhension de l'insécurité admet la possibilité et, par la suite, l'exigence de l'application d'un devoir de précaution face au risque délinquant²⁶⁶. Ce devoir de précaution apparaît comme le moyen de contrôler cette forme particulière du risque et est présenté comme une parade efficace à la délinquance.

125.- On peut relever que pour parvenir à cet objectif, l'État sollicite des acteurs de plus en plus nombreux. L'intervention d'acteurs privés dans la lutte contre la délinquance s'accroît et est même encouragée par lui²⁶⁷. Si, par cette ouverture, il témoigne de son souci d'endiguer plus efficacement le risque délinquant, l'État conserve un rôle majeur : « il reste au centre du dispositif » de prévention et de traitement de la délinquance et demeure « le régulateur d'un système devenu complexe »²⁶⁸.

126.- Le principe de précaution n'est plus évoqué seulement pour contrer les menaces du progrès et du développement des technologies pesant sur l'environnement, mais est désormais invoqué, aussi, face à des risques de toute autre nature. Cette tendance à considérer tous les risques, quels que soient leur origine et leur contenu, dans un même groupe problématique implique, par conséquent, que l'État réponde également à chacun de ces risques. Le risque délinquant, assimilé aux autres risques, justifierait l'usage légitime de la précaution à l'instar des risques environnementaux et sanitaires. Toutefois, il faut rappeler que le principe de précaution, tel qu'il figure en droit international, communautaire et même interne, n'est pas, à ce jour, juridiquement applicable au domaine de la criminalité²⁶⁹. En cette

même peur, dans une même incertitude] » (A. Garapon, D. Salas, *op.cit.*).

264 Nous étudierons plus tard en détails ce paradigme du risque. Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

265 V. *infra* sur le sentiment d'insécurité.

266 V. *supra*, les déclarations de Nicolas Sarkozy et de Rachida Dati (Introduction).

267 Voir sur point notamment V. GAUTRON, *Les politiques publiques de lutte contre la délinquance*, Thèse de doctorat, Université de Nantes, 2006.

268 J. CHEVALLIER, *op.cit.* p. 57 et p. 58. Voir aussi J. CHEVALLIER, « La police est-elle encore une activité régalienne ? », *Archives de politique criminelle*, n°33, Pédone, 2011, pp. 15-27.

269 Cependant, selon certains auteurs, il existe un risque de glissement envisageable de la constitutionnalisation du principe de précaution à son utilisation dans d'autres domaines. Voir not. G. VINEY, Ph. KOURILSKY, *op.cit.*

matière, ce sont des attitudes ou des « approches de précaution »²⁷⁰ qui s'octroient progressivement et subrepticement la valeur de devoirs²⁷¹.

127.- Par ailleurs, légitimé par la demande croissante de sécurité, ce devoir de précaution à l'égard du risque délinquant poursuit aussi des finalités politiques.

II. LA REVENDICATION POLITIQUE D'UN DEVOIR DE PRÉCAUTION FACE AU RISQUE DÉLINQUANT

128.- La focalisation sociale sur la délinquance peut s'avérer, à certains moments du calendrier politique, utile à l'appui de choix politiques en faveur d'une sécurisation de la société, notamment lorsque celle-ci passe par l'enchevêtrement de mesures susceptibles d'attenter à certains principes républicains telle que la très symbolique devise républicaine « liberté égalité fraternité »²⁷². Elle donne, alors, lieu à la construction politique de la menace délinquante pour justifier certaines lois pénales. L'incitation par le politique à fixer l'attention de la société civile sur la délinquance au détriment d'autres menaces plus répandues (l'insécurité sociale notamment), relève d'un souci utilitariste. De façon pragmatique, la proclamation du devoir de précaution en matière pénale n'a de prise que si elle se fait sur un terrain d'insécurité. C'est l'existence d'un sentiment d'insécurité ressenti par les foules, ou prétendument ressenti par elles, qui crée la condition préalable à la

270F. EWALD, *op.cit.*, p. 27s. Dans un chapitre II intitulé « Philosophies du principe de précaution », François Ewald distingue principe et attitude de précaution et souligne que l'« on est conduit [...] à donner au principe de précaution le sens d'une nouvelle attitude vis-à-vis du risque et de l'incertitude. On va chercher à décrire la philosophie qui l'inspirerait et à en faire une sorte de philosophie générale des obligations vis-à-vis du risque dans notre société [...]. Dans cette extension, on ne parle plus du principe de précaution, telle que la notion est visée par les textes, mais d'une éthique de précaution, qui devrait être l'affaire de tous [...] Une éthique, donc des obligations. [...] Cela invite à distinguer entre une éthique ou une attitude de précaution, d'application universelle, et le principe de précaution qui en décrirait la mise en œuvre dans des contextes toujours déterminés », pp. 27-28. Dans notre domaine d'étude, comme nous l'avons maintes fois précisé, c'est bien une attitude précautionneuse qui gouverne les réformes pénales récentes et non un principe officiellement entériné. Voir *supra* sur la philosophie de précaution (introduction).

271 Sur le devoir de précaution en matière pénale, voir *infra*.

272 Très schématiquement et succinctement, on peut déjà avancer ici que des mesures relevant de ce devoir de précaution marquent une rupture avec la « liberté » des individus concernés (puisque les libertés, notamment d'aller et venir, de ceux-ci seront restreintes), avec l'« égalité » de tous devant la loi (égalité qui pour être satisfaite nécessite, en matière pénale, que soit observé le principe de légalité, ce qui n'est pas toujours le cas des mesures précautionneuses, V. *infra*) et avec la « fraternité » (dans la mesure où la philosophie même de précaution tend à créer un fossé entre ceux pour la protection desquelles la précaution est mise en œuvre et ceux vis-à-vis desquelles elle s'exerce, V. *infra* également). Nous étudierons dans la deuxième partie les influences du principe de précaution sur le système pénal, dont un grand bouleversement des principes directeurs du droit pénal sous l'influence du principe de précaution (tels que la légalité et la présomption d'innocence). V. *infra*, Partie 2.

reconnaissance politique et sociale d'un devoir de précaution dans le domaine de la délinquance (A). Si le sentiment d'insécurité a ainsi été instrumentalisé pour légitimer l'exercice d'un devoir de précaution en matière pénale, ce dernier se trouve à son tour lui-même utilisé dans un but électoraliste (B).

A. L'USAGE PRAGMATIQUE DU SENTIMENT D'INSÉCURITÉ DANS L'INTRODUCTION D'UN DEVOIR DE PRÉCAUTION EN MATIÈRE PÉNALE

129.- Le sentiment d'insécurité a été fondateur du devoir de précaution dont nous évoquons la naissance en matière pénale²⁷³. Comme pour le principe de précaution, dont l'émergence est liée aux dommages constatés à l'encontre de l'environnement ou de scandales sanitaires, le devoir de précaution doit sa naissance à une perception sociale toute particulière du risque délinquant consistant en un sentiment d'insécurité. Le devoir de précaution trouve, alors, la légitimité de son application dans un contexte où le risque de délinquance est perçu comme une menace par l'opinion publique. Mais, il faut souligner d'une part, que ce climat d'insécurité n'est pas simplement la conséquence directe d'une augmentation de la délinquance (1), et d'autre part, que le devoir de précaution a été revendiqué par le politique dans un contexte juridique le permettant. Depuis plusieurs années, la sécurité a été consacrée comme un droit. Cette reconnaissance d'un droit à la sécurité pourrait justifier l'attribution à la justice pénale, et plus généralement à l'État, de nouveaux devoirs, dont le devoir de précaution (2).

1) Réalité de la délinquance et discours politique : une imbrication provoquant un climat d'insécurité

130.- L'insécurité est apparue progressivement dans le discours politique, effaçant, dans une certaine mesure, le clivage « bipartiste » entre la gauche et la droite. Traditionnellement et historiquement, l'ordre a constitué une priorité de la droite que la gauche aurait délaissée au profit des libertés. Ce dualisme semble s'être affaibli avec l'apparition du « sentiment d'insécurité », phénomène autour duquel la lutte contre la délinquance est devenue un objectif commun, avec néanmoins des degrés divers de parts et d'autres de l'échiquier politique²⁷⁴. La sécurité est apparue ainsi comme un terrain à conquérir

²⁷³Voir *supra*.

²⁷⁴Pour illustrer cette « opposition ordre/liberté [qui] est une figure traditionnelle des relations entre formations

par les politiques quelles qu'elles soient, jusqu'à s'ériger en un droit, comme nous le verrons²⁷⁵.

131.- Le climat d'insécurité largement décrié par divers acteurs, politiques et médiatiques notamment, peut s'analyser comme le produit d'une interpénétration entre une réalité de la délinquance qui se transforme et le discours politique qui se construit autour de lui. Selon l'équation proposée par Laurent Bonelli, l'insécurité serait l'addition entre la délinquance et le sentiment d'insécurité²⁷⁶. Car l'insécurité n'est pas un fait objectif, elle est avant tout une perception du réel ; elle se confond parfois même avec elle. Elle est « une peur insidieuse, [...] un sentiment »²⁷⁷.

132.- Cette peur a bien été saisie par le politique qui l'a investie comme un nouveau champ d'action et parfois l'instrumentalise pour légitimer ses interventions, que cette instrumentalisation s'opère *a priori* (justification de choix politiques) ou qu'elle agisse *a posteriori* (légitimation d'actions déjà entreprises)²⁷⁸. Dans un premier temps, l'insécurité objective ou subjective (sentiment d'insécurité) est d'abord devenue un objet à part entière de la politique. « La « sécurité » a [...] débordé le champ des institutions spécialisées qui en avaient la charge, pour devenir un enjeu politique de première importance ».²⁷⁹ Avant de

politiques de droite et de gauche, [« les premières [ayant] longtemps revendiqué le monopole de l'ordre et de la fermeté en matière de sécurité, quand les secondes insistaient sur les libertés »] », Laurent Bonelli rappelle que « Lors des débats précédant le vote de la loi Sécurité et libertés, en 1980 [...], le député socialiste Philippe Marchand interpellait ainsi le garde des Sceaux : « croyez bien que nous combattons votre loi avec la même vigueur que nous nous opposons à certains textes votés sous Vichy [...] » et que « son collègue Raymond Forni renchérisait : « Votre projet est inacceptable. Vos méthodes sont indignes et la philosophie qui sous-tend l'ensemble est digne des heures les plus sombres de l'histoire de notre pays » », L. BONELLI, *La France a peur, Une histoire sociale de l' « insécurité »*, La Découverte, 2^{ème} édition, 2010, p. 69 (Citations : *Journal officiel de la République française*, Assemblée nationale, séance du 18 décembre 1980, respectivement pp.5029 et 5030). V. aussi S. ROCHÉ, *op.cit.*, p. 156 : « Le système politique partisan sélectionnera l'insécurité à un moment donné comme un objet de luttes, d'abord dans le cadre traditionnel d'un affrontement gauche-droite [...] ».

²⁷⁵Voir *infra*, 2).

²⁷⁶« Insécurité = délinquance + sentiment d'insécurité », L. BONELLI, *op. cit.*, p. 75.

²⁷⁷J. TOUBON, *Pour en finir avec la peur*, Robert Laffont, Paris, 1984, pp. 11 et 36. « L'insécurité est aujourd'hui une des principales préoccupations quotidiennes des Français. Les hommes politiques, les élus qui sont à l'écoute des habitants dans leurs circonscriptions, de leur commune sont bien obligés de prendre acte de cette peur insidieuse [...]. Il ne s'agit pas d'idéologie, ni de mythe. Il s'agit d'un sentiment, d'une peur, vraie, qu'il faut comprendre, traiter et maîtriser. Sans quoi, aucune politique n'aura, dans ce domaine, de prise sur la réalité ». Cité par L. BONELLI, *op.cit.*, p. 75.

²⁷⁸V. Murray Edelman qui affirme aussi que « les solutions apparaissent souvent en premier », expliquant ainsi une tendance du politique à construire des problèmes comme justification des solutions entreprises. Par exemple, Sébastien Roché applique ce raisonnement à l'instrumentalisation des victimes par le politique : le discours politique promet une certaine image de la victime dans le but de justifier ses actions déjà pensées, voire déjà mises à exécution. M. EDELMAN, *Pièces et règles du jeu politique*, Seuil, 1991, p. 53. Cité par S. ROCHÉ, *op.cit.*, p. 356. Et cité par le même auteur in *Sociologie politique de l'insécurité*, *op.cit.*, p. 181.

²⁷⁹L. BONELLI, *op.cit.*, p.6.

s'ériger en véritable problème politique, elle a acquis, comme l'ont révélé les sondages d'opinion²⁸⁰, le rang de « problème social » en raison, entre autres, de certains événements dans les banlieues fortement médiatisés²⁸¹.

133.- Mais, dès le départ, la corrélation entre le sentiment d'insécurité et la réalité objective de la délinquance est largement contestée²⁸². Le sentiment d'insécurité n'est pas systématiquement engendré par une augmentation réelle de la délinquance²⁸³. Selon Robert Castel, il est le résultat de l'existence de multiples protections. « [II] n'est pas exactement proportionnel aux dangers réels qui menacent une population. Il est plutôt l'effet d'un décalage entre une attente socialement construite de protection et les capacités effectives d'une société donnée à les mettre en œuvre. L'insécurité, en somme, c'est dans une large mesure l'envers de la médaille d'une société de sécurité »²⁸⁴. Ainsi, l'abondance de protections ou d'interventions « tutélaires » conduirait paradoxalement à l'augmentation de la demande de sécurité. Des individus accoutumés à être protégés dans certains domaines auraient

280Cf. le sondage demandé par le comité Peyrefitte à l'IFOP du 8 au 15 novembre 1976. (V. exposé de Pierre Bourdieu sur les difficultés quant à la pertinence des sondages d'opinion publique in P. BOURDIEU, *Les temps modernes*, 318, janvier 1973, pp. 1292-1309, repris dans *Questions de sociologie*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1984, pp. 222-235 ; et plus particulièrement, sur les difficultés liées à la notion d'opinion publique dans les représentations sociales de la justice, J. DUBOUCHET, « Les représentations sociales de la justice pénale. Retour sur un chantier abandonné », *Déviance et Société* 2004/2, Volume 28, pp. 179-194, p.181 et p.184). A la suite de ce sondage, le Comité Peyrefitte a remis son rapport dans lequel il « problématise » le sentiment d'insécurité analysé comme « une peur enfouie au plus profond de l'homme, [...] [qui] s'alimente moins de faits concrets, qu'il ne repose sur une image subjective de la criminalité ». A partir de cet instant, ce sentiment d'insécurité devient problème de société. La reconnaissance publique de son existence est le point de départ de son étude et de la recherche de politiques capables de le réduire en agissant dans le champ indéfini de la sécurité. (Rapport du Comité d'études sur la violence, la criminalité et la délinquance, intitulé « Réponses à la violence », La Documentation française, disponible sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr>). Plus tard, dans les années 1980, ce même sentiment d'insécurité sera l'objet explicite de la Commission des maires sur la sécurité créée en 1982 et présidée par Gilbert Bonnemaïson. Cette commission « reflète avant tout les préoccupations d'élus locaux » (L. BONELLI, *op.cit.*, p. 75). Elle rendra un rapport préconisant une coopération entre l'État et les collectivités territoriales pour mener des politiques de prévention s'appuyant sur le tissu associatif. Seront créés le Conseil national de prévention de la délinquance (CNPD), les conseils départementaux (CDPD) et communaux (CCPD) de prévention de la délinquance. Le maire, président du CCPD, devient l'animateur de l'action des acteurs locaux de sécurité. On assistera à l'instauration d'une « Politique de la ville » qui aura en charge la prévention de la délinquance avec une territorialisation de la question sociale. Aujourd'hui, ils portent le nom de Conseil local de prévention de la délinquance et de la sécurité (CLPS).

281V. *supra* sur l'influence des médias dans la construction des peurs, note de bas de page n° 40, p. 12.

282Philippe Robert, Renée Zauberman et Marie-Lys Pottier soulignent « la distance entre le risque encouru et la préoccupation sécuritaire. L'intuition de Furstenberg (1971) se vérifie une fois encore : le sentiment d'insécurité présente deux visages, la peur concrète, liée à l'expérience ou au risque de victimation et la préoccupation abstraite, relativement indifférente à l'expérience personnelle ». R. ZAUBERMAN, PH. ROBERT, M.-L. POTTIER, « Profils de victimes, profils de victimations », *Déviance et Société*, 2004/3, 28, p. 369-384, p.373.

283Cependant, certains auteurs voient une corrélation entre l'accroissement du sentiment d'insécurité et une augmentation de la délinquance. V. notamment S. ROCHÉ, *Sociologie politique de l'insécurité*, PUF, Coll. Quadrige Essais Débats, 2004, p.X-XIII (« La réalité de la poussée de la délinquance »). Mais l'auteur reconnaît par ailleurs que le sentiment d'insécurité est « une inquiétude cristallisée sur un objet (le crime, au sens large) et sur ses auteurs désignés ». S. ROCHÉ, *Le sentiment d'insécurité*, PUF, 1993.

284R. CASTEL, *op.cit.*, p. 7.

tendance à souhaiter, à revendiquer même, une telle protection dans tous les domaines. Or, une protection intégrale contre le moindre risque est une ambition irréalisable. En conséquence, ce fossé entre le possible (le pouvoir) et le vouloir contribue à créer le sentiment d'insécurité²⁸⁵. Pour Jean Danet, « la recherche de protection devient dans ce contexte le tonneau des Danaïdes, l'expression d'une aversion au risque »²⁸⁶.

134.- Aussi, avec la mise à jour du sentiment d'insécurité de l'opinion publique, s'est opéré un glissement sémantique de la « délinquance », problème traité par des instances spécialisées (police, justice, Protection Judiciaire de la Jeunesse, etc.), vers l'« insécurité », terme révélateur d'une vision englobante de problèmes sociaux multiples, dont la délinquance²⁸⁷. Ce glissement a fertilisé le devoir de précaution face à la criminalité. De problème social, l'insécurité, dans toute sa subjectivité, devient « problème politique »²⁸⁸.

135.- Dans ce contexte marqué par le sentiment d'insécurité, a été mis en avant un droit à la sécurité, qui, progressivement, a conduit à l'émergence du devoir de précaution. En effet, ce droit à la sécurité marque le « refus de toute insécurité »²⁸⁹ et ainsi l'utilité du devoir de précaution pour éviter ce que l'on refuse.

285Par ailleurs, il faut aussi souligner que le sentiment d'insécurité n'est pas non plus l'apanage de ceux qui ont connu l'état de victimation. Le fait d'avoir été victime ne correspond pas toujours avec le ressenti d'insécurité. Si beaucoup de personnes ayant fait l'objet de victimation (ou ayant été témoins d'une infraction) ressentent de l'insécurité, de très nombreux individus qui n'ont jamais été personnellement victimes d'une infraction se déclarent « préoccupés » ou « apeurés » (Tableau : délinquance subie dans le quartier par les personnes préoccupées ou apeurées au cours de la période 2000-2004, Insee, EPCV empilées 2000-2004. V. cours de politique criminelle pour le Master II de droit pénal et sciences criminelles de Virginie Gautron, Université de Nantes). En revanche, il semblerait qu'il existe des liens étroits entre une existence économiquement incertaine et le sentiment d'insécurité. Une situation professionnelle précaire pourrait être à l'origine d'un fort sentiment d'insécurité dans tous les domaines, y compris celui de la délinquance (V. *supra*, sur l'inégalité face aux risques, Introduction).

286Jean Danet, Synthèse de l'analyse de Robert Castel par J. DANET, « Libertés, sécurité, sûreté : de nouveaux combats pour un nouvel équilibre », rapport au congrès du SAF, Nantes, 2004.

287Pour Laurent Bonelli, « l'insécurité » est une « catégorie unifiée et unifiante ». L. BONELLI, *op.cit.*, p. 10.

288V. not. S. ROCHÉ, *op.cit.* L'auteur, dans un chapitre 5 intitulé : « L'insécurité comme problème politique : régulation et symboles du pouvoir » (p. 153s), explique comment l'insécurité est devenue problème politique. Pour ce faire, il relève, que dans la « politisation » des problèmes, outre « un processus compétitif entre problèmes », « un préarbitrage se fait par les logiques culturelles : [...] [il y a d'abord] une « sélection prépolitique » qui est donnée par des facteurs sociaux » (p. 154). Ainsi, « on peut faire l'hypothèse qu'il y a constitution latente d'une question politique de l'insécurité dans la population : ce phénomène correspond à la montée de la peur » (p. 155). Par ailleurs, « l'insécurité peut facilement entrer dans le système politique parce qu'elle est posée comme un des liens fondamentaux entre l'État et le citoyen. Il apparaît défendable de dire que la légitimité du gouvernement trouve une assise dans la capacité qu'il possède à rassurer et à protéger » (p. 156).

289Jean-Claude Karsenty écrit : « le droit à la sécurité, ou si l'on préfère, du refus de toute insécurité ». J.-C. KARSENTY, Introduction, in J.-CH. FROMENT, J.-J. GEIZLA et M. KALUSZYNSKI, *Les États à l'épreuve de la sécurité*, Presse Universitaires de Grenoble, 2003, p. 10.

2) De la revendication d'un droit à la sécurité à celle du devoir de précaution

136.- Chronologiquement, le droit à la sécurité est apparu avant le devoir de précaution (en matière pénale). Le second apparaît, lui, comme le pendant du premier. De même, dans le processus de formation de la norme juridique, la consécration du droit apparaît avant la construction des devoirs afférents. Schématiquement, un droit est d'abord consacré, les modalités de sa mise en œuvre sont ensuite instaurées, la plupart du temps sous forme de devoirs incombant à différents acteurs pour permettre la réalisation dudit droit²⁹⁰. C'est, donc, en quelque sorte symétriquement au droit à la sécurité qu'a été imaginé et construit le devoir de précaution.

137.- Dès 1995, la sécurité est posée comme un « droit fondamental »²⁹¹ par le législateur qui l'érige en un « devoir pour l'État ». En effet, la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 déclarait que « L'État a le devoir d'assurer la sécurité » (article 1^{er} alinéa 2) ; celle n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 dispose que « [la sécurité] est un devoir pour l'État, qui veille, en l'ensemble du territoire de la République, à la protection des personnes, de leurs biens et des prérogatives de leur citoyenneté, à la défense de leurs institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre public » (article 1^{er} alinéa 2).

138.- Mais la nature de « droit fondamental » attribuée à la sécurité soulève de nombreuses interrogations. Si la définition de la notion de droit fondamental n'emporte toujours pas l'unanimité de la doctrine²⁹², il est courant de la faire correspondre, d'une part, à

²⁹⁰L'exemple du droit au logement est, à ce propos, éloquent (Loi dite « DALO » sur le droit au logement opposable du 5 mars 2007). Mais l'on peut simplement se référer au processus législatif lui-même. D'abord, est adoptée une loi. Ensuite, sont votés des décrets d'application. A noter d'ailleurs, que souvent, les décrets nécessaires à l'application de la loi ne sont pas adoptés, ce qui prive nécessairement la loi de son effectivité. Voir en ce sens Mireille Delmas-Marty qui étudie un phénomène similaire s'agissant de la création de nouvelles infractions en droit pénal des affaires. Elle évoque ce qu'elle nomme des règles de droit « en blanc », c'est-à-dire un système de définition d'infraction consistant à se référer à un texte administratif : tant que ce décret n'a pas été adopté, ladite infraction est inefficace. V. M. DELMAS-MARTY, *Le droit pénal des affaires*, PUF, 1981, pp. 309-310 ; également voir P. LASCUMES et E. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du Droit », *Droit et sociétés*, 2/1986, pp. 127-150, et plus particulièrement, p.135.

²⁹¹C'est la formulation qui apparaît en 1995, et qui sera reprise en 2001 et 2003.

²⁹²Il existerait quatre acceptions de l'expression « droit fondamental » : une approche « axiologique » qui considère comme fondamental un droit lorsqu'il est compris comme inhérent à l'humanité (« il présente un caractère universel et son existence n'est pas conditionnée à sa consécration dans un système juridique donné ») ; une signification « formelle » qui relie la fondamentalité d'un droit à sa place dans la hiérarchie des normes ; un sens « structurel » pour lequel « un droit est fondamental parce qu'il fonde un ensemble ou un sous-ensemble ordonné de normes qui en dérivent, [...] [ce qui] suppose que les droits fondamentaux soient formulés avec un certain degré de généralité » (dans un sens structurel, le droit fondamental s'apparente ainsi à un

une consécration *supra* législative, constitutionnelle ou conventionnelle²⁹³, et d'autre part, à des droits subjectifs²⁹⁴. Or, s'agissant de la sécurité, il n'existe aucun texte de cette valeur suprême qui y fasse référence et la subjectivité de ce « droit fondamental » que serait la sécurité, est tout aussi discutable²⁹⁵, tout au moins l'était au moment de ces premières déclarations.

139.- Observé ces dernières années, le glissement notionnel de la « sûreté », garantie par la DDHC de 1789, à la « sécurité »²⁹⁶, semble avoir pour finalité d'asseoir constitutionnellement ce nouveau droit à la sécurité. Initialement, la sûreté, souvent qualifiée de sûreté personnelle, semblait désigner une garantie de la liberté individuelle, un droit des citoyens face au pouvoir étatique²⁹⁷. Consacrée comme un droit naturel et imprescriptible de l'homme (article 2 DDHC), la sûreté était rattachée au droit de n'être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas et dans les formes prévus par la loi, à la nécessité des peines et au principe de non rétroactivité de la loi pénale ainsi qu'à la présomption d'innocence (articles 7, 8 et 9 de la

« principe ») ; une dernière acception consiste à asseoir la fundamentalité d'un droit sur sa « commune appartenance à plusieurs ordres juridiques nationaux, régionaux ou internationaux ». Voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La liberté comme valeur. L'affirmation des droits fondamentaux : quelles significations ? Quelles conséquences ? » ? *Cahiers français*, n°354, janvier-février 2010, « Liberté/Libertés », La Documentation Française, pp. 19-23, ici, p. 20.

293« Toute affirmation d'un droit fondamental présuppose l'existence d'une norme de droit fondamental correspondante ». D. RIBES, *L'État protecteur des droits fondamentaux, recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, Thèse pour le doctorat en droit sous la direction de MM. Louis Favoreu, Richard Ghevontian et André Roux, Université Paul Cézanne – Aix-Marseille, 2005, p. 52.

294Sur la correspondance entre droits fondamentaux et droits subjectifs, Otto Pfersman affirme que « quelque chose qui porterait le nom de droits fondamentaux sans aucune concrétisation sous forme de droits subjectifs ne seraient pas des droits fondamentaux (...) ». Otto Psefrman cité par Marie-Joëlle Redor *in* M.-J. REDOR, « Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux », *Cahier de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 1, 2002, p. 94. L'auteure développe plus loin la thèse selon laquelle la fundamentalité d'un droit se lit à travers l'existence de sa protection juridictionnelle.

295IV. not. la communication de M.-A. GRANDER, « Existe-il un « droit fondamental à la sécurité » ? », VII^{ème} Congrès français de droit constitutionnel, Congrès de Paris, 25, 26 et 27 septembre 2008, disponible en ligne <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC8/GrangerTXT.pdf>

296Pour une illustration de ce glissement notionnel de la « sûreté » à la « sécurité », voir le rapport d'Alain Marseau qui commence ainsi : « L'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que les droits naturels et imprescriptibles de l'homme sont « la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». Ces différents droits doivent être poursuivis concurremment, ils ne s'opposent pas les uns aux autres. Ainsi, dans une société démocratique, chaque citoyen a à la fois le droit à la liberté et à la sécurité en toutes circonstances. Il appartient donc au législateur d'encadrer l'exercice de ces droits afin de leur donner pleine effectivité ». (Assemblée nationale, rapport n°2681, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 2615), après déclaration d'urgence, relatif à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, par M. Alain Marsaud, député, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 16 novembre 2005 (disponible sur: <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r2681.asp>). Voir, également, S. ROCHÉ, *op.cit.*, p.7 : « Le traumatisme de la victimation est d'autant plus important [...] que le contrat social est adossé à l'idée d'une protection par l'État, d'une garantie de la sécurité des biens et des personnes qui est inscrite dans la Déclaration des droits de l'Homme [...]» (et nous interrogeons : dans quelle disposition précisément de cette Déclaration ?).

297Sur la notion de sûreté, voir CH. LAZERGES, « Dédoulement de la procédure pénale et garantie des droits fondamentaux », *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, pp. 573-589.

DDHC). De même, dans son article 5, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (ci-après Convention EDH) lie, de manière explicite, la sûreté au droit à la liberté²⁹⁸.

140.- Aujourd'hui, force est de constater que, bien souvent, la sécurité est associée à la sûreté, sans que cette assimilation ne trouve de véritable fondement dans le droit positif. En effet, la « sécurité », quant à elle, a trouvé sa première signification dans le domaine économique et social. La première norme suprême à l'avoir évoquée est la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (ci-après DUDH), qui, en 1948, l'utilise à deux reprises en visant la sécurité sociale (article 22) et « *le droit à la sécurité [de chacun] en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de pertes de ses moyens de subsistance indépendantes de sa volonté* ». La sécurité est ici entendue comme une exigence sociale reposant sur l'attribution de droits économiques et sociaux par un État providentiel. Il ne s'agit en aucun cas de la sécurité, telle qu'elle est entendue aujourd'hui, c'est-à-dire de la sécurité face aux actes délinquants (de la « sécurité civile », selon l'expression de Robert Castel²⁹⁹). Cependant, il faut se souvenir avec Jean Danet et Sylvie Grunvald que « l'opposition entre les deux notions « sécurité » (civile) et

298Convention EDH, Article 5 Droit à la liberté et à la sûreté : « 1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :/ a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ; / b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ; /c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ; /d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ; /e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ;/f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. / 2. Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle. /3. Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience./ 4. Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. /5. Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation ».

299R. CASTEL, *op.cit.*

« sûreté »³⁰⁰ n'est peut être pas absolue, au moins dans le temps, et [qu'] il doit être noté qu'en une période troublée [...], 1793, la constitution lia intimement l'une à l'autre »³⁰¹.

141.- Pour autant, l'absence de consécration positive au niveau constitutionnel ou conventionnel du droit à la sécurité peut conduire à penser que ce dernier « serait alors un droit fondamental par la seule volonté du législateur, [...] un droit fondamental de circonstance, fragile et exposé à toutes les variations de priorité du législateur »³⁰², même si, nous le verrons, l'affirmation récente d'un devoir de précaution en matière pénale corrobore la force accordée au droit à la sécurité.

142.- Si le droit à la sécurité ne peut donc constituer, en tout point, un droit fondamental, on peut néanmoins s'interroger sur les conséquences juridiques qu'aurait une reconnaissance de sa fundamentalité. Reconnaître le caractère fondamental au droit à la sécurité impliquerait que l'on voit en lui un droit subjectif. Selon Patrice Jourdain, il s'agirait alors « de lui attribuer une force juridique supérieure et de conférer à son titulaire un réel avantage qu'il puisse opposer aux tiers »³⁰³. Marc-Antoine Granger estime que « reconnaître le droit à la sécurité comme un droit subjectif pourrait à bien des égards être dangereux. En effet, une telle reconnaissance supposerait qu'en cas d'atteinte portée à sa sécurité, tout individu puisse de plein droit obtenir soit une réparation soit la mise en place d'une mesure de prévention destinée à couvrir la carence révélée. Or, [poursuit l'auteur] il faut peut-être se réjouir qu'aucune correspondance systématique entre atteinte à la sécurité et sanction n'ait été

300A propos de l'opposition entre ces deux notions, on peut remarquer que les réformes pénales présentées au nom du droit à la sécurité entrent en contradiction avec les différents attributs du droit à la sûreté. Henri Leclerc donne des exemples de cet affrontement : entrent en contradiction avec l'article 7 de la DDHC, les perquisitions de nuit, l'extension des contrôles d'identité etc., avec l'article 8, la possibilité d'infliger des sanctions éducatives à des mineurs à partir de 10 ans (sachant que, comme le souligne Christine Lazerges, cette nouvelle catégorie de sanctions est une « catégorie hybride », « empruntant pour beaucoup à la catégorie des peines complémentaires pour les majeurs ». Voir CH. LAZERGES, « La mutation du modèle protectionniste de justice des mineurs », *RSC* 2008, n°1, p. 200s) et H. LECLERC *op.cit.*, p. 3.

301En effet, « l'article 8 de la Constitution de l'an I proclamait que « la sûreté consiste dans la protection accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de ses propriétés ». Le droit à la sécurité risque-t-il de devenir un peu à la façon dont le constituant de 1793 le pensait, une forme de la sûreté, aux côtés de la garantie contre l'arbitraire ? C'est peut être ce que sa définition voudrait laisser entendre. Il n'y aurait plus tant alors à concilier qu'à compléter le droit à la sûreté par le droit à la sécurité ». J. DANET et S. GRUNVALD, « Le Droit à la sécurité et le risque au cœur d'un nouveau droit pénal ? », Cours de Politique Criminelle destiné au Master II de Droit pénal et de Sciences criminelles, disponible sur le site de l'université de Nantes, Faculté de droit et de science politique, p.4. ; *idem*, in *Mélanges offerts à Jean-Claude Hélin, Perspectives du droit public*, Litec, Paris, 2004, p. 197s.

302*Ibid.*, p. 4.

303P. JOURDAIN, « Existe-t-il un droit subjectif à la sécurité » in Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ?, Acte du colloque des 19 et 20 octobre 2006, Les travaux de l'IFR, Mutation des normes juridiques n° 7, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2008, p. 80. Cité par M.-A. GRANGER, *op.cit.*, p. 8.

jusqu'à aujourd'hui prévue. Dans un État de droit, on ne saurait admettre l'existence d'un tel droit subjectif à la sécurité qui aboutirait à des conclusions « absurdes » où quiconque pourrait, en tant que titulaire de son droit à la sécurité, « prétendre vivre sans courir le moindre risque » ou, du moins, prétendre vivre en ne courant que les risques qu'il aurait dûment acceptés »³⁰⁴.

143.- Prononcée lors du congrès de droit constitutionnel de Paris en septembre 2008³⁰⁵, cette communication ne tient pas compte du bouleversement qu'a connu le droit pénal, bouleversement préfiguré par la création, quelques mois plus tôt, de la rétention de sûreté par la loi du 25 février 2008³⁰⁶. Cette dernière intervient justement dans une nouvelle phase, postérieure au jugement et à l'exécution de la peine, dans l'objectif d'agir précautionneusement devant un risque de récidive difficilement établi³⁰⁷. L'optimisme de l'auteur doit ainsi être relativisé par la montée en puissance de mesures, que nous qualifierons de précaution³⁰⁸ et qui se dirigent progressivement vers une reconnaissance du caractère subjectif du droit à la sécurité.

144.- C'est, en effet, pour assurer l'effectivité de la sécurité entendue comme un droit inaliénable de l'individu, ainsi « la première des libertés, nécessaire à toutes les autres libertés »³⁰⁹, que l'État semble se tourner vers la mise en œuvre d'un certain nombre de mesures répressives (par la sanction de tout comportement engendrant un sentiment d'insécurité) et précautionneuses³¹⁰ (par l'application de contraintes aux éléments perturbateurs d'un climat sécurisé, aux trublions de la sécurité)³¹¹.

304M.-A. GRANGER, *op.cit.*, pp. 8-9.

305Cette communication a fait ultérieurement l'objet d'une publication actualisée dans la Revue de Sciences Criminelles. M.-A. GRANGER, « Existe-t-il un « droit fondamental à la sécurité » ? », *RSC*, 2009, n°2, p. 273-296

306Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

307Nous verrons dans le détail la naissance de cette sixième phase, indéterminée dans le temps et dans l'espace, introduite après les étapes traditionnellement distinguées dans le processus pénal que sont l'enquête, l'orientation de l'affaire, l'information, le jugement et l'exécution de la peine (voir *infra*).

308Voir *infra*.

309V. not. J.-B. DE MONTVALON, « Quand la sécurité est devenue, à gauche comme à droite, « la première des libertés », *Le Monde* du 5 février 2009. Tandis que la loi du 21 janvier 1995 se bornait à dire que « La sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives », il n'est pas rare aujourd'hui d'entendre que la sécurité est « la première des libertés ». Sur elle, reposerait l'exercice de toutes les autres libertés. Elle conditionnerait même cet exercice.

310Voire précautionnistes. Sur l'idéologie précautionniste, voir *infra* (Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2).

311A la suite d'un fait divers, Nicolas Sarkozy déclara avec fermeté que « Le premier devoir de la République est d'assurer un droit égal à la sécurité pour tous les Français » (Déclaration de M. Nicolas Sarkozy, Président de la République, sur la lutte contre les bandes et les violences, à Gagny le 18 mars 2009, disponible sur le site <http://discours.vie-publique.fr/notices/097000867.html>).

145.- Ainsi, il est possible de regarder la consécration du droit à la sécurité comme un préambule à l'affirmation du devoir de précaution en matière pénale. Parallèlement, le devoir de précaution peut être conçu comme une concrétisation du droit à la sécurité ou comme un outil permettant sa réalisation. En outre, il présente un intérêt politique pour ceux qui s'en prévalent.

B. L'UTILITÉ ÉLECTORALISTE DU DEVOIR DE PRÉCAUTION EN MATIÈRE PÉNALE

146.- Le devoir de précaution peut donc justifier des politiques « répressives ». Mais il présente une autre utilité politique qui est celle de renforcer sa nécessité en donnant l'illusion du mouvement, l'illusion de l'action. En agissant au nom du devoir de précaution, le politique parvient à donner l'impression d'agir en amont de la survenance du phénomène criminel et de manière subséquente, de pouvoir éradiquer ce phénomène qui, pourtant, nous l'avons déjà mentionné, présente un caractère d'inéluctabilité³¹². En instaurant comme seule méthode viable l'attitude précautionneuse, le politique donne des réponses immédiates et anticipatrices à des menaces sur lesquelles il focalise l'attention (1) et ces réponses sont déployées sur un mode frénétique (2) qui aboutit à une « pénalisation » croissante de la société.

1) Un devoir de précaution permettant de donner des réponses immédiates -

Des réponses étatiques immédiates mais chimériques à des menaces ciblées, réelles ou exacerbées

147.- Le devoir de précaution s'inscrit dans une relation particulière au temps. Il ne s'agit plus, sous le paradigme de la précaution, de sanctionner un comportement passé et avéré (alors que, comme nous le verrons, l'essence du droit pénal réside, classiquement, dans la sanction de la violation de la loi³¹³). Le devoir de précaution commande d'agir au plus vite, avec une sorte d'empressement, et même en amont de la survenance du risque. Il est ainsi emblématique du « culte de l'urgence » qui gouverne notre existence « hypermoderne »³¹⁴. Il en est finalement une illustration.

312 Voir *supra* (Introduction).

313 Voir *infra*.

314 *Le culte de l'urgence* est le titre d'un ouvrage de Nicole Aubert (sous-titre : *La société malade du temps*). N. AUBERT, *Le culte de l'urgence*, Flammarion, Coll. Champs essais, 2003.

148.- L'attitude précautionneuse, et particulièrement dans la matière pénale qui nous intéresse, doit être étudiée parallèlement à « l'avènement de la « dictature du temps réel » »³¹⁵ qui s'est imposée dans notre société avec l'arrivée de nouvelles modalités de rapport au temps devenues dominantes : « l'urgence, l'instantanéité, l'immédiateté ont envahi nos vies » et n'épargnent pas la sphère politique³¹⁶. « Le soubassement de ce nouveau rapport au temps réside dans l'alliance qui s'est opérée entre la logique du profit immédiat, celle des marchés financiers qui règnent en maîtres sur l'économie, et l'instantanéité des nouveaux moyens de communication »³¹⁷. Tel l'individu « hypermoderne » dépeint par Nicole Aubert, le politique est « prisonnier du temps réel et de la logique de marché, incapable de différencier l'urgent de l'important, l'accessoire de l'essentiel »³¹⁸.

149.- La politique, et de surcroît en matière criminelle, s'apparente aujourd'hui à un « produit de consommation dont il faut assurer la rentabilité immédiate et la rotation rapide [...]. La logique de court terme, qui préside au fonctionnement des marchés financiers, semble déteindre »³¹⁹ sur la politique. En filigrane des réformes pénales récentes, peut être détectée une figure du politique dominée par « une mentalité d'actionnaire « volatile », n'investissant sur l'autre que de manière éphémère, avec une visée immédiatement et uniquement rentabiliste »³²⁰.

150.- Les réponses données au phénomène délinquant par le politique sont depuis quelques années des réponses données dans l'urgence, dans un « climat d'urgence généralisée ». Elles sont motivées par des faits divers³²¹ qui commanderaient une action

315N. AUBERT, *op.cit.*, p. 15.

316*Ibidem*, puis pp. 23-24. L'auteure dépeint un individu « hypermoderne » vivant dans une société où le rapport au temps a muté vers une « contraction du temps, [une] accélération du temps, [une] compression du temps, induites par la mondialisation et le fonctionnement « en temps réel » de l'économie » (p. 23). La logique actuelle du marché entraînerait une série de conséquences sur nos modes de fonctionnements. L'identité même serait touchée par la logique de profit immédiat, faisant des individus contemporains des « « hommes-Présent », incapables de vivre autrement que dans le présent le plus immédiat, mais plus encore des hommes de l'Instant, collant à l'intensité du moment et recherchant des sensations fortes liées à la seule jouissance de l'instant présent » (p. 27). Il nous semble que cette analyse des conséquences de la « dictature du temps réel » sur l'identité peut être judicieusement transposée à ses conséquences sur le fonctionnement du politique.

317*Ibid*, p. 24. Voir également Antoine Garapon sur le néolibéralisme. A. GARAPON, *op.cit.* Et *supra* (Introduction).

318*Idem*.

319*Idem*.

320*Ibid*, p. 25. C'est l'individu « hypermoderne » que l'auteur décrit en ces termes mais il nous semble que cette philosophie d'action est proche de celle de la politique criminelle contemporaine qui, bien souvent, poursuit l'éviction et la sanction instantanées du criminel dans le but d'une rapidité d'action et avec une logique gestionnaire, et ce, au détriment de sa (re)socialisation. Voir aussi A. GARAPON, *op.cit.*

321 Voir *supra* et *infra*.

immédiate. Or, la prévention et la lutte contre la délinquance représentent un travail qui s'inscrit dans la durée et la persévérance. Elles nécessitent l'intervention de multiples acteurs notamment des acteurs sociaux et exigent que l'on agisse sur certaines causes indiscutables de ce phénomène liées à l'environnement³²² - la protection civile et la protection sociale ne peuvent qu'être complémentaires, comme le souligne Robert Castel³²³. L'immédiateté, l'instantanéité et l'urgence ne peuvent qu'aboutir à des réponses axées sur les effets et les conséquences de la délinquance plutôt que sur ses causes et ses facteurs³²⁴. Les réformes pénales récentes dont l'une des caractéristiques premières est la vitesse avec laquelle la réponse politique à un problème social est donnée (ou parfois simplement annoncée), entendent « vaincre [la délinquance, phénomène inéluctable, (V. *supra*)] en triomphant du temps »³²⁵. Ce qui laisse penser que « [La société actuelle] semble en effet passer [...] d'un mode de fonctionnement « à temps long » - où les repères se comptaient en années à l'échelle de l'individu, en siècles à celles de l'histoire - à un mode « à temps court », société du zapping, du *fast*, des clips et des spots dans laquelle il s'agit de vivre l'intensité dans la durée et d'obtenir des résultats à efficacité immédiate »³²⁶. On ne peut que s'interroger sur l'efficacité sur le long terme des récentes mesures pénales.

151.- Ce court-circuitage tend à ne retenir que « les contours d'une société immédiate à elle-même, fonctionnant souvent sur l'unique registre de la réactivité, attitude qui obère vraisemblablement en partie sa capacité à faire face à l'avenir »³²⁷. Par les réponses données séance tenante en matière criminelle, le politique agit sur un mode passionnel qui tend à la démonstration de sa réactivité (parfois aussi cette démonstration a pour but de se démarquer de l'autre versant politique accusé d'angélisme³²⁸ et de laxisme). Cette logique de management³²⁹ vient perturber le temps long de la réflexion face à des problèmes pourtant

322 Sur la notion de prévention, sa définition et son mode de fonctionnement, voir *infra* (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2).

323 R. CASTEL, *op.cit.*

324 Voir *infra* sur l'émergence d'une politique criminelle de l'acte (Partie 2).

325 N. AUBERT, *op.cit.*, p.24.

326 *Ibid.*, p. 27.

327 *Ibid.*, p. 28.

328 Pour une critique d'un supposé angélisme pénal, voir par exemple, A. LAURENT, *En finir avec l'angélisme pénal*, Les belles lettres, Paris, 2013.

329 V. not. J. DANET, *La justice pénale entre rituel et management*, coll. « L'Univers des Normes », PUR, 2010. V. également D. SALAS, *La Volonté de punir, Essai sur le populisme pénal, op. cit.*, p. 88 : « Une sorte de casuistique législative improvisée se développe dans une société où l'urgence façonne l'énoncé juridique. Tout gouvernement recherche la consécration rapide et visible de sa politique. [...] A un événement malheureux répond un acte fort qui démontre que le gouvernement agit. [...] Faute de temps pour interpréter ce qui arrive, l'acteur politique s'épuise dans une vaine réactivité à l'événement ». Voir également, A. GARAPON, *La Raison du moindre État, e néolibéralisme, op.cit.*

complexes et multi-causaux³³⁰. Nous avons déjà évoqué les biais cognitifs concernant la pluricausalité³³¹, montrant qu'il est en effet plus aisé d'agir sur les effets d'un phénomène que sur ses causes diverses lorsque le *leit motiv* est l'urgence et la réactivité la plus rapide, la plus vive et la plus visible possible. Tout se passe comme si « la vitesse de résolution des problèmes pouvait, à elle seule, donner du sens à l'action [politique] »³³².

152.- Le devoir de précaution s'inscrit donc dans une logique de gestion du temps singulière puisqu'il commande d'agir contre le temps³³³. Ainsi, des réponses guidées par ce mode de fonctionnement sont données aux menaces qui font l'objet d'une focalisation. Agir immédiatement et même avant. Cette lutte permanente contre le temps, si elle ne démontre pas son efficacité face aux problèmes qu'elle entend traiter, poursuit d'une manière plus ou moins évidente un autre objectif, d'ordre politique³³⁴ : donner une réponse ultra rapide prouverait *a minima* que l'on agit et que l'on ne reste pas passif³³⁵. Peu importe si la réponse est irréfléchie et n'apportera pas les effets escomptés. L'important est d'agir. La part belle est donnée à la vélocité. Le temps long de la réflexion est supplanté par le temps court de l'action³³⁶. L'action visible devient le succédané de la réflexion essentielle. Et les réponses actives empruntent souvent l'allure de la chimère. L'immédiateté de la réponse donne l'illusion de l'efficacité. Comme nous l'avons déjà souligné³³⁷, « à chaque fait divers, une loi pénale ». Ainsi, la loi pénale survient pour signifier que le politique apporte une réponse aux faits heurtant la sensibilité de l'opinion publique. Elle sonne tel le refrain de la plainte des faits divers³³⁸. Et par là même, la loi pénale légitime le pouvoir en place.

330Ainsi, on aboutit à une logique sécuritaire et « la reformulation en [des] termes [sécuritaires] de ce qui pouvait relever à d'autres périodes de la question sociale ne va justement pas de soi » (L. BONELLI, *op.cit.*, p.7). On observe aujourd'hui une focalisation sur le registre de la sécurité alors que certains des phénomènes visés, sont aussi, parfois avant tout mêmes, des problèmes sociaux multifactoriels.

331V. *supra* (Introduction et note de bas de page n° 40, page 12).

332N. AUBERT, *op.cit.*, p.28.

333Voir *infra* sur ce rapport au temps dans la logique de précaution (Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2).

334Pour certains auteurs, le politique donne ainsi au public « l'illusion de la sécurité ». Voir not. A. BARATTA, « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal », *Déviance et société*, n°15/1, 1991, pp. 1- 25.

335Le rapprochement avec le principe de précaution se fait ici sentir. Le principe de précaution est un principe d'action, préconisant la prise de mesures immédiates même dans l'incertitude (Voir *infra*, Introduction). Voir aussi notamment D. SALAS, *op.cit.*, sur la rapidité des réponses pénales (populisme pénal).

336*Ibidem*. Et Antoine Garapon sur le néolibéralisme qui affecte la justice pénale, A. GARAPON, *op.cit.*

337Voir *supra*.

338Voir Denis Salas et Antoine Garapon qui évoquent les « lois faits diversières » in D. SALAS, A. GARAPON, *Nouvelles sorcières de Salem*, *op.cit.* Voir également *infra* sur la survalorisation du fait divers.

153.- Dans la longue liste des mesures promulguées, trois exemples rendent compte de cette absence de réflexion de longue durée : l'incrimination du racolage passif, l'incrimination des bandes ayant des visées violentes et l'instauration de la rétention de sûreté. Ces trois textes pénaux (respectivement l'article 225-10-1, l'article 222-14-2 du code pénal et l'article 706-53-13 du code de procédure pénale) constituent des réponses précautionneuses à des menaces ciblées (que ces menaces soient réelles ou amplifiées par le jeu politico-médiatique) et illustrent l'emprunt de la logique du principe de précaution chaque fois qu'un fait est perçu comme menaçant, comme nous l'étudierons plus tard³³⁹.

154.- Le racolage passif a été incriminé par la loi n°2003-329 pour la sécurité intérieure du 18 mars 2003. Plus que sanctionner un comportement réellement dangereux, cette nouvelle incrimination vient éloigner ce qu'une frange de l'opinion publique perçoit comme une menace. La prostitution n'étant pas prohibée en France, on peut penser que la sanction du racolage, y compris passif (avec toutes les difficultés liées à la définition de ce qualificatif) ne poursuit qu'un objectif implicite d'évincer des personnes dont le comportement dérange, soulève l'indignation, ou simplement provoque une gêne³⁴⁰. Le rapporteur des travaux parlementaires, Christian Estrosi, annonça que « la pénalisation du racolage est surtout destinée à doter les forces de l'ordre d'un outil répressif pour éradiquer les zones de prostitution et soustraire de la voie publique, au moyen d'un placement en garde à vue, les personnes qui se livrent à cette activité »³⁴¹. Il s'agit donc, par cette incrimination du racolage passif, de donner une solution superficielle et éphémère à un phénomène jugé menaçant, sans pour autant y apporter de réelle réponse.

155.- La loi n°2010-201 « renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public » du 2 mars 2010, quant à elle, a créé une nouvelle incrimination à l'article 222-14-2 du code pénal : « *Le fait pour une personne de participer sciemment à un groupement, même formé de façon temporaire, en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de*

³³⁹Voir *infra*. Nous verrons que la logique du principe de précaution fonctionne toujours à l'encontre de menaces.

³⁴⁰Pour une analyse complète de l'incrimination du racolage passif, V. J. DANET, V. GUIENNE (dir.), *Action publique et prostitution*, PUR, 2006 ; J. VERNIER, « La répression de la prostitution à la conquête de nouveaux espaces », *Archives de politique criminelles*, 2010/1, n° 32, pp. 75-92.

³⁴¹Christian Estrosi, Rapport Assemblée nationale n° 508-2002, première lecture, Projet de loi pour la sécurité intérieure, p.112 s. En effet, le délit de racolage passif ne servirait, en réalité, qu'à éloigner les prostitués, ainsi que l'affirme Christian Estrosi, dans son rapport sur la loi pour la sécurité intérieure. Voir sur ce point CH. LAZERGES, « De la fonction déclarative de la loi pénale », *RSC*, janvier/mars 2004, p. 201s.

violences volontaires contre les personnes ou de destructions ou dégradations de biens est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ». ³⁴² Là, encore, il s'agit de donner une réponse pénale à des comportements qui irritent l'opinion publique et sont susceptibles de favoriser la croissance de son sentiment d'insécurité. Cette loi a été adoptée à la suite de l' « invasion » d'un établissement public d'enseignement par un groupe de jeunes armés ³⁴³. Par là, elle donne l'image d'un gouvernement proche du citoyen, qui agit dès qu'un événement vient troubler sa tranquillité (alors que d'autres incriminations déjà existantes permettaient de sanctionner ce comportement ³⁴⁴).

156.- Enfin, la loi n°2008-174 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental du 25 février 2008 a participé, dans une autre mesure, de ce même mouvement. Il s'agissait notamment d'enrayer la menace que les pédophiles (mais aussi les autres criminels « dangereux » avec une certaine focalisation sur les auteurs d'infractions sexuelles potentiellement récidivistes) font peser sur l'opinion publique. Le terme menace, s'agissant de la pédophilie, semble, en effet, plus

³⁴²Voir notamment sur ce délit, P. PONCELA, « La pénalisation des comportements dans l'espace public », *Archives de politique criminelle*, n° 32, Pédone, 2010, pp. 8-21.

³⁴³Voir sur ce point l'Exposé des motifs de la proposition de loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, enregistrée à l'Assemblée nationale le 29 mai 2010, et qui est à l'origine de la loi portant le même nom adoptée le 2 mars 2010 : « Or, s'il existe dans notre droit pénal un certain nombre d'incriminations permettant de sanctionner dans la plupart des cas les auteurs de tels agissements, plusieurs lacunes ont toutefois été relevées par les praticiens, qui ne permettent pas aux autorités publiques d'assurer autant qu'il est nécessaire la protection de la sûreté des personnes et des biens, qui constitue pourtant une exigence constitutionnelle./ L'État doit être extrêmement ferme dans la réponse apportée à ces violences parce qu'elles touchent au droit fondamental de nos concitoyens, celui de vivre, eux et leurs proches, en sécurité. Il nous faut adresser un message clair à ceux qui seraient tentés d'utiliser cette forme de délinquance pour commettre des violences ou pour s'attaquer aux symboles de notre État de droit: la réponse doit être ferme avec les délinquants et juste pour les honnêtes citoyens et les victimes ». Cette loi s'inscrit dans l'annonce, ayant directement suivi le fait divers, par Nicolas Sarkozy d'une série de mesures. V. not. « La violence des bandes ne peut rester impunie », (interview de Christian Estrosi mené par Sophie Huet), *Le Figaro* du 14 avril 2009 : « Ce texte, que nous voulons à la fois ferme et juste, correspond à une volonté affichée du président de la République, bien avant la tenue du G20. Il s'inscrit dans une série de mesures annoncées par Nicolas Sarkozy le 18 mars 2009 à Gagny (Seine-Saint-Denis) où une vingtaine de jeunes encagoulés avaient envahi un lycée ». (V. La Déclaration de M. Nicolas Sarkozy, Président de la République, sur la lutte contre les bandes et les violences, à Gagny le 18 mars 2009, disponible sur <http://discours.vie-publique.fr/notices/097000867.html>).

³⁴⁴On peut s'interroger sur la nécessité de créer une telle infraction et se demander comment caractériser juridiquement les faits matériels dont il est question. Soit les groupes en question préparent réellement la commission d'une infraction et ils sont alors susceptibles de supporter la qualification de l'association de malfaiteurs, définie à l'article 450-1 du Code pénal comme « *tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement* ». Soit les groupes n'ont de menaçant qu'une apparence et ne préparent en rien la commission d'une infraction, et l'on ne voit pas très bien pourquoi ils devraient être inquiétés par le droit pénal au nom du seul paraître. L'unique véritable innovation contenue dans cette loi réside dans le degré de gravité de ou des infractions que le groupe s'apprêterait à commettre. Dans le cadre du délit d'association de malfaiteurs, était nécessaire une infraction punie d'au moins cinq ans d'emprisonnement. Désormais, n'importe quelle infraction suffira (dans ce cas, pourquoi ne pas avoir simplement modifié l'article 450-1 CP ?).

approprié que celui de danger puisque, ne couvrant qu'une infime partie des infractions enregistrées, la pédophilie représente bien une illustration de l'irrationalité de beaucoup de nos peurs³⁴⁵. La création de la rétention de sûreté donne l'impression que l'État agit activement face à des personnes jugées dangereuses, dont l'opinion publique ne supporte pas l'existence, sans toutefois apporter une réponse réfléchie au phénomène.

157.- Ces exemples sont significatifs d'une focalisation sur des comportements considérés comme menaçants ou nuisibles par l'opinion publique. Dans les deux premiers, le législateur entend donner une réponse à ces comportements par leur pénalisation. Il répond rapidement aux attentes de la société civile, avec une logique de gestion en direct, *in situ*, sans prendre le temps de la réflexion nécessaire à l'analyse de ces conduites. Pour les deux derniers exemples, ce sont encore une fois des faits divers qui, parce qu'ils ont offusqué l'opinion publique³⁴⁶, ont motivé le législateur. S'agissant de la loi du 25 février 2008, la menace à enrayer est le criminel récidiviste et en particulier le criminel sexuel. Ces trois exemples sont symptomatiques de ce nouveau rapport au temps, caractérisé par l'immédiateté et la frénésie, dans lequel s'élabore la réponse législative, le plus souvent sans que celle-ci ne constitue une véritable solution.

2) De l'immédiateté à la « frénésie sécuritaire »³⁴⁷ sous le paradigme de la précaution

158.- Dans cette exigence sécuritaire et entraîné par le tourbillon de l'urgence, le code pénal connaîtra entre 2002 et 2007 des transformations nombreuses et conséquentes (quarante lois ont modifié le code de procédure pénale et trente le code pénal). Cette activité législative jugée exceptionnelle parce que sans précédent a opéré des mutations importantes du droit. Pour Jean Danet, « certes, des événements marquants de cette période ont pu appeler en matière pénale, des réponses. [...] Mais, en France, la réponse prend invariablement la forme d'une loi votée dans l'urgence »³⁴⁸. Le recensement des lois adoptées après 2007 a continué de corroborer ce constat :

345V. not. A. GARAPON, D. SALAS, *Les sorcières de Salem*, *op.cit.* D'autant plus que, comme le soulignent les auteurs, nos peurs se dirigent vers l'autre, alors que la plupart des infractions sexuelles commises sur mineurs ont lieu dans le cercle restreint de la famille (p. 32) V. également *infra* sur les menaces, objets du devoir de précaution en matière pénale. Voir aussi CH. LAZERGES, « Politique criminelle et droit de la pédophilie », *RSC*, 3/2010 juillet-septembre 2010, Chron. pp. 725-741

346Voir *infra*.

347La frénésie sécuritaire est le titre d'un ouvrage collectif sous la direction de Laurent Mucchielli, voir *infra*.

348J. DANET, « Cinq ans de frénésie pénale », in L. MUCCHIELLI (dir.), *La frénésie sécuritaire, Retour à l'ordre et nouveau contrôle social*, La Découverte, Coll. Sur le vif 2008, p. 20.

Principales lois pénales de 2002 à 2007

Loi n°2002-1138 « Orientation et programmation pour la justice » du 9 septembre 2002

Loi n°2003-87 « Conduite sous l'influence de substances ou plantes classées comme stupéfiants » du 3 février 2003

Loi n°2003-239 « Sécurité intérieure » du 18 mars 2003

Loi n°2003-495 « Lutte contre la violence routière » du 12 juin 2003

Loi n°2004-204 « Adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité » du 9 mars 2004

Loi n°2005-47 « Compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance » du 26 janvier 2005

Loi n°2005-750 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice du 4 juillet 2005

Loi n°2005-847 précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité du 26 juillet 2005

Loi n° 2005-1425 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 du 18 novembre 2005 (état d'urgence)

Loi n°2005-1549 « Traitement de la récidive des infractions pénales » du 12 décembre 2005

Loi n°2006-64 « Lutte contre le terrorisme, sécurité et contrôles frontaliers » du 23 janvier 2006

Loi n°2006-399 « Prévention et répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs » du 4 avril 2006

Loi n°2006-784 « Prévention des violences lors des manifestations sportives » du 5 juillet 2006

Principales lois pénales depuis 2007

Loi organique n°2007-287 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats du 5 mars 2007

Loi n°2007-291 « Équilibre de la procédure pénale » du 5 mars 2007 Loi n°2007-297 « Prévention de la délinquance » du 5 mars 2007

Loi n°2007-1198 « Récidive des majeurs et des mineurs » du 10 août 2007

Loi constitutionnelle n°2007-239 relative à l'interdiction de la peine de mort du 23 février 2007

Loi n°2007-1787 relative à la simplification du droit du 20 décembre 2007

Loi n°2008-174 « Relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental » du 25 février 2008

Loi n°2008-582 « Prévention et protection contre les chiens dangereux » du 20 juin 2008

Loi n°2008-644 « Nouveaux droits pour les victimes et amélioration de l'exécution des peines » du 1er juillet 2008

Loi n° 2009-526 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures du 12 mai 2009 (responsabilité pénale des personnes morales)

Loi n° 2009-971 relative à la gendarmerie nationale du 3 août 2009 Loi n°2009-1436 pénitentiaire du 24 novembre 2009

Loi n° 2010-121 « Tendante à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux » du 8 février 2010

Loi n°2010-201 « Renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public » du 2 mars 2010

Loi n° 2010-242 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale du 10 mars 2010

Loi n° 2010-768 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale du 9 juillet 2010

Loi n°2010-769 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants du 9 juillet 2010

Loi n°2010-1192 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public du 11 octobre 2010

Loi n°2011-266 relative à la lutte contre la prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs du 14 mars 2011

Loi n°2011-267 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure du 14 mars 2011

Loi n°2011-392 relative à la garde à vue du 14 avril 2011

Loi n°2011-892 tendant à faciliter l'utilisation des réserves militaires et civiles en cas de crise majeure du 28 juillet 2011

Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs

Loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme

Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales

159.- Ce panorama des récentes lois pénales illustre, en effet, par les types de réponses apportées à la délinquance, une certaine frénésie de l'action de l'État³⁴⁹. Pour certains auteurs, ces réponses sont souvent élaborées sous le mode automatique et passionnel.

³⁴⁹Le *Petit Robert* 2010 définit la « frénésie » comme un « état d'agitation fébrile, d'exaltation violence qui met hors de soi » et renvoie aux termes « fureur, furie » et « enthousiasme ». Le *Dictionnaire Littré* rappelle que la frénésie est initialement un « Ancien terme de médecine. État de délire, de fureur, qui survient dans quelques maladies de l'encéphale » et « Par extension, fol emportement causé par une cause quelconque et comparé à la frénésie du malade »

Ce type de fonctionnement a participé, depuis plusieurs années, à l'avènement d'un « populisme pénal »³⁵⁰. Pour Denis Salas, qui défend la thèse d'une évolution répressive de la société, cette expression « populisme pénal » traduit un déséquilibre de la justice pénale. L'auteur déplore notamment l'obsession sécuritaire qui corrode la philosophie pénale élaborée sur un équilibre entre le respect des droits de la personne et la nécessité de la répression. « Il critique [notamment] le poids excessif de la volonté de punir (symbolisant la force de l'État) face au principe de réhabilitation et d'individualisation des peines (soutenu par l'État de droit) »³⁵¹.

160.- Le foisonnement législatif en matière pénale marque ainsi cette évolution du droit. Il est largement animé par la double idée de précaution et de sanction face à tout comportement jugé nuisible, souvent infractionnel, mais parfois seulement asocial. Il emporte pour conséquence une augmentation de l'action de l'État dans le domaine de la lutte contre la délinquance. L'intervention de ce dernier se démultiplie ainsi quantitativement et qualitativement.

161.- Quantitativement, d'abord, par l'accroissement des textes en droit pénal et en procédure pénale, évoqués plus haut. Qualitativement, ensuite, par la « protéiformité » de l'action de la justice pénale contemporaine. S'agissant des multiples facettes de cette action, on peut citer à titre d'exemple la création de nouveaux circuits procéduraux qui, souvent présentés comme poursuivant les objectifs de désengorger les tribunaux et d'alléger la procédure³⁵², ont aussi pour mission d'apporter une réponse pénale systématique à toute infraction.

350D. SALAS, *La Volonté de Punir, Essai sur le populisme pénal, op.cit.* A la page 70, l'auteur définit « la matrice du populisme pénal : une victime innocente, un délinquant multirécidiviste et une opinion révoltée ».

351X. DE LARMINAT, « Denis Salas, La Volonté de punir, Essai sur le populisme pénal », *Champ pénal / Penal field*, nouvelle revue internationale de criminologie [En ligne], Archives, mis en ligne le 08 novembre 2006, Consulté le 10 décembre 2010. URL : <http://champpenal.revues.org/582>

352En effet, « L'exigence d'efficacité de la justice pénale ne s'est pas présentée spontanément comme une volonté de répression accrue, mais sous les auspices d'une meilleure justice, plus rapide, plus proche, plus respectueuse des justiciables telles que la justice « restaurative » substituant la réconciliation à la pénalisation. Mais le souhait de rendre une meilleure justice, tant à l'égard des plaignants que des mis en cause, s'est effacé derrière la logique gestionnaire et la pression des pouvoirs publics, dont les procureurs ont été le vecteur », PH. MILBURN, « De la frénésie de sécurité à la surpénalisation : la justice sous pression », in L. MUCCHIELLI (dir.) *La frénésie sécuritaire, op.cit.*, p.46.

162.- A propos de l'accroissement à la fois qualitatif et quantitatif de la réponse étatique, témoignant de plus de sévérité, le cas de la justice des mineurs est fort éloquent. L'ordonnance du 2 février 1945, qui fait de cette justice une justice spécialisée en instaurant le primat de l'éducatif sur le répressif³⁵³, a connu de profonds bouleversements quand ceux-ci n'ont pas constitué des atteintes à ce principe d'exception. En ce sens, le projet de rédaction en 2009 d'un code de la justice pénale des mineurs préconisant la systématisation de la poursuite de tout fait qualifié d'infraction³⁵⁴ ne se cache pas de rompre avec la philosophie d'un modèle de protection des mineurs fondé sur la particularité de l'enfant mineur - qui est aussi un enfant en danger - et l'importance des mesures éducatives³⁵⁵. Comment ne pas risquer, tout comme l'indique Christine Lazerges, que par cette systématisation répressive, « la volonté de punir se substitue à l'ambition de socialisation et d'insertion »³⁵⁶? Plus récemment, en 2010, le dépôt annoncé d'une proposition de loi visant à abaisser la majorité pénale à seize ans apparaît comme une parfaite corroboration de ce

353Rappelons que ce principe a fait l'objet d'une consécration par le Conseil Constitutionnel dans sa décision n°2002- 461 du 29 août 2002, publiée au *JO* du 10 septembre 2002, p.14953. Dans cette décision, il semblerait que le Conseil Constitutionnel donne valeur constitutionnelle au principe de la primauté de l'éducatif sur le répressif dans la justice des mineurs en affirmant que « l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, 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, ont été constamment reconnues par les lois de la République depuis le début du vingtième siècle » (Considérant 26 de ladite décision). Donc, ce primat de l'éducatif sur le répressif serait un « principe fondamental reconnu par les lois de la République ». Voir sur ce point, CH. LAZERGES, « Les principes directeurs du droit pénal des mineurs » in L. KHAÏAT et C. MARCHAL (dir.), *Enfance dangereuse, enfance en danger ?*, Toulouse, Erès «Hors collection», 2007, pp. 163-174.

354Proposition n° 4 de l'Avant projet du Code de la Justice Pénale des Mineurs version du 30 mars 2009 : « Modifier l'article 112-3 : «Toute infraction commise par un mineur de treize ans révolus doit donner lieu : - soit à des poursuites, - soit à des alternatives aux poursuites, - soit à un classement sans suite, si les circonstances liées à la commission des faits et la personnalité du mineur le justifient» ». Les Fédérations et Unions associatives (Citoyens et Justice, la FN3S, l'UNASEA et l'UNIOPSS) écrivent, à propos de cette proposition, que « Cette systématisation des poursuites va à l'encontre du principe d'opportunité. Les associations sont d'accord pour systématiser la réponse mais pas les poursuites pénales. Elles proposent donc de revoir la formulation de l'article 112-3 [...] Pour rappel, l'article 40-1 du code de procédure pénale (applicable aux majeurs) liste -sous forme de tirets- les différentes décisions qui s'offrent au Procureur, mais ne pose pas explicitement le critère de l'exception du classement sans suite. Il n'est pas acceptable de concevoir un régime applicable aux mineurs plus sévère que celui des majeurs. Cela s'inscrirait en contradiction avec les principes à valeur constitutionnelle et la CIDE » (Observations des Fédérations associatives sur l'avant projet de CJPM - Document de travail juin 2009). Disponible en ligne sur <http://www.uniopss.asso.fr/resources>.

355V. sur ce point CH. LAZERGES, « La mutation du modèle protectionniste de justice des mineurs », *RSC* 2008, n°1, p. 200 et CH. LAZERGES, « Lectures du rapport Varinard », *RSC* 2009, n°1, p. 226. Voir également infra (Partie 2).

356CH. LAZERGES, « Un populisme pénal contre la protection des mineurs », in L. MUCCHIELLI (dir.), *op.cit.*, p. 32.

constat³⁵⁷. Nous verrons d'autres nouvelles dispositions illustrant la tendance répressive en matière de mineurs³⁵⁸.

163.- Ainsi, nous pouvons observer que dès qu'il existe un risque délinquant, l'État s'empresse d'y répondre, au besoin par la précaution, laquelle apparaît alors comme la voie privilégiée dans la gestion de tous les types de risques.

*

* *

164.- Parallèlement à l'exacerbation de l'intolérance sociale au risque³⁵⁹ et à l'accroissement du rôle de l'État dans la gestion des risques³⁶⁰, se font jour la figure de la victime potentielle de tout risque et la nécessité de mettre en œuvre des mesures pour empêcher la réalisation et les conséquences de ce dernier. La notion de victime est affichée alors pour désigner toute condition perçue comme intolérable. Ce lien est d'autant plus perceptible que l'augmentation de l'intolérance sociale aux risques, suit, en même temps que la multiplication apparente ou réelle des situations d'incertitudes dans le monde actuel, la courbe d'une place croissante et majorée octroyée à la victime dans la société.

357Après l'agression de six pompiers et la mise en cause de mineurs, le député-maire de Nice Christian Estrosi a annoncé que les peines devaient être exemplaires et qu'il déposerait très vite une proposition de loi visant à rabaisser la majorité pénale à 16 ans (V. not. *Nice Matin* du vendredi 31 décembre 2010, « Nice : six pompiers blessés par un engin explosif », par Christophe Cirone et *Le Monde* du 12 janvier 2011, « Mesures sécuritaires : « L'UMP a déjà fait un tour assez large de ces questions » », entretien avec Christian Jacob, président du groupe UMP à l'Assemblée nationale, propos recueillis par Eric Nunès). Une proposition de loi, visant à mieux responsabiliser les délinquants mineurs de plus de seize ans, a été déposée en ce sens le 1 février 2011 (proposition n°3132, disponible sur le site de l'assemblée nationale). Dans son article 1er, la proposition de loi opère une distinction entre les mineurs de moins de 16 ans et ceux âgés de plus de 16 ans, les premiers relevant toujours de juridictions spécialisées pour mineurs tandis que les seconds sont renvoyés par principe devant des juridictions de droit commun, sauf si la juridiction des enfants estime, par décision motivée, de ne pas renvoyer le mineur devant une juridiction de droit commun en raison de son immaturité. Ainsi, s'agissant des mineurs de plus de 16 ans, le principe de spécialité de la justice des mineurs serait renversé par cette proposition de loi. De principe, la spécialité de la justice mineurs deviendrait une exception pour les plus de 16 ans. Nous reviendrons sur l'évolution du droit des mineurs dans la seconde partie (Voir *infra*).

358Voir *infra* (Partie 2, Titre 1, Chapitre 1).

359Voir *supra* (Introduction).

360Voir *supra* (Section 1).

165.- Sébastien Roché insiste sur le caractère normal de la victimation, qu'il relie au caractère tout aussi normal du risque moderne tel que défini par François Ewald³⁶¹. « Être victime est le signe normal d'une vie (d'inclus ou d'exclu) qui, par ses activités, s'expose au crime et à la délinquance dans les espaces publics et ne peut faire autrement que laisser ses biens sans surveillance »³⁶². Autrement dit, la vie moderne implique, par son fonctionnement, la relation de confiance que nous évoquons plus haut³⁶³ (nous sommes contraints par exemple d'effectuer des opérations à distance etc.) et engendre ainsi une prise de risque inéluctable. Aussi, la victimation n'est pas une situation exceptionnelle, elle est ordinaire, conforme à la société moderne. La victime, tout comme le risque, est un phénomène qui emplit largement la contemporanéité.

166.- Si certains auteurs estiment que cet espace dédié aux victimes est encore insuffisant, notamment dans le domaine pénal, lieu par excellence où s'expriment les « victimisations secondaires »³⁶⁴, l'évidence démontre néanmoins qu'une certaine figure de la victime envahit notre quotidien (médias, discours politiques...). La création en mars 2004 d'un secrétariat d'État au droit des victimes est emblématique de cette invasion. Malgré son éphémérité - il a cessé en mai 2005, ce secrétariat placé sous l'autorité du Garde des Sceaux, est significatif d'une volonté politique d'œuvrer en faveur des victimes³⁶⁵.

361 Il est notamment prédictible. F. EWALD, *L'Etat providence*, Grasset 1986.

362 S. ROCHÉ, *op.cit.*, p. 363.

363 Voir *supra* (Introduction).

364 Voir en ce sens R. CARIO, *Victimologie, De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, Volume 1, L'Harmattan, Coll. « Traité de sciences criminelles », 2-1, 3^{ème} édition, 2006. Les victimisations secondaires sont définies par le Dictionnaire des Sciences criminelles (*op.cit.*) comme « les conséquences indirectes du crime et, plus particulièrement, [...] [la] douleur et [les] blessures psychologiques infligées aux victimes par l'entourage et par les institutions judiciaires et sociales. Ces blessures résultent souvent du manque de soutien auquel s'attend la victime de la part de ses proches, de la communauté, de la société en général. [...] Un premier court-circuit peut apparaître dans les contacts de la victime avec le système de la justice pénale, lequel s'avère une source importante de victimisation pénale [...] Contraintes à des attentes interminables, à des pertes de temps et de salaires [...], l'insatisfaction [des victimes] envers le système de justice est encore alimentée par le laxisme de certaines sentences, par l'impossibilité d'obtenir un dédommagement par l'auteur du délit ou par le fardeau qui leur incombe de faire exécuter les jugements en dommages et intérêts. Mal protégées contre les manœuvres d'intimidation ou contre la commission de nouveaux crimes ou agressions, elles en retirent le sentiment que les représentants de la justice se préoccupent peu de leurs craintes et de leurs besoins. [Aussi], la victimisation secondaire s'explique [...] par le manque d'égards et l'indifférence des différents acteurs du système de justice. [...] Les victimes se sentent peu reconnues et soutenues». Voir aussi G. LOPEZ, *La victimologie*, Dalloz, 2010. Nous pensons qu'aujourd'hui, ces victimisations secondaires s'amenuisent tant la victime est devenue, pour beaucoup, un moteur de la réforme pénale.

365 En avril 2005, une ligne d'appel téléphonique a notamment été créée sous l'égide de ce secrétariat, le numéro national d'aide aux victimes (08VICTIMES) qui avait pour objectif d'offrir en temps réel un dispositif d'écoute, d'orientation et d'information aux victimes (quelle que soit la nature de leur victimisation).

167.- Cet intérêt manifeste, signe de notre « appétit de souffrances et de compassion »³⁶⁶, nourrit une idéologie mettant au centre la victime. Et c'est précisément cette idéologie qui conduit à considérer légitime l'insertion de la notion de précaution en matière pénale³⁶⁷ à l'instar du principe de précaution consacré en matières sanitaire et environnementale. Pour ces dernières, il s'agit d'éviter que la santé et l'environnement ne soient victimes du progrès incontrôlé. A cette fin, le principe impose de surveiller l'utilisation de produits ou de techniques susceptibles d'être nocifs pour l'environnement ou la santé. Le principe de précaution fonctionne ainsi à l'orée d'un ou plusieurs objets à protéger. En matière pénale, l'ensemble à protéger est constitué des victimes passées et à venir. Cette approche victimaire, dans sa tendance à la précaution en amont de la victimisation potentielle, coïncide avec l'utilisation de la notion de précaution dans le domaine pénal. Ainsi, tel qu'il a été conçu en droit positif pour la préservation de l'environnement et de la santé, l'usage du principe de précaution s'est poursuivi en droit pénal pour la défense d'une société dans l'arbitrage quasi exclusif des victimes potentielles.

SECTION 2 : LE RÔLE DE L'IDÉOLOGIE VICTIMAIRE DANS L'INTÉGRATION DE LA NOTION DE PRÉCAUTION EN MATIÈRE PÉNALE

168.- Plusieurs éléments nous autorisent à penser, qu'aujourd'hui, règne une idéologie victimaire, au sens de « formation des idées dans l'esprit »³⁶⁸ ou dès lors que

366G. ERNER, *La société des victimes*, La Découverte, 2006, p. 10.

367Sébastien Roché y entrevoit le développement d'une « symbolique assurantielle comme principe de régulation qui, petit à petit, grignote le modèle pénal » (S. ROCHÉ, *op.cit.*, p. 363). Cette solution assurantielle s'expliquerait notamment par le caractère principalement anonyme de la délinquance contemporaine (l'anonymat de la délinquance est expliqué par Sébastien roché par l'urbanisation, la fonctionnalisation, l'impuissance de la police et de la justice, S. Roché, *op.cit.*, p. 361). La disparition du trio « État plaignant auteur » (PH. ROBERT, « La crise de l'économie répressive », *RSC*, 1/1986, pp. 69-78. Cité par S. ROCHÉ, *op.cit.*, p. 361) et la subsistance des seuls État et victime conduiraient à privilégier la voie de la réparation (donc celle de la victime) pour lutter contre le sentiment d'insécurité, faute de pouvoir identifier des auteurs anonymes. Que le modèle soit devenu intégralement assurantiel ou non, il fonctionne à l'orée d'un nouveau principe, celui de la précaution et cela nous semble être en partie l'une des conséquences de l'« irruption des victimes au devant de la scène pénale » pour reprendre la formulation très significative de Denis Salas et Antoine Garapon (D. SALAS et A. GARAPON, *La république pénalisée*, Hachette, Coll. « Question de société », 1996).

368Nous n'utilisons pas ici le terme « idéologie » au sens de Marx et Engels, pour lesquels, il revêt un sens très particulier marqué par le matérialisme historique (V. not. MARX et ENGELS, *L'idéologie allemande*, ouvrage dans lequel les auteurs, se désolidarisant d'Hegel et ouvrent la voie à une autre historiographie fondée sur une reconstruction des conditions matérielles de production). « Pour ces auteurs, toute société produit une idéologie, c'est-à-dire un système de valeurs et de représentations, qui ne sont que l'image inversée des rapports de production économique et d'exploitation, et créent une illusion quant à la réalité de ces rapports. L'idéologie [selon eux] est en outre toujours caractérisée par son caractère idéaliste : Marx et Engels dénoncent l'illusion, entretenue par tous les systèmes philosophiques et religieux avant eux, selon laquelle ce sont les idées qui

celle-ci se forme sur un « ensemble d'idées, de croyances et de doctrines propres à une époque, à une société »³⁶⁹ et que cette approche victimaire agit comme un déclencheur de la précaution dans le domaine pénal.

169.- Mais avant d'étudier concrètement comment la victime est portée par une idéologie victimaire dans la société actuelle, il n'est pas inutile de s'interroger sur la notion de victime dont l'extrême subjectivité rend la définition difficile. En effet, tout comme le risque, la victime est une notion très relative, tributaire du temps, du lieu et de la sensibilité ambiante. La notion de victime est d'ailleurs reliée à celle des risques, et plus précisément au seuil de tolérance de ces derniers³⁷⁰. Elle évolue en fonction des valeurs prédominantes dans le groupe social et, par conséquent, en fonction de ce que le groupe social considère comme tolérable ou au contraire comme insupportable.

La définition mouvante de la victime

170.- Si dans un premier temps, elle fut considérée uniquement comme souffrante et innocente à l'image d'une victime sacrificielle³⁷¹, la victime a ensuite été longtemps étudiée dans sa relation avec l'infracteur. En effet, à ses débuts, la victimologie³⁷² s'attachait à analyser les liens qui se tissent entre la victime et l'auteur. Tout comme Von Hentig, un des fondateurs de la victimologie, qui met en avant le rôle de la victime dans la genèse du crime³⁷³, Mendelsohn dresse une typologie des victimes en fonction de leurs

mènent le monde » (*Encyclopédie de la philosophie*, Librairie générale française, Coll. La Pochothèque, 2002, entrée « idéologie »). Toutefois, il serait intéressant de s'interroger, dans des travaux ultérieurs, sur la nature de l'« idéologie victimaire » contemporaine, et de se demander si elle correspond à la définition marxiste de l'idéologie.

369 *Le Petit Robert* 2010, « idéologie ».

370 Voir *supra* (Introduction).

371 Dans les pratiques religieuses greco-romaines, le terme même de victime désignait la personne ou l'animal qui se sacrifiait ou que l'on sacrifiait pour le bien de la Cité. V. notamment E. WENZEL, « Quelle place pour la victime dans l'ancien droit pénal ? », in B. GARNOT (dir.), *Les victimes, des oubliées de l'histoire ?*, PUR, Coll. « Histoire », 2000, p. 20.

372 Pour une définition succincte de la « victimologie », V. le *Dictionnaire des Sciences criminelles* (*op.cit.*), à l'entrée « victimologie », pp. 963-966 : « La victimologie est le discours scientifique, pluridisciplinaire, philosophique, sociologique, médical et juridique, élaboré au sujet de la victime. [...] ».

373 H. VON HENTIG, *The criminal and his Victim*, New Haven, Yale University Press, 1948. Ainsi que le rappelle Robert Cario, Von Hentig « a été le premier à analyser de manière dynamique le phénomène criminel, s'écartant de la vision traditionnelle de la victime, envisagée comme acteur passif de l'infraction. Dans ses travaux publiés entre 1934 et 1948, il a mis en évidence deux concepts fondamentaux, déjà ébauchés par Etienne de Greef et Olof Kinberg. Complétés par les réflexions de Henri Ellenberger, ils opèrent une double classification des victimes et soulignent les relations spécifiques qui s'établissent entre criminels et victimes : 1° Le criminel-victime (the doer-sufferer) : Il s'agit de sujets qui sont susceptibles d'être successivement criminel ou victime, selon les circonstances. [...] 2° La victime latente (the potential victim) : Cette seconde catégorie de victime est

rapports avec le criminel³⁷⁴. Ce dernier relève que si la victime peut être entièrement innocente, elle est aussi, parfois, coupable, voire plus encore que l'auteur. Aujourd'hui, l'appréhension de la victime a largement évolué vers une négation de sa responsabilité dans la réalisation de son dommage. D'ailleurs, très tôt, Mendelsohn abandonnera cette idée de la prééminence d'un rôle joué par la victime dans son dommage et proposera une typologie des victimes non plus en fonction de son rapport avec le criminel mais selon des types de victimation allant des accidents de la route au génocide, avec l'inclusion, plus tard, des catastrophes naturelles³⁷⁵. La notion de victime évoluera ainsi en dépassant le seul champ pénal pour s'étendre à tous les domaines de la vie. Est victime « une personne, se situant individuellement ou faisant partie d'une collectivité, qui subirait les conséquences douloureuses déterminées par des facteurs de diverses origines : physiques, psychologiques, économiques, politiques et sociales mais aussi naturelles »³⁷⁶.

171.- Plus que l'origine du dommage, c'est donc la souffrance engendrée par ce dernier qui est prise en compte dans la définition de la victime. On est victime parce que et par ce que l'on souffre. La définition de la victime est dès lors très subjective, elle est dominée par le sujet : le sujet victimisé lui-même importe plus que l'origine de sa victimisation. Cette définition peut conduire à des excès tant elle est extensible. En effet, si le sentiment d'être victime et le ressenti de souffrance suffisent à caractériser l'état de victime, peuvent alors entrer dans cette catégorie ceux qui s'estiment être victimes (sans victimisation réelle).

identifiée comme un sujet présentant des dispositions inconscientes, épisodiques ou permanentes, à jouer le rôle de victime, à la manière de l'attraction « de l'agneau par le loup » [...] ». R. CARIO, *Victimologie, De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, Vol. 1, L'Harmattan, Coll. « Traité de Sciences Criminelles », 2-1, 3^{ème} édition, 2006, pp. 117-120.

374Ainsi, selon Mendelsohn, il existerait cinq types de victimes : la victime totalement innocente, la victime de moindre culpabilité, la victime aussi coupable que l'infracteur, la victime plus coupable que l'infracteur, la victime la plus coupable ou uniquement coupable (B. MENDELSONN, « Une nouvelle branche de la science bio-psycho-sociale », *RICPT*, 1956-2, pp. 95-109). V. Robert Cario, *op.cit.*, pp. 120-122.

375Dans un article sur le génocide (son second) publié en 1969, Mendelsohn expose une victimologie au sens large, dépassant le cadre de la seule victime de l'infraction pénale (B. MENDELSONN, « The Victimology », *Études internationales de psycho-sociologie criminelle*, juillet-septembre 1969, pp. 25-26.). « Il comprit que seule une faible proportion de victimes avait une tendance inconsciente à se punir et qu'il fallait surtout retenir les facteurs biologiques, psychologiques et sociaux », selon le *Dictionnaire des Sciences criminelles*, *op.cit.*, p. 963.

376Définition de la victime donnée par Mendelsohn en 1956 (Citée dans le *Dictionnaire des Sciences Criminelles*, à « victime », p. 958). La première Société Française de Victimologie, quant à elle, adoptera la définition suivante : « une victime est un individu qui reconnaît avoir été atteint dans son intégrité personnelle par un agent causal externe ayant entraîné un dommage évident, identifié comme tel par la majorité du corps social ». Gina Filizzola et Gérard Lopez. retiennent cette définition dans leur ouvrage. G. FILIZZOLA, G. LOPEZ, *Victimes et victimologie*, Presses universitaires de France, Que sais-je ? N° 3040, Paris, 1995.

172.- Le droit pénal ne propose aucune définition du terme de victime. Dans cette matière, l'élément légal de l'infraction consacre, à lui seul, le statut de victime à celui qui a été atteint dans son corps ou dans ses biens. La répression d'un comportement par la loi institue comme victime celui qui en a souffert. Ainsi le *Dictionnaire des sciences criminelles* retient comme définition : « toute personne ou groupe de personnes ayant souffert, directement ou indirectement, d'un acte prohibé par la loi », avant d'y inclure les victimes d'événements catastrophiques³⁷⁷.

173.- Au niveau international, une définition officielle des victimes a été donnée en 1985 par une résolution 40/34 des Nations-Unies relative aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir : « *on entend par victimes [de la criminalité] des personnes qui, individuellement ou collectivement, ont subi un préjudice, notamment une atteinte grave à leurs droits fondamentaux, en raison d'actes ou d'omission qui enfreignent les lois pénales en vigueur dans un État membre, y compris celles qui proscrivent les abus criminels de pouvoir [...]* ; *on entend par victimes [d'abus de pouvoir] des personnes qui, individuellement ou collectivement, ont subi des préjudices, notamment une atteinte à leur intégrité physique ou mentale, une souffrance morale, une perte matérielle, ou une atteinte grave à leurs droits fondamentaux, en raison d'actes ou d'omissions qui ne constituent pas encore une violation de la législation pénale nationale, mais qui représentent des violations des normes internationalement reconnues en matière de droits de l'Homme [...]* ».

174.- Au niveau européen, une décision-cadre du Conseil de l'UE en date du 15 mars 2001 a également précisé l'état de victime : est victime « *la personne qui a subi un préjudice, y compris une atteinte à son intégrité physique ou mentale, une souffrance morale ou une perte matérielle, directement causé par des actes ou des omissions qui enfreignent la législation pénale d'un État membre* ». Ces deux définitions officielles sont centrées sur les victimes d'infractions pénales.

175.- Nous retiendrons également la définition reposant sur le critère légal de l'infraction tout en soulignant, qu'aujourd'hui, il existe une tendance à considérer comme victime toute personne en souffrance, ce qui conduit à un risque de banalisation des

³⁷⁷G. LOPEZ, S. TZITZIS (dir.), *Dictionnaire des Sciences criminelles*, op.cit., p. 959. Voir aussi G. GIUDICELLI-DELAGÉ et CH. LAZERGES (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, PUF, Les Voies du droit, 2008.

victimisations réelles et à une confusion néfaste entre victimisation concrète et sentiment d'insécurité.

176.- Si nous accordons, dans cette thèse, autant d'importance à la victime, c'est parce qu'il nous semble qu'elle est en grande partie à l'origine de l'entrée du principe de précaution dans la justice pénale. L'accroissement significatif de la place donnée à la victime dans la société (**I**) est le résultat significatif de la diminution de la tolérance des risques que nous avons abondamment analysée précédemment³⁷⁸. Nous formulons ainsi l'hypothèse que c'est parce qu'elle s'adresse à la fois aux victimes réelles et aux victimes hypothétiques que l'action du législateur est guidée par la logique de précaution (**II**).

I. L'EXTENSION DE LA PLACE DE LA VICTIME DANS LA SOCIÉTÉ, TERREAU DE L'ESSOR DE LA PRÉCAUTION EN DROIT PÉNAL

177.- L'état de victime se caractérise par le produit de deux perceptions. L'on se perçoit soi-même comme victime parce que l'on pense avoir subi l'inacceptable. Et, l'on est perçu comme tel par le groupe social et cela, indépendamment de la volonté de la personne concernée.

178.- Cette dualité de perceptions nous conduit à nous interroger sur les relations qu'entretiennent l'individu, la société et l'État. Quels rapports la victime noue-t-elle avec la société et l'État, et plus particulièrement avec la justice ? Si nous constatons la reconnaissance sociale de la victime (**A**), parallèlement à cette émergence d'une « figure de la victime »³⁷⁹ (**B**), une conception particulière de la justice voit le jour.

378 Voir *supra* (Introduction).

379 La victime loin de n'être qu'une partie au procès pénal investit toute la société jusqu'à l'émergence d'une « figure de la victime », à l'image du martyr dans la terminologie chrétienne. Le martyr (nom et adjectif) dans la religion chrétienne est celui qui consent à se tuer pour témoigner de sa foi. D'après le *Petit Robert* 2010 : « martyr », de martir XI^{ème}, devenu martyr en latin chrétien, du grec martur « témoin (de Dieu) » : « personne qui a souffert la mort pour avoir refusé d'abjurer la foi chrétienne ». Le martyre (nom) du latin ecclésiastique signifie « la mort, les tourments qu'un martyr endure pour sa religion, sa foi ». Ainsi, une « martyrologie », « liste, catalogue des martyrs » peut être dressée dans la religion chrétienne, où l'on pourrait placer au plus haut degré, Jésus-Christ. Cependant, les chrétiens ne considèrent pas Jésus-Christ comme un martyr. Ils considèrent plus que les martyrs rendent témoignage de la mort, pour le salut de tous les hommes, de Jésus-Christ. Ainsi, pour eux, le premier martyr (ou protomartyr) est Saint Etienne.

179.- La place qu'occupe aujourd'hui la victime dans la société a été acquise progressivement, notamment par un phénomène de mise en concurrence des victimes (1). L'attention croissante portée aux victimes, qui en résulte, légitime l'usage du devoir de précaution face à la criminalité (2).

1) La victimisation concurrente

180.- Le surinvestissement de la place de la victime aboutit à une tendance à la judiciarisation de faits tous azimuts, ce qui a pour conséquence d'augmenter les occasions de dénonciation de nombreuses situations de victimation. Par exemple, dans le nord de la France, une dame porte plainte contre un fast food pour avoir glissé sur une frite³⁸⁰ ! Cela n'est pas sans rappeler l'affaire américaine opposant Mc Donald et Madame Liebieck³⁸¹, laquelle a obtenu la somme de six cent mille dollars versée par l'établissement pour s'être brûlée avec un café servi trop chaud. Signe d'une américanisation de notre droit ou non³⁸², l'histoire semble démontrer que « la figure de la victime [tient] la place du héros moderne dans notre société [à tel point] que pour exister tout individu devrait se prétendre victime et occuper ainsi la scène judiciaire puis médiatique »³⁸³.

181.- Pourtant, manifester son état de victime ne s'est pas toujours opéré avec la publicité que l'on connaît aujourd'hui. Si autrefois, il était confiné au registre de l'intime, presque honteux à dévoiler, il bénéficie désormais d'une audience (collective) privilégiée. Le droit de parole légitimement accordé aux victimes s'est élargi, leur reconnaissance et la compassion à leur égard sont plus visibles. Dans une société individualiste, marquée par la quête de repères et le manque de lien social, la position de victime est devenue peu à peu un objet de convoitise. L'on assiste, par ce biais, à une mise en concurrence des victimes, chaque

380 Décision du TGI de Reims (1^{ère} chambre civile) en date du 16 décembre 2008, rôle n°08/00700. Disponible sur http://loi.blogs.liberation.fr/dufief/files/jugement_borgnon_anonymis.pdf.

381 V. par exemple : A. GERLIN, « A Matter of Degree: How a Jury Decided That a Coffee Spill Is Worth \$2.9 Million », *The Wall Street Journal*, 1^{er} septembre 1994 et Valéry Turcey, *L'Horreur juridique. Vers une société de procès*, Plon, 2002, pp. 78-83

382 Américanisation car l'on observe aux États-Unis la recrudescence des procès en responsabilité civile pour des faits quotidiens aux conséquences peu graves. Voir par exemple, V. TURCEY, *op.cit.*

383 E. PIERROUX, *Gazette du palais*, janvier-février 2009, doctrine, libres propos, p. 416, à propos de la décision du TGI de Reims (1^{ère} chambre civile) en date du 16 décembre 2008, rôle n°08/00700.

victime enviant celle qui parvient à capter l'attention des médias, et par là, de l'opinion publique.

182.- La figure de la victime semble donc avoir été affectée par une logique de marché assortie d'une forte concurrence entre les différentes victimes. Dans la surenchère de cette concurrence victimaire, des dérives médiatiques ont pu avoir lieu. En 2004, une jeune femme a inventé une agression à caractère antisémite³⁸⁴. En 2010, une joggeuse portée disparue confiée aux services de police avoir été enlevée - l'affaire est largement couverte par les médias - pour ensuite avouer une simple fugue³⁸⁵. Ainsi, la sacralisation des victimes trouve un écho non négligeable dans l'opinion publique que le relais démesuré des médias peut intensifier.

2) De la sacralisation de la victime au devoir de précaution

183. L'affaire Outreau souvent qualifiée « le fiasco judiciaire d'Outreau »³⁸⁶, rend bien compte, même si ce n'est qu'en partie, de la dérive de la sacralisation démesurée de la parole des victimes³⁸⁷. Les enfants victimes d'actes de pédophilie incarnent, de façon paroxystique, la figure « victimale » qui émeut l'opinion publique. Pour Denis Salas et Antoine Garapon, c'est parce qu'elle s'inscrit à l'encontre de l'organisation sociale entre les genres et entre les générations, que la pédophilie est l'un des faits, sinon le fait, que la société répugne au plus haut point³⁸⁸. Ainsi, lorsque des enfants se sont prétendus victimes de tels

384Comme l'écrit une journaliste du monde, « Il aura suffi à la jeune mythomane de réunir tous les ingrédients de la victimisation pour faire parler d'elle : une jeune femme, avec son bébé, seule dans le RER, prise à partie par un groupe d'hommes, le tout aggravé par la dimension raciste et antisémite de son récit... Autant d'éléments qui lui assuraient une répercussion maximale dans une opinion publique qui confère aujourd'hui à la victime un statut presque sacré ». C. PRIEUR, « L'affaire Marie L. révèle une société obsédée par ses victimes », *Le Monde* du 22 Août 2004.

385Parmi les nombreuses « informations » données à propos de la disparition de Marine Arcolle avant que l'on découvre la vérité, voir : « Disparition inquiétante d'une joggeuse: 180 gendarmes mobilisés », TF1 news le 10 octobre 2010 à 20h28 et « La jeune joggeuse retrouvée "choquée" mais vivante », TF1 News (d'après agence), le 11 octobre 2010 à 06h17, <http://lci.tf1.fr>.

386Notamment dans les médias.

387Voir *contra* le film *Outreau, l'autre vérité*, réalisé par Serge Garde, sorti le 6 mars 2013.

388D. SALAS, A. GARAPON, *Les nouvelles sorcières de Salem*, *op.cit.* « L'ordre [social] a radicalement changé. La clé de voûte n'en est plus le parricide et le crime de lèse-majesté, mais la pédophilie, l'infanticide et le viol. Les figures de proue du désordre sacrilège ne sont plus un père assassiné ou un souverain mis à mort, mais un enfant meurtri ou une femme abusée. Cette migration, voire cette inversion du « sacré criminel » [...] signale le passage d'une société traditionnelle, marquée par les hiérarchies et les statuts, à une société libérale marquée par des liens plus électifs, plus contractuels, obsédée par la protection des plus vulnérables et hantée par la peur de la confusion (des rôles, des générations, des ges ...). [...] Aucune société ne peut accepter, sans risque pour son devenir, des pratiques de la sexualité destructrices du lien social », pp. 18-19. Plus loin, les auteurs écrivent : « Le pédophile est un « démon familial » de l'imaginaire démocratique et de ses paniques morales. Il est représentatif de nos sociétés où l'atteinte sexuelle aux personnes (et à la plus vulnérable d'entre elles, l'enfant)

actes, leur parole n'a pas été mise en doute, tant la pédophilie suscite l'indignation et la révolte. Le crédit illimité accordé au récit de mineurs en souffrance témoigne de notre appétence pour la compassion au sort des victimes, dont l'élan nous éloigne parfois, avec une nocivité grave, de la recherche objective de la vérité. La figure de la victime, et plus encore lorsqu'il s'agit d'enfants, véhicule l'idée d'une innocence immaculée en opposition à la violence d'un monde où bouillonnent des risques potentiels. La pureté de la victime ne peut qu'être valorisée dans une société qui regorge de doutes pluriels et d'agressivité protéiforme. Et c'est bien cette innocence qui a été mise en avant pour justifier l'application d'un devoir de précaution en matière pénale. S'agissant des erreurs commises par le Juge d'Instruction à Outreau, on peut les expliquer par l'usage maximal de précaution dans l'objectif de protéger des enfants victimes, quitte à retenir des personnes dont la culpabilité n'était pas certaine³⁸⁹.

184.- La fulgurante multiplication d'associations de victimes participe aussi à placer la figure de la victime sur un piédestal. Elles confèrent à la victime un statut éveillant un souci de protection qui devient sociétal (puis étatique). Selon certains auteurs, les droits des victimes ont même été construits sous l'impulsion de telles associations³⁹⁰. L'augmentation des recours judiciaires formés par elles est aussi significatif de l'importance accordée aujourd'hui à l'état de victime³⁹¹. D'autres associations d'aide et d'information aux victimes d'infractions pénales³⁹² mises en place notamment au milieu des années 1980 occupent l'espace public. Ces dernières sont habilitées par la justice et ont une mission d'aide, d'orientation et de médiation pénale.

est devenue la transgression majeure. Les paniques anti-pédophiles qui en résultent provoquent une émotion collective sans commune mesure avec la réalité [...] Où sont les pédophiles ? Des réseaux « dormants » se cachent-ils dans des familles ordinaires ? Sans connaissance ni remède, nous sommes face à un mal mystérieux, à une « grande peur » », p. 32. Voir aussi, CH. LAZERGES, *RSC* 2010/3, *op.cit.* Voir enfin *infra* sur les figures de la dangerosité.

389En réalité, la détention provisoire elle-même est une illustration de la précaution (voir *infra*).

390S. ROCHÉ, *op.cit.*, pp. 365-366.

391Pour illustration, des individus regroupés en associations ou collectifs s'estiment régulièrement victimes de propos tenus par des personnes médiatiques, comiques ou politiques. La figure de la victime susciterait-elle aujourd'hui plus de respect que des libertés si difficilement consacrées telles que la liberté d'expression ?

392A côté des centaines d'associations de victimes dans de nombreux domaines, santé, protection de l'enfance, etc, il existe des associations locales d'aide aux victimes (au nombre 168) fédérées au sein de l'Institut National d'Aide aux Victimes et de Médiation (INAVEM), chargé de développer l'assistance aux victimes, de coordonner les missions des associations, de participer à la formation de leurs personnels et d'évaluer leurs actions subventionnées par le ministère de la Justice. Elles sont conventionnées par les cours d'appel, qui participent à leur financement et au développement de leurs activités. Les services dispensés (juristes et psychologues formés à l'accueil des victimes) par ces associations sont gratuits. Ces dernières sont chargées d'accueillir les victimes d'infractions, de les informer sur les démarches à effectuer pour faire valoir leurs droits et de les accompagner tout au long de la procédure judiciaire.

185.- Toutefois, Robert Cario met en garde contre une « intellectuelle victimaire » qui dénoncerait les dérives d'un « prétendu sacre de la victime »³⁹³. En effet, ce que nous appelons « figure de la victime » recouvre en réalité deux types de victimes très distincts : la victime réelle et la « victime invoquée », expression utilisée par l'auteur³⁹⁴. Car la figure de la victime est aussi l'objet d'instrumentalisations politiques³⁹⁵. Le politique utiliserait cette figure afin de légitimer des réformes, notamment en matière de surveillance et de répression. Murray Edelman affirme que « les solutions apparaissent souvent en premier »³⁹⁶, expliquant ainsi une tendance du politique à construire des problèmes comme justification des solutions entreprises. Et Sébastien Roché d'appliquer ce raisonnement à l'instrumentalisation des victimes par le politique³⁹⁷ : le discours politique promeut une certaine image de la victime dans le but de justifier ses actions déjà pensées, voire déjà mises à exécution.

186.- Il semblerait, en effet, que cette victime invoquée est un moyen de légitimer le devoir de précaution face à la délinquance, notamment lorsque ce devoir peut, par ailleurs, se révéler attentatoire aux droits et libertés fondamentales. En outre, la figure de la victime contribue à véhiculer une conception salvatrice de la justice pénale, lui assignant la fonction de guérisseur du mal et de remède à l'incertitude.

B. UNE NOUVELLE CONCEPTION SOCIALE DE LA JUSTICE PÉNALE : LA JUSTICE COMME REMÈDE À L'INCERTITUDE

187.- Une nouvelle image de la justice pénale et une nouvelle façon de penser celle-ci se construisent sous l'influence de l'idéologie victimaire. Nous procéderons à un rapide aperçu de l'évolution de la conception de la justice pénale de l'ancien régime jusqu'à aujourd'hui (1), pour comprendre la portée de la conception actuelle (2).

393R. CARIO, « La reconnaissance de la victime : instrumentalisation ou restauration », *JAC Journal des Accidents et des Catastrophes*, n° 53, Avril 2005.

394Ibidem. Voir également en ce sens, D. SALAS in *La Volonté de punir*, op.cit., p. 65 : « Mais autour de cette victime de chair et d'os, la figure de la victime est aussi une ressource politique. Derrière la victime incarnée peuvent toujours surgir la victime invoquée et l'idéologie victimaire. [...] Les messages bruyants de la victime invoquée, nouvelle forme du martyr, étouffent la voix de la victime singulière. Tout un discours populiste se construit sur les humiliations perpétuellement subies par un peuple de victime ».

395Geneviève Giudicelli-Delage écrit que la victime « joue indéniablement un rôle de légitimation des politiques criminelles ». G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, op.cit., pp. 265-276, ici p. 274.

396M. EDELMAN, op.cit., p. 53.

397S. ROCHÉ, op.cit., p. 356.

1) L'évolution de la conception sociale de la justice pénale (au regard de la place de la victime)

188.- Sous l'Ancien régime, la justice royale n'était que résiduelle. L'institution judiciaire n'intervenait que très épisodiquement. Étaient privilégiés des modes de règlement des conflits issus d'une justice privée, où chaque partie s'affrontait sous le regard d'un arbitre désigné d'un commun accord. Cette alternative à la justice royale s'accommodait de la réalité sociale quotidienne, où les individus centrés sur un même territoire vivaient en communauté³⁹⁸. Il s'agissait alors plus de défendre un intérêt privé et de réaffirmer un ordre moral que de préserver l'ordre public. Puis, avec l'urbanisation, l'intensification de la circulation des biens et des personnes et la désagrégation des communautés locales, une justice nationale s'est avérée nécessaire au règlement de situations complexes. Mais cette justice fonctionnait plus pour asseoir sa souveraineté et sa primauté face aux autres justices concurrentes (les justices seigneuriale et ecclésiastique) que dans le souci de protéger la victime³⁹⁹. A cette époque, même lorsqu'elle fait une victime, l'infraction est considérée moins comme un tort à cette dernière que comme une atteinte à la souveraineté royale⁴⁰⁰. « La justice pénale n'a pas été créée pour offrir une prestation de justice à des citoyens lésés mais pour manifester la puissance publique : elle a toujours fonctionné comme un instrument politique de la souveraineté sur le territoire »⁴⁰¹. Ce qui explique, selon Denis Salas, que même à l'ère contemporaine, si la victime fait partie du procès pénal, « elle sort d'un long oubli où l'a plongé un système pénal qui s'est construit historiquement contre elle »⁴⁰².

189.- Aujourd'hui, si c'est le droit qui joue habituellement le rôle d'arbitre de la justice au service des victimes, une tendance inverse semble cependant s'amorcer⁴⁰³. Ce

398 Pour une histoire complète de la justice pénale, V. J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, Coll. Droit fondamental, 2^{ème} édition, 2009.

399 Sur la concurrence entre la justice royale et les autres justices à partir du 13^{ème} siècle, voir J.-M. CARBASSE, *op.cit.*, p. 135s., qui souligne que la justice royale est désormais conçue comme « le premier de tous les devoirs publics » et que « la répression de type étatique » est alors « à la fois rétributive et dissuasive ».

400 Relevons ici que le passage à la procédure inquisitoire qui s'est effectué au 13^{ème} siècle a été un facteur déterminant dans ce qui a pu être appelé un « oubli de la victime » par le droit. Ce modèle de procédure privilégiant l'approche technique place la victime derrière les intérêts de l'État. V. notamment E. WENZEL, *op.cit.*, p. 21. « Les fondements [de cette justice] sont la poursuite et le châtiment des délinquants et criminels en tout genre, bien plus que la consolation de l'homme ou de la femme qui a subi préjudice d'un consort ».

401 R. ZAUBERMAN, « La victime, usager de la justice pénale » in M. CHAUVIÈRE et J. GODBOUT (dir.), *Les usagers entre marché et citoyenneté*, L'Harmattan, 1992, p. 81. Citée par S. ROCHÉ, *op.cit.*, p. 358.

402 D. SALAS, « L'inquietant avènement de la victime », Article de la Rubrique « Violences », *Sciences Humaines* 2004, Hors-série n°47-décembre 2004/janvier-février 2005 disponible sur deployezvosailles.free.fr, p. 1.

403 A ce sujet, Jean-Paul Jean écrit : « Un changement de perspective est en train de s'opérer dans les systèmes de justice pénale des pays européens. Face à la montée de la criminalité et à la demande de répression de

n'est plus toujours la réaffirmation solennelle de la loi qui prédomine dans le procès pénal mais souvent la reconnaissance de la souffrance de la victime. « Quand la victime est là, ce n'est plus la seule loi qui est atteinte par le crime »⁴⁰⁴. « Le crime cesse d'être une transgression de la loi pour redevenir une atteinte privée »⁴⁰⁵. L'on assiste ainsi à une « subjectivisation du droit pénal »⁴⁰⁶ qui, de la mission de sauvegarde de l'intérêt social, passe à un objectif de protection d'intérêts privés en mettant au cœur de sa symbolique, le sujet, et en particulier, le sujet victime (aux côtés de la défense).

190.- Robert Cario insiste sur la réclamation de vérité sollicitée par les victimes⁴⁰⁷. Le triple droit dont elles devraient pleinement jouir - droit à la reconnaissance, droit à l'accompagnement, droit à la réparation - permettrait en outre d'éviter les effets de « victimisations secondaires »⁴⁰⁸ produites par le système de justice pénale. Si ces droits sont nécessaires pour ouvrir la voie de la reconstruction post-victimale, le fait que la justice pénale doive assumer ces fonctions est plus contestable. D'autres instances, médicales, psychologiques, sociales s'avèrent plus aptes à remplir ces missions auprès des victimes, gr ce à leur spécialisation et leur connaissance du terrain dans ce domaine. Car l'objet premier de la justice pénale n'est pas de soutenir la victime dans son rétablissement⁴⁰⁹. Sans

l'opinion, les sciences criminelles et le droit pénal deviennent de moins en moins des disciplines centrées sur le délinquant, sa personnalité, le passage à l'acte, la sanction, la réinsertion. Du fait de l'attention prioritaire portée aux victimes, trop longtemps mi ses à l'écart, et de l'importance politique du débat sur la sécurité, la société demande des comptes à la justice sur son fonctionnement, ses résultats, son efficacité face à la récidive. « Que fait la police ? » s'est transformé en « Que fait la justice ? » », J.-P. JEAN, *Le système pénal*, La Découverte, Coll. Repères, 2008, p. 3.

404D. SALAS, « L'inquiétant avènement de la victime », *op.cit.*, p. 1.

405A. GARAPON et D. SALAS, *La république pénalisée*, Hachette, Question de Société, Octobre 1996.

406« Subjectivisation » dans le sens où le droit pénal semble aujourd'hui, à bien des égards, animé plus par les sujets et les volontés (voir dans le même sens la théorie de la cause subjective en droit des contrats, développée par H. Capitant) de la défense et de la partie civile (à des degrés différents), que par l'objet même de la justice pénale qui est de garantir l'ordre public par la sanction des violations de la loi. On pourrait ainsi rapprocher cette expression de celle de « privatisation », utilisée par Xavier Pin. X. PIN, *op.cit.* V. *Infra*.

407Il indique notamment « qu'au regard de l'accompagnement psychologique et social que leur victimisation rend indispensable, [...] un long chemin reste à parcourir », R. CARIO et D. SALAS (dir.), *Œuvre de justice et victimes*, Vol.1, L'Harmattan, Coll. Sciences criminelles, 2001, p. 2.

408*Dictionnaire des sciences criminelles, op.cit., V. supra.*

409Cf. not. Christine Lazerges in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.) *La victime sur la scène pénale en Europe*, PUF, Coll. « Les voies du droit », 2008 qui écrit justement : « Sans doute est-ce en marge de la scène pénale mais en lien avec elle que la victime peut être plus aidée dans son besoin de réparation, soit par des associations ou des services d'aide aux victimes, soit par des procédures douces comme la conciliation ou la médiation laissant place à la circulation de la parole et en conséquence restauratrices de la personne de la victime comme de celle de l'auteur » (p.242). Plus loin, l'auteure précise que : « Réhabiliter la victime, favoriser sa reconstruction consiste à l'aider à sortir du statut de victime une fois indemnisée et réparée. La justice pénale fait fausse route si elle ancre la victime dans un état dont il faut au contraire l'aider à sortir dans le respect d'une souffrance assumée [...] La quête de la juste place de la victime sur la scène pénale [doit se faire] sans dénaturation de l'instance pénale elle-même. Les risques de dénaturation, voire de mutation, existent aujourd'hui dans un climat populiste incitant les politiques à s'engouffrer dans ce que certains appellent la victimophilie, facette du populisme pénal, si bien décrit par D. SALAS dans *La Volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*,

préconiser l'application fidèle de la position de Jousse qui distinguait clairement les crimes publics, les seuls devant relever selon lui du droit pénal, des heurts privés, conflits entre particuliers ne devant pas incomber à la justice royale⁴¹⁰, il nous semble que la justice pénale actuelle ne doit pas avoir pour mission de régler les relations interindividuelles, souvent animées par des sentiments de haine, de vengeance, de défiance, entre la victime et l'auteur⁴¹¹. Sous la monarchie absolue, le droit prenait en compte l'individu lésé en lui accordant dommages et intérêts, mais comme le souligne Eric Wenzel, « cette attention n'est aucunement le fondement d'un procès et de la peine qui doit s'en suivre »⁴¹². A cette époque, « l'intérêt public doit être préféré à celui des particuliers »⁴¹³.

191.- Mais, aujourd'hui, la justice pénale est socialement, et parfois politiquement, conçue comme devant supporter la dette de la souffrance des victimes qu'elle n'a pas pu ou pas su éviter. Nous aurions peut être intérêt à recentrer le procès pénal sur son objectif principal qui est celui de protéger l'ordre public⁴¹⁴ si l'on veut éviter « que le procès soit uniquement un cri de douleur »⁴¹⁵. Beccaria n'affirmait-il pas que « la seule mesure des délits est le tort fait à la nation et non [...] l'intention du coupable [ni] la dignité de la personne lésée »⁴¹⁶?

2) La justice pénale perçue comme débitrice de l'insécurité et responsable de la souffrance

192.- La mise en avant de la figure de la victime sur les scènes politique, médiatique et pénale a pour effet naturel d'accroître la demande sociale de sécurité. Dans le contrat social qui l'unit à la société, l'État est redevable de la sûreté et de la sécurité⁴¹⁷. Et c'est

op.cit.] » (p.245).

410D. JOUSSE, *Traité de la justice pénale de France*, Paris, Debure, 1771.

411 Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

412E. WENZEL, *op.cit.*,

413D. JOUSSE, *op.cit.*, Tome IV, p. 324.

414 Voir *infra* (dernière partie)

415 Expression du procureur à propos du procès de Francis Evrard, in « Cinq jours pour juger le procès d'un pédophile », Documentaire Infra Rouge, diffusé sur France 2 le jeudi 13 octobre 2010, disponible sur le site France 2.

416C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, GF Flammarion, 1991, traduction de Maurice Chevallier (texte paru pour la première fois en 1764), pp. 75-77. « Les réflexions qui précèdent m'autorisent à affirmer que la vraie, la seule mesure des délits est le tort fait à la nation et non, comme certains le pensent par erreur, l'intention du coupable. [...] D'autres mesurent les délits à la dignité de la personne lésée plus qu'à l'importance au regard du bien public. Si c'était là la vraie mesure des fautes, une irrévérence envers l'Être des êtres devrait recevoir un châtiment plus terrible que l'assassinat d'un monarque ; la supériorité de la nature divine compenserait infiniment la différence de l'offense ». Nous convoquerons les écrits de Beccaria à l'analyse tout au long de notre étude.

417 La distinction entre ces deux termes, sûreté et sécurité, a déjà été étudiée dans la section 1 de ce chapitre, V. *supra*.

pour préserver leur tranquillité que les individus acceptent de se soumettre à un État souverain. Le contrat social qui les lie suppose que l'État protège les individus et garantisse la sécurité de leurs biens. Ainsi, la justice est perçue par la société civile comme étant débitrice d'une dette sociale lorsque leur sécurité a été perturbée. « Tout se passe comme si le système pénal payait à sa manière la dette des victimes et devait écrire, enfin, le récit qu'elles attendent »⁴¹⁸.

193.- Cette façon particulière d'envisager la justice pénale trouve son essor avec la prise en compte progressive du sort des victimes. Dans un contexte où règne le registre émotionnel, la justice pénale devient le lieu d'apaisement de la souffrance. Elle n'est plus conçue par la collectivité comme étant la garante de la loi et de l'ordre public mais comme un autel de reconnaissance de la victime, reconnaissance perçue par elle comme absolument nécessaire à sa reconstruction. « Le droit de punir [que détient l'État par l'exercice de son pouvoir régalien de la justice pénale] tend à se confondre [désormais] avec un devoir de punir »⁴¹⁹ au nom des victimes. La compassion devient maître mot. La justice se doit de réagir en punissant pour signifier qu'à travers elle, l'unanimité reconnaît l'état de victime de la partie civile. Ainsi, lorsqu'une victime est touchée, le corps social entier se rallie à sa souffrance et sont attribués à la peine prononcée par l'institution judiciaire des « effets presque magiques d'apaisement des malheurs collectifs »⁴²⁰.

194.- Cette conception de la justice pénale comme remède à toute forme d'incertitude peut s'expliquer aussi par une certaine déliquescence du lien social et un effritement des communautés. Faute de liaison des individus, ces derniers n'ont plus d'autres voies que la judiciarisation de leurs conflits. Pour Sébastien Roché, ce recours à une instance étatique peut lui-même être à l'origine du délitement du lien social⁴²¹.

418D. SALAS, « L'inquiétant avènement de la victime », *op.cit.*, p. 5.

419Ibid, p. 3. Le droit de punir est aussi submergé par la *Volonté de punir*, titre d'un *Essai sur le populisme pénal* du même auteur. D. SALAS, *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, Hachette Littératures, Coll. Pluriel, 2005. « Quand l'État devient un pur instrument, quand son lien avec la démocratie est perverti, quand il ne fait plus autorité, il importe de retrouver la mémoire d'une expérience fondatrice. La volonté de punir est une folie qui sape la légitimité du droit de punir. Elle dissout l'autorité du politique dans l'exercice d'un pouvoir soumis aux aléas d'une communauté d'émotions. » (Épilogue, pp. 265-267). Nous nous référerons régulièrement à cet ouvrage tout au long de notre thèse.

420D. SALAS, *La Volonté de punir, op.cit.*, p. 88.

421S. ROCHÉ, *op.cit.*, et S. ROCHÉ, *Sociologie politique de l'insécurité*, PUF, Collection Quadrige Essais Débats, 2004, première édition 1998, p. 180s. « La légitimation de l'État de droit [et par là, du système pénal] [...] est le modèle repoussoir de la vengeance, c'est-à-dire des régulations communautaires », p. 183.

195.- Cette conception est néanmoins à différencier de la nomophilie des Lumières dont l'expression se manifeste par une foi inébranlable en la force de la loi. En effet, aujourd'hui, cette sacralisation de la loi s'est transformée en un attrait de la société civile pour les effets cathartiques de la justice, déplaçant ainsi son objet de croyance. De la nécessité et de l'omnipotence de la loi, la croyance se serait déplacée vers une fonction réparatrice de celle-ci à l'égard des victimes. La justice doit faire preuve d'empathie à l'intention des victimes et son verdict doit transpirer sa compassion. Mais la commisération que le public veut trouver en l'institution judiciaire peut conduire à des excès.

196.- A force de souffrir avec la victime, la vengeance privée pourrait être réactivée, et trouver, là, quelques réminiscences du passé au détriment des garanties de l'accusé. « Rarement, dans le châtiment du coupable, a autant retenti l'écho direct du mal subi par sa victime »⁴²². En effet, si le procès pénal se voit assigner comme objectif principal la protection et la reconstruction de la victime que le récit compatissant de sa souffrance et la punition vengeresse de celui qui en est à l'origine apaisent, la mission première du droit, qui est celle de faire respecter l'ordre public et de préserver l'intérêt général, peut être biaisée. Xavier Pin estime que cette sorte de « privatisation du procès pénal » conduit à un brouillage des finalités du procès pénal⁴²³. De la protection de l'intérêt public, le procès se chargerait progressivement de la préservation d'intérêts privés, ceux de la victime mais aussi ceux du prévenu. Cette place accordée aux parties privées est toujours grandissante et entraîne par ses excès une dilution de la frontière entre le public et le privé, favorisant quelquefois la récurrence du modèle de la vengeance privée.

197.- Toutefois, le rapprochement entre les attentes actuelles de la société vis-à-vis de la justice pénale et le système de « vengeance »⁴²⁴ doit être nuancé. Paul Ricoeur, témoin lors du procès sur le sang contaminé s'exprime ainsi : « Derrière la clameur de la victime se trouve une souffrance qui crie moins vengeance que récit »⁴²⁵. En outre, la vengeance comme modèle privilégiant la protection et le rétablissement d'un dommage par la victime elle-même a évolué. Aujourd'hui, la société accepte et réclame même l'intervention d'un tiers, celle de l'État, représenté par l'institution judiciaire. Dès lors, même si certains

422D. SALAS, « L'inquiétant avènement de la victime », *op.cit.*, p. 1.

423X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *RSC* n° 2/2002 pp. 245-261.

424V. not. L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, à « vengeance ».

425P. RICOEUR, *Le juste 2*, Paris, Ed. Esprit, 2001, cité par CH. LAZERGES in G. GIUDICELLI-DELAJE, CH. LAZERGES, (dir), *La victime sur la scène pénale en Europe*, PUF, Les voies du droit, 2008, p. 21.

aspects de la façon dont est appréhendée aujourd'hui la justice pénale autorisent, par endroit, une comparaison avec la vengeance, il serait excessif d'affirmer l'existence d'une survivance de ce modèle particulier de règlement des conflits. L'intervention tierce de la justice est souhaitée presque unanimement tel que le démontre une enquête sur le sentiment de justice⁴²⁶.

198.- Loïc Pareins, à propos de cette intervention de la justice et se penchant sur les souffrances de certaines victimes que le procès pénal écoute et apaise, établit une distinction entre le lésé et la victime⁴²⁷. L'auteur décrit la victime comme « une personne croyant que l'amélioration de son état est dépendante d'un tiers »⁴²⁸ (le juge pénal ou l'auteur de l'infraction doit souffrir à son tour, de la même manière que la victime elle-même a souffert). La recherche d'un fautif serait symptomatique de l'état de victime, « état considéré par ailleurs comme irréversible »⁴²⁹. Cette approche victimaire de l'infraction, notamment par la « contamination de l'état de victime [qui] dépasse les frontières du lésé direct »⁴³⁰, a pour conséquence une appréhension de la justice comme unique remède à la souffrance.

199.- C'est dans cet espace que la justice pénale a pu se convaincre du bien fondé d'un principe de précaution avec l'intériorisation du devoir désormais attendu de sa part de guérir et de prévenir la souffrance des victimes. Mais, si la justice pénale se voit ainsi assigner ce rôle d'antidote et de vaccin du mal, elle n'est pas la seule destinataire des attentes formulées par la victime. C'est la société toute entière qu'une certaine image de la victime colonise. De même, la loi s'imprègne de plus en plus de l'idéologie victimaire, confortant la légitimité de l'usage de précaution en matière pénale.

426N. LANGUIN, E. WILDMER, J. KELLERHALS, CH.-N. ROBERT, « Les représentations sociales de la justice pénale : une trilogie », *Déviance et Société*, 2004/2, Vol. 28, pp. 159-178. Trois conceptions de la justice pénale sont décrites : le « prospectivisme » (« conception, marquée par un certain providentialisme, [qui] se fonde sur une vision plutôt optimiste et contextualiste de la condition humaine », pp. 163-166) ; le « contractualisme » (où ce qui compte « n'est plus le psychisme du délinquant ni son contexte de vie mais ce qu'il a fait, ses actes », pp. 166-168) ; l'« ostracisme » (qui se « radicalise les positions en adhérant à des solutions extrêmes » et qui rejette l'idée de réinsertion du délinquant, se focalisant sur son « altérité », pp.168-171). Aussi, schématiquement, sur la base de ces trois conceptions de la justice pénale, trois groupes peuvent être distingués ; dans les deux premiers : le juge est considéré comme étant l'instance à privilégier ; dans le troisième groupe minoritaire (et radical): d'autres acteurs devraient juger les délinquants.

427En droit belge, jamais le mot de victime n'est énoncé, il est question de personne lésée s'agissant du droit à réparation. V. not. K. DECRAMER et L. GYSELAERS, « La victime dans la procédure pénale : victime de son succès ? » in G. GIUDICELLI-DELAGE, CH. LAZERGES (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe, op.cit.*, pp.68-85.

428L. PAREINS, *Victimes et procès pénal : je t'aime, moi non plus?* Les Éditions de l'Hèbe, Collection « La question », octobre 2008, p. 57. V. aussi O. AH-THION, compte-rendu, *Bibliographie, RSC*, 2009/2, avril/juin 2009, p. 468.

429Ibid.

430Ibid.

II. L'EXTENSION DE LA PLACE DE LA VICTIME DANS LA LOI, FERMENT DE L'ESSOR DE LA PRÉCAUTION EN DROIT PÉNAL

200.- Face aux attentes et aux revendications des victimes, le législateur ne reste donc pas indifférent. Il s'adresse directement aux victimes (**A**) qui voient ainsi leur place dans la justice pénale s'étendre progressivement, notamment dans les textes (**B**). Ce développement graduel et continu de la place de la victime est perceptible aussi bien à travers les procédures d'élaboration de la loi que dans le contenu de celle-ci. Cette place exceptionnelle accordée à la victime constitue un ferment efficace pour l'essor de la précaution en matière pénale. Elle est renforcée par l'invocation répétée du sort de la victime par le législateur, et cela contribue à instituer une société de victimes.

A. UNE SOCIÉTÉ DE VICTIMES, NOUVELLE DESTINATAIRE DE LA POLITIQUE CRIMINELLE

201.- C'est progressivement que la « société de victimes » s'est érigée en destinataire privilégiée du législateur. Trois processus participent de ce phénomène : l'invocation de la victime par le législateur (**1**), l'élaboration de « lois déclaratives » (**2**) et la survalorisation du fait divers (**3**). Ces trois aspects que l'on retrouve dans les lois pénales récentes sont révélatrices d'un usage de la victime légitimant la logique de précaution dont nous rappelons qu'elle n'a de raison d'exister, en matière pénale, que dans l'objectif d'éviter les victimisations⁴³¹.

1) L'invocation de la victime par le législateur au soutien de la logique de précaution

202.- C'est aussi de manière explicite que les politiques associent aujourd'hui aux victimes la notion de précaution dans les questions pénales. Un premier constat révèle une modification du langage politique adressé aux attentes (réelles ou supposées) des victimes. On ne donne plus une information sur la justice, on la commente afin de montrer sa portée et sa signification. Les discours reprécisent sans cesse les stéréotypes qui contribuent, par ailleurs, à orienter les réactions sociales informelles face au crime et les attitudes idéales d'anticipation

⁴³¹Voir *supra*.

des risques que font courir les délinquants aux victimes⁴³². Par exemple, la volonté de rendre immédiate l'application de la loi sur la rétention de sûreté, telle qu'exprimée par Nicolas Sarkozy, afin de ne pas laisser « en liberté des monstres », participe de cet engouement victimaire. Le principe de précaution vient s'ériger en rempart de toutes les éventuelles lacunes du droit : « [Si] le devoir de précaution s'applique à la nature pourquoi ne pas l'appliquer aux victimes ? »⁴³³

203.- S'exprimant à propos de l'instauration des peines planchers, Philippe Houillon affirme que ces dernières constituent « le moindre des respects que la justice doit aux victimes »⁴³⁴. De même, les débats des 14 et 16 décembre 2004 sur le bracelet électronique affichent clairement l'objectif d'« épargner les vies » des « victimes éventuelles ». Ailleurs, encore, les victimes se retrouvent au centre des préoccupations de la loi du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle⁴³⁵, ainsi que le fait valoir Eric Cotti pour appeler au vote de la loi : « ce texte qui n'a pour objectif que de mieux faire respecter les victimes, devrait appeler au consensus »⁴³⁶. Ces communications développent une sémantique victimaire et mettent en scène des victimes vulnérables dont la protection et la prise en charge incomberaient à l'État. L'exposé des motifs du projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines adopté le 17 juillet 2014⁴³⁷ démontre que l'invocation des victimes est toujours de mise. En effet, il y est affirmé que « Force est de constater que les réformes successives n'ont pas permis de démontrer leur

432 Voir *infra* (Partie 2)

433B. JEUDY, « Sarkozy, polémique, se place du côté des victimes », *Le Figaro* du 25 février 2008. V. également l'intervention de Nicolas Sarkozy devant le Groupement de Gendarmerie Départementale des Pyrénées-Atlantiques en date du 22 janvier 2008, toujours à propos de la rétention de sûreté : « À quoi cela servirait-il d'avoir le principe de précaution dans la Constitution pour protéger la nature et laisser des fauves en liberté ? ». Voir également Rachida Dati réitérant l'expression publique de ce souhait d'appliquer un principe de précaution à la matière pénale en faveur des victimes. (Déclaration de Rachida Dati, Ministre de la Justice, présentant les principales dispositions du projet de loi relatif à la lutte contre la récidive, notamment celles concernant les mineurs, Paris, le 5 juillet 2007, disponible sur le site vie-publique.fr : « en matière d'environnement, le principe de précaution est même inscrit dans la Constitution ! Pourquoi ne pas l'appliquer aux victimes ? »).

434PH. HOUILLON, député du Val-d'Oise, « Pour les peines plancher et l'adaptation de l'excuse de minorité en cas de récidive » in « Délinquance et récidive : les réponses pénales », *Regards sur l'actualité*, n° 336, décembre 2007, La Documentation Française, pp. 55-57, ici p. 57.

435Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale, publiée au *JO* du 11 mars 2010. *JORF* n°0059 du 11 mars 2010, page 4808.

436 Voir « L'Assemblée nationale a adopté le projet de loi contre la récidive », *Le Monde* 24 novembre 2009. Et l'énoncé du Secrétaire national en charge des questions de sécurité, Eric Cotti : « derrière le chiffre de 2% de récidive se cachent 500 faits de récidive, 500 victimes qui ont subi parfois la contrainte de monstres qui ont été remis en liberté ».

437 Ce projet de loi définitivement adopté le 16 juillet 2014, a été soumis au contrôle du Conseil constitutionnel et est devenu la loi relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales promulguée le 15 août 2014, publiée au *Journal Officiel* du 17 août 2014.

efficacité pour mieux prévenir le risque de récidive et éviter de nouvelles victimes », et les victimes sont visées tout au long de l'exposé de ces motifs⁴³⁸.

204.- Ainsi, la victime va jouer un rôle d' « impulsateur » dans le déclenchement de l'action de légiférer⁴³⁹. Elle est à la fois destinataire et « impulsatrice » de la politique criminelle⁴⁴⁰. Le constat est plus marquant encore s'agissant de l'émergence de la notion de précaution dans le processus d'élaboration de la loi pénale.

205.- La figure d'une victime particulièrement fragile est mise en avant dans l'exposé des motifs des projets et des propositions de lois pénales adoptées depuis une dizaine d'année⁴⁴¹. Très souvent, les rédacteurs de ces projets convoquent, à l'appui de leurs réformes, l'image d'un citoyen victime et exaspéré par un climat d'insécurité lui-même décrit comme une « réalité inquiétante »⁴⁴². Le législateur se soucierait donc intensivement de la protection et de la sécurité des citoyens tous considérés victimes sans exception, victimes passées ou imminentes, réelles ou potentielles, au point qu'il a été jugé nécessaire d'inclure, dans la justice pénale, une dimension de précaution. Les motifs⁴⁴³ laissent entrevoir une société dichotomisée, morcelée, avec d'un côté obscur des auteurs de troubles, délinquants, dangereux, bourreaux, et de l'autre, la brillance et l'immaculation d'individus purs, innocents,

438Exposé des motifs du projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines présenté au nom de M. Jean-Mars Ayrault, Premier ministre, par Mme Christiane Taubira, garde des sceaux, Ministre de la justice, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 octobre 2013.

439V. not. *La pénalisation*, Pouvoirs, *Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, N°128, Éditions du Seuil, 2009. A propos de cet ouvrage, voir O. AH-THION, compte-rendu, *Bibliographie, RSC* 2009/2, avril/juin 2009, p. 470 : « l'opinion publique, en partie constituée par des victimes réelles ou potentielles, [tendant] à s'émouvoir de certaines catastrophes, scandales politico-financiers et faits divers, [...] cette émotion motivera [souvent] le législateur à prendre telle ou telle mesure, afin d'apaiser les colères et les souffrances ». Sur ce facteur de production de la pénalisation, voir surtout D. SOULEZ LARIVIÈRE, « De la victimisation et de nombreuses autres causes » in *La pénalisation*, *op.cit.*, p. 27.

440Denis Salas, quant à lui, évoque « le rôle de la victime influente », in D. SALAS, *La Volonté de punir*, *op.cit.*, p. 69.

441On observe un plus grand nombre de projets que de propositions de lois ces dernières années, témoignant d'une utilisation plus fréquente par le gouvernement de sa faculté à soumettre à l'adoption des lois, et notamment des lois pénales.

442Exposé des motifs du projet de loi pour la sécurité intérieure présenté (urgence déclarée) au nom de M. Jean-Pierre Raffarin, Premier Ministre, par M. Nicolas Sarkozy, Ministre de l'intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales., déposé le 23 octobre 2002 (disponible sur le site du sénat <http://www.senat.fr/leg/pjl02-030.html>) qui sera à l'origine de la Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la Sécurité intérieure, parue au *JO* n° 66 du 19 mars 2003.

443Pour un examen des exposés de motifs des projets et propositions de lois pénales déposés au cours des dernières années, V. M.-H. GALMARD, *État, société civile et loi pénale*, PUAM, Coll. Centre de recherches en matière pénale Fernand Boulan, Broché, janvier 2007. L'auteure démontre que les attentes de la société civile constituent pour le législateur un argument déterminant. Il existe aujourd'hui dans le processus de création de la loi pénale, un nouveau mode de fonctionnement consistant pour le législateur à associer certains membres de la société civile à son œuvre. V. *Infra*.

victimes des premiers (oubliant que dans la réalité, les deux catégories se recoupent souvent⁴⁴⁴), lesquels nécessiteraient une prise en charge presque intégrale de l'État. Cette « société de victimes » serait donc devenue la destinataire privilégiée du législateur en matière pénale du 21^{ème} siècle⁴⁴⁵. Joël Roman a raison d'écrire que « la loi pénale ou la justice pénale est [aujourd'hui] avant tout mise en demeure de donner figure aux peurs diverses qui alimentent l'opinion, de fournir des rituels expiatoires, moins de fournir de nouveaux repères que de valider une posture indiscutable, celle de l'humilié et de l'offensé »⁴⁴⁶.

206.- En effet, si l'on en croit les motifs des projets des lois⁴⁴⁷ récemment adoptées en matière pénale, « les victimes ont plus que jamais besoin de la solidarité de l'État »⁴⁴⁸. Cela se traduit par l'exigence d'« une nouvelle politique [qui doit être mise en œuvre] en faveur des victimes en les replaçant au centre des préoccupations de l'institution judiciaire »⁴⁴⁹, c'est-à-dire une politique qui doit mettre « fin à cette anomalie choquante qui consiste à réserver à la victime un traitement moins favorable, au cours des procédures, qu'au prévenu »⁴⁵⁰. Et même lorsque la peine a déjà été purgée, l'État se doit d'« assurer la sécurité et les droits des victimes après la libération du condamné »⁴⁵¹. Le législateur estime ainsi devoir inclure la victime et la protéger à tous les stades de la procédure pénale⁴⁵² et même à

444 Voir *supra* PHI. ROBERT *cie*, *op.cit.*

445 Cette « société de victimes » qui, comme le souligne Guillaume Erner, « désigne aussi bien le petit groupe d'individus rassemblés par leur souffrance que la société qui accueille en son sein une telle catégorie sociale », « catégorie sociale incontournable » tant la moindre souffrance est devenue intolérable. G. ERNER, *La société des victimes*, La Découverte, 2006, p. 11.

446 J. ROMAN, « Une démocratie de plaignants », *Esprit*, 1998, 3-4, 19-28. Cité par N. DELLA FAILLE et CH. MINCKE, « Les mutations du rapport à la loi en droit pénal », *Déviance et société*, p. 7.

447 On observe que les lois pénales sont de plus en plus des initiatives du gouvernement que de l'Assemblée nationale. Le nombre de projets de loi est plus important que celui des propositions de loi. Voir *supra*.

448 Exposé des motifs du projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, présenté au nom de M. François Fillon, Premier Ministre, par Mme Rachida Dati, Garde des Sceaux, Ministre de la justice. Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 novembre 2007, document n° 442. Disponible sur <http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl0442.asp>. Projet à l'origine de la loi n° 2008-174 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental du 25 février 2008 parue au *JO* n° 0048 du 26 février 2008.

449 Exposé des motifs du projet de loi d'orientation et de programmation pour la justice, (urgence déclarée) présenté au nom de M. Jean-Pierre Raffarin, Premier Ministre, par M. Dominique Perben, Garde des Sceaux, Ministre de la justice. Document N° 362 Sénat, Session extraordinaire de 2001-2002. Disponible sur le site du sénat <http://www.senat.fr/leg/pjl01-362.html>. A l'origine de la loi n° 2002-1138 d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002 parue au *JO* n° 211 du 10 septembre 2002.

450 *Ibidem*.

451 Exposé des motifs du projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, présenté au nom de M. Jean-Pierre Raffarin, Premier Ministre, par M. Dominique Perben, Garde des Sceaux, Ministre de la justice. Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 avril 2003, document n°884. Disponible sur le site de l'Assemblée nationale <http://www.assemblee-nationale.fr/12/projets/pl0784.asp>. Projet à l'origine de la Loi n°2004-204 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité du 9 mars 2004 parue au *JO* du 10 mars 2004.

452 Sur la place concrète des victimes à chacune des étapes du procès pénal, voir par exemple : F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, Corpus Droit Privé, 2009.

des stades dépassant le processus pénal tel qu'il est classiquement décrit, c'est-à-dire débutant par la violation de la loi et s'achevant avec l'exécution de la peine⁴⁵³. La loi relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales du 15 août 2014 poursuit, dans une certaine mesure, ce mouvement en améliorant la prise en charge des victimes⁴⁵⁴. L'exposé des motifs du projet de cette loi précise qu'il « vise à garantir et à conforter les droits des victimes tout au long de l'exécution des peines, notamment en permettant à la victime de saisir l'autorité judiciaire de toutes les atteintes à ses intérêts, et en énonçant que doit être prise en compte, s'il y a lieu, la nécessité de garantir la tranquillité et la sûreté de la victime »⁴⁵⁵.

207.- C'est donc une conception particulière de la politique criminelle qui étaye les motifs législatifs. La protection de la victime, destinataire première du législateur en matière pénale, est présentée explicitement comme objectif de la politique criminelle, et ce, d'autant plus, lorsque cette dernière doit faire usage de la précaution⁴⁵⁶. « La politique de prévention de la délinquance [...] s'exerce en direction des victimes [...] en favorisant une moindre vulnérabilité de la victime potentielle »⁴⁵⁷. Les réformes pénales doivent faire état d'une « véritable prise de conscience du dommage causé à la victime »⁴⁵⁸. Ce n'est donc pas seulement la justice qui se devrait d'entendre la souffrance de la victime⁴⁵⁹, la loi elle-même s'adresse désormais directement à cette dernière et donne reconnaissance à sa douleur.

208.- Il faut ajouter à cela que les projets de lois dont les motifs désignent expressément la victime comprennent des dispositions répressives ou précautionneuses, et

453 Voir *infra* (Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1).

454 Voir *infra* sur les dispositions concernant les victimes contenues dans cette loi.

455 Exposé des motifs de la loi n°2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

456 V. *infra* sur la protection de la société, objectif premier de la politique criminelle actuelle (Chapitre 2 de ce Titre).

457 Exposé des motifs du projet de loi relatif à la prévention de la délinquance, présenté au nom de M. Dominique de Villepin, Premier Ministre, par M. Nicolas Sarkozy, Ministre d'État, Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, Annexe au procès-verbal de la séance du 28 juin 2006, Sénat Session ordinaire 2005-2006, n° 443. Disponible sur le site du sénat <http://www.senat.fr/leg/pjl05-433.html>. A l'origine de la Loi n° 2007-297 « Prévention de la délinquance » du 5 mars 2007 parue au *JO* n° 56 du 7 mars 2007 (à noter : aussi « en direction des auteurs d'infractions » cependant ceux-ci viennent après les victimes dans la phrase citée).

458 *Ibidem* et s'agissant de la sanction-réparation, l'exposé des motifs poursuit : « les efforts consentis dans ce cadre devront correspondre à la souffrance physique ou morale supportée par la victime ». La punition devra-t-elle donc désormais être proportionnelle au mal subi par la victime et non plus à la gravité de la violation de la loi ?

459 Voir *supra*.

restrictives de liberté pour les auteurs. Aussi, le législateur invoque la victime afin d'asseoir son choix pour une politique criminelle sécuritaire, empreinte de précaution.

2) Des « lois déclaratives » au service d'une idéologie victimaire

209.- Une symbolique toute significative est désormais associée à la loi pénale. La politique criminelle, à qui l'on ne prête souvent qu'une fonction répressive doublée d'une fonction préventive, remplit, en réalité, également d'autres fonctions, notamment celle d'exprimer les valeurs consacrées par la société (une fonction expressive) et celle d'indiquer ce qui est permis et ce qui est proscrit (une fonction pédagogique)⁴⁶⁰. Ainsi que l'analyse Christine Lazerges, la loi pénale tend, depuis quelques années, à assumer un rôle nouveau, celui de « [déclarer] des objectifs politiques en lieu et place du gouvernement » et d'« être le symbole d'une politique »⁴⁶¹. Avant d'étudier l'importance, dans l'idéologie victimaire, de cette nouvelle fonction déclarative de la loi pénale (**b**), nous nous demanderons si les fonctions classiques de cette dernière sont imperméables à l'ère de la précaution (**a**).

a) Les fonctions classiques de la loi pénale sous le paradigme de précaution

210.- Plusieurs fonctions sont couramment attribuées à la loi pénale : une fonction répressive, qui est la plus évidente, une fonction expressive, une fonction pédagogique et une fonction protectrice.

211.- Le premier constat qui s'impose est celui d'une certaine fusion, au sein des réformes récentes, entre la fonction répressive et la fonction protectrice. Comme le soulignent Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec⁴⁶², la fonction répressive peut revêtir un sens différent selon les doctrines : avec l'École néo-classique, elle n'est pas uniquement répressive mais également « perfectionnelle » (la peine doit permettre au condamné de s'amender) ; pour le courant positiviste, la fonction répressive du droit pénal se fonde naturellement dans l'objectif de protéger la société ; pour la défense sociale nouvelle, la

460V. not. sur ce point CH. LAZERGES, *Introduction à la politique criminelle*, L'Harmattan, 2000.

461CH. LAZERGES, « De la fonction déclarative de la loi pénale », *RSC* janvier/Mars 2004, pp. 194-202.

462F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, Corpus Droit privé, 16^{ème} édition, 2009, p. 21s.

fonction répressive s'exerce dans le but de resocialiser le délinquant. Ainsi, selon les époques, le droit de punir possède des fondements différents et exprime des priorités différentes⁴⁶³.

212.- Aujourd'hui, rappelant la vision positiviste du droit pénal, la loi pénale, qui entend, par chacune de ses « frappes », protéger une société de victimes potentielles, consacre l'indissociabilité des fonctions répressive et protectrice⁴⁶⁴. Selon cette conception et avec une telle approche victimaire du phénomène délinquant, le droit de punir s'exerce, avant tout, pour protéger une société de victimes hypothétiques, quand il pourrait tendre principalement à établir l'ordre public. La fonction protectrice s'éloigne alors de celle relevée par Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, qui cherche, avec pour base le principe de légalité des délits et des peines, à réguler la répression. La fonction protectrice ne se dirigerait plus, en effet, que vers les victimes virtuelles, et en tout cas vers ceux dont l'absence de dangerosité, « nouveau » critère⁴⁶⁵, est admise.

213.- La fonction expressive signifie, quant à elle, que la loi pénale, au-delà de réprimer certains comportements, exprime des valeurs essentielles de la société. En exprimant un interdit, le droit pénal « rappelle donc, de manière négative »⁴⁶⁶ une valeur chère à la société. C'est ainsi que pour Christine Lazerges, « un code pénal répond à sa fonction expressive, lorsqu'il traduit clairement les valeurs reconnues par la conscience collective »⁴⁶⁷. Étudiant le nouveau code pénal de 1994, l'auteure rappelle, en citant Robert Badinter, que les valeurs sur lesquelles ce code a été bâti sont les droits de l'homme, ceci traduisant une « nouvelle hiérarchisation des intérêts protégés »⁴⁶⁸ et plaçant le respect de l'individu au-dessus de tout le reste. Françoise Tulkens souligne, par ailleurs, que, dans l'expression de ces nouvelles valeurs, plus individualistes, et essentiellement centrées sur la personne humaine, le nouveau code pénal prend en compte la modernité⁴⁶⁹. Les réformes pénales récentes, postmodernes, s'orientent désormais sur des risques, y compris délinquants, susceptibles de provenir de toutes parts, et dont il faut, pour le bien de l'individu

463 Voir *infra* sur les fonctions de la peine (Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2).

464 Voir aussi *infra* la fusion de la prévention et de la répression dans la politique criminelle précautionniste (Partie 1, Titre 2, Chapitre 1).

465 Voir *infra* sur la dangerosité (Chapitre 2 de ce Titre).

466 F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op.cit.*, p. 25.

467 CH. LAZERGES, « A propos des fonctions du nouveau code pénal français », *Archives de politique criminelle*, n° 17, Pédone, 1995, p. 8.

468 F. TULKENS, « Le mouvement de réforme des codes et le nouveau code pénal français », *Archives de politique criminelle*, n° 17, 1995, p. 39.

469 *Ibid.*, p. 40.

potentiellement victime, se prémunir. Dès lors, parmi les valeurs exprimées par la loi pénale actuelle, à la prise en compte de tout risque et de l'état latent de victime, s'ajoutent la nécessité et l'utilité de la précaution.

214.- Partant, la fonction pédagogique qu'exerce la loi pénale d'aujourd'hui est tournée vers une responsabilisation accrue des personnes⁴⁷⁰, non seulement en raison de leur faits, mais aussi en raison de leur état de dangerosité. Les réformes récentes suggèrent que l'on est responsable, vis-à-vis de la société, des dommages que l'on cause mais également des dommages que l'on pourrait causer. Cette tendance de la loi pénale à anticiper le dommage par la précaution est renforcée par le caractère déclaratif de ses intentions.

b) La prééminence de la fonction déclarative de la loi

215.- L'adoption de lois « déclaratives » semble aussi avoir été impulsée et suscitée par la figure de la victime. Relevée par Christine Lazerges, la « fonction déclarative »⁴⁷¹ de la loi pénale vise des objectifs politiques d'action. Pour répondre aux attentes des victimes, le législateur crée des lois déclaratives, qui, souvent loin d'être efficaces, n'ont que pour effet d'apaiser momentanément les souffrances et de donner l'illusion d'une éradication de l'origine de ces dernières. Face aux passions qui animent l'opinion publique, la loi, en annonçant une réponse politique en faveur des victimes, se veut lénitive : elle a une « mission sédative [...]. [Car] la loi prend [souvent] naissance avec la pression sociale de tel ou tel groupe de victimes, directes ou non, voyant dans l'édiction de nouvelles normes, constituant doublons le plus souvent, inappliquées ou inapplicables, la solution à leurs problèmes »⁴⁷². Face aux difficultés que rencontre la société et dont celle-ci se plaint, le législateur donne des solutions plus verbales que concrètes⁴⁷³. Il pénalise des comportements considérés comme intolérables par une certaine opinion publique,

⁴⁷⁰Jésus-Marie Silva-Sanchez entrevoit, en Europe, une « tendance à l'exclusive responsabilité individuelle ». Il signale que ce déplacement d'une conception de la responsabilité prenant en compte une coresponsabilité sociale vers une conception plus individualiste de la responsabilité correspond « à un changement des mentalités dans tout domaine : montée progressive d'une éthique de la responsabilité individuelle, qui devrait prévaloir sur des visions plus « collectives » et, par conséquent, plus paternalistes en ce qui concerne la relation entre les citoyens et l'État ». J.- M. SILVA-SANCHEZ, « Responsabilité individuelle ou responsabilité sociale en matière de délit » in *Le doit pénal à l'aube du 3^{ème} millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Ed. Cujas, 2006, p. 537s (ici, p. 541). Voir *infra* (Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2 sur les incidences de l'application du principe de précaution en matière de responsabilité pénale)

⁴⁷¹CH. LAZERGES, « De la fonction déclarative de la loi pénale », *op.cit.*

⁴⁷²*Ibidem.*

⁴⁷³V. *infra* sur le caractère chimérique de beaucoup de lois pénales récentes (Section 2 de ce Chapitre).

alors que ceux-ci, lorsqu'ils conduisent à un dommage réel et palpable tombent déjà (pour la plupart) sous le coup de la loi existante. A ce propos, Christine Lazerges donne des exemples significatifs de cette redondance, notamment celui du délit d'entrave à la libre circulation dans les halls d'immeubles⁴⁷⁴.

216.- Mais ces lois purement déclaratives ne constituent pas seulement des « doublons » avec les infractions déjà existantes. Elles s'avèrent aussi inapplicables en raison du caractère vaporeux des définitions des incriminations qu'elles créent⁴⁷⁵. La pénalisation du fait de former un groupe « menaçant », issue de la loi du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public⁴⁷⁶, évoquée *supra*, est un exemple de cette inefficience. Cette pénalisation semble répondre davantage aux attentes d'une société civile stressée, angoissée, anxieuse, se sentant menacée par des groupes de jeunes aux allures cavalières voire inciviles⁴⁷⁷.

217.- Il en est de même de la très récente loi du 8 février 2010 sur l'inceste commis sur les mineurs et son inscription dans le code pénal⁴⁷⁸. Sur le fond, cette loi ne présente pas d'innovation majeure⁴⁷⁹. Elle tend presque uniquement à inscrire très

474Ce délit a été instauré par la loi du 18 mars 2003 qui l'a intégré au code de la construction et de l'habitat à l'article L.126-3 : « *Les voies de fait et/ou la menace de commettre des violences contre une personne, ou l'entrave portée de manière délibérée à l'accès et à la libre circulation des personnes ou au bon fonctionnement des dispositifs de sécurité et de sûreté, lorsqu'elles sont commises en réunion de plusieurs auteurs ou complices, dans les entrées, cages d'escaliers ou autres parties communes d'immeubles collectifs d'habitation* » sont punis de deux mois d'emprisonnement et de 3750 euros d'amende. Déjà, la loi du 15 novembre 2001 autorisait un accès permanent aux services de police municipale, au même titre que la gendarmerie et la police nationale, dans les immeubles collectifs d'habitation et prévoyait que les propriétaires ou exploitants de locaux d'habitation aient la possibilité de faire appel à la police ou à la gendarmerie en cas d'occupation des espaces communs par des personnes qui entravent l'accès ou nuisent à la sécurité et la tranquillité des lieux (Article L 126-2 CCH). Voir sur ce point CH. LAZERGES, « De la fonction déclarative de la loi pénale », *op.cit.* Ainsi, cette nouvelle incrimination n'était pas nécessaire et l'on peut noter qu'elle n'a conduit qu'à un nombre infinitésimal de condamnations. Pierrette Poncela voit dans ce délit, qui a été élargi par deux fois (loi du 5 mars 2007 puis loi du 2 mars 2010), une des manifestations de la « pénalisation des comportements dans l'espace public ». L'auteure l'analyse comme une interdiction d'occuper statiquement l'espace « public » dans un monde gouverné par l'économie libérale qui ne tolère que le mouvement et la circulation (« l'essentiel n'est-il pas le mouvement dans une société où la mobilité est érigée en valeur et où le stationnement est d'emblée suspect ? »). P. PONCELA, « La pénalisation des comportements dans l'espace public », *Archives de politique criminelle*, 32, Pédone, 2010, pp. 8-21.

475Exemple du racolage passif dont le caractère vague et flou de la définition a été commenté par plusieurs auteurs, notamment Jean Danet *in* J. DANET et V. GUIENNE (dir.), *op.cit.*

476Cette loi insère un nouvel article dans le code pénal, l'article 222-14-2, cité *supra* (p. 28). Voir aussi sur ce nouvel article, la chronique de R. PARIZOT, « L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes du droit pénal », *D.* 2009, n°40, chron., p.2701.

477Mais elle a aussi été motivée par un fait divers, V. *supra*.

478Loi n°2010-121 du 8 février tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, *JO* 9 février 2010.

479On notera cependant quelques nouveautés procédurales tel le fait que désormais « la qualification d'inceste

symboliquement le terme « inceste »⁴⁸⁰ jusque-là absent des textes pénaux et même civils⁴⁸¹, comme en témoigne la circulaire présentant ses dispositions⁴⁸². En effet, cette loi ne propose aucune nouvelle peine ni aucune nouvelle incrimination⁴⁸³. L'inscription qu'elle fait solennellement de l'inceste dans le code pénal ne vaut en rien une incrimination autonome de ce comportement⁴⁸⁴. La nouveauté réside dans l'adjonction des qualificatifs d'« incestueux » et d'« incestueuses » aux incriminations déjà existantes d'agressions sexuelles (dont le viol) et d'atteintes sexuelles sur mineurs commises avec la circonstance aggravante de l'autorité de l'auteur sur la victime⁴⁸⁵. Comme le souligne Agathe Lepage, « le législateur, s'étant avisé que l'inceste n'était pas nommé par le code pénal, a voulu remédier à ce qui lui est apparu une lacune de nature à accentuer les souffrances des victimes [...] [et s'est donné pour] objectif un subtil et curieux équilibre, qui consiste à modifier la loi pénale dans un sens qui paraisse favorable aux victimes sans que s'ensuivent trop de conséquences juridiques tangibles. [...] Il

[...] fait l'objet, s'il y a lieu, d'une question spécifique » lors des délibérations de la Cour d'Assises (art. 356 complété CPP), la précision « y compris incestueuses » ajoutée à l'article 2-3 CPP relatif à l'action civile des associations de défense ou d'assistance de l'enfant en danger et la désignation obligatoire d'un administrateur ad hoc lorsque les faits sont qualifiés d'incestueux. Sur ce point, voir not. CH. LAZERGES, « Politique criminelle et droit de la pédophilie », *op.cit.*, p. 733.

480Selon Arnaud Montas et Gilbert Roussel, il s'agit de « mettre des mots sur les maux [...] dans le seul but d'afficher une volonté de lutter contre la délinquance sexuelle ». A. MONTAS et G. ROUSSEL, « La pénalisation explicite de l'inceste : nommer l'innommable », *Archives de politique criminelle*, n°32, Pedone, 2010, pp. 289-308 (ici, p. 302). « Qualifier nommément l'inceste au titre des crimes sexuels autonomes permet de souligner et de considérer la spécificité des actes scandaleux commis au sein de la cellule familiale. Pour le législateur, le rôle du droit est sans doute de permettre ici à la victime de dire son sentiment que ce qu'elle a subi n'est pas un simple viol « privé », mais un inceste « familial » » (*Ibid*, p. 303). Voir aussi sur ce point, G. DELORS, « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *RSC* 3/2010, juillet-septembre 2010, pp. 599-611.

481Danièle Mayer évoque à ce propos une « pudeur terminologique ». D. MAYER, « La pudeur du droit face à l'inceste », *D.* 1988. Chron. 213.

482Circulaire du 9 février 2010 (http://www.circulaires.gouv.fr/pdf/2010/02/cir_30443.pdf) : « L'objectif essentiel est d'inscrire expressément la notion d'inceste dans notre droit répressif et de clarifier la portée des textes applicables en l'espèce sans pour autant modifier les pénalités existantes, qui sanctionnent déjà ces comportements de façon suffisamment sévère ».

483Sur ce point, voir notamment A. MONTAS et G. ROUSSEL, *op.cit.*, plus particulièrement partie I « Nommer l'inceste sans l'aggraver », p. 295s.

484Arnaud Montas et Gilbert Roussel évoquent alors une « surqualification de la relation incestueuse ». A. MONTAS et G. ROUSSEL, *op.cit.*, p. 299. « La loi se borne à insérer un adjectif précisant la nature de l'infraction sexuelle, l'introduction de l'inceste dans le code pénal est ainsi purement formelle. Pour le législateur, il s'agit même d'une « surqualification » qui n'a pas vocation à aggraver le sort de l'auteur » (*Ibidem*, p. 300. Citation de L. BÉTEILLE, Rapport Sénat n°465, *JO* Sénat, 2008-2009, p. 24). Les auteurs expliquent ce choix du législateur de ne pas aggraver la répression par la volonté d'assurer l'application directe de la loi du 8 février 2010.

485Dans la section sur les agressions sexuelles est inséré un paragraphe III « *De l'inceste commis sur les mineurs* » qui comprend deux articles. L'article 222-31-1 CP dispose : « *Les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une soeur ou par toute personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* ». Et l'article 227-27-3 CP est rédigé de la même manière concernant les infractions des articles 227-25, 227-26 et 227-27, soit respectivement l'atteinte sexuelle sur mineurs de quinze ans, ses circonstances aggravantes et l'atteinte sexuelle sur mineurs de plus de quinze ans.

y a là un procédé troublant qui consiste pour le législateur pénal à désigner ce qui est odieux sans vouloir y attacher de particulières conséquences répressives »⁴⁸⁶.

218.- Répondant à une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a déclaré non conforme à la constitution la définition des agressions sexuelles incestueuses instaurée par cette loi au regard de l'absence de précisions concernant le « membre de la famille » susceptible d'être qualifié d'incestueux et du principe de légalité⁴⁸⁷. Même si une partie du texte a ainsi été abrogée, cette loi du 8 février 2010 a clairement démontré que la loi pénale poursuit surtout une fin déclarative d'une certaine politique criminelle qui entend éradiquer, au besoin par la précaution, tout ce qui est perçu par la société comme une menace, et qui estime devoir répondre à toutes les attentes anxieuses d'une société composée de victimes potentielles de comportements délinquants ou seulement déviants.

219.- De même, comme nous l'avons déjà souligné⁴⁸⁸, lorsque le délit de « racolage passif » a été créé, Christian Estrosi, affirma sans complexe que la pénalisation du racolage est surtout destinée à écarter les prostitués⁴⁸⁹. Certaines de ces lois en partie

486A. LEPAGE, « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP G*, n°12, 335, pp. 607-617. En outre, cette loi conduit à un brouillage des notions juridiques. Juste après l'article 222-22 définissant de manière générale l'agression sexuelle, elle ajoute un article 222-22-1 au code pénal, qui dispose que « la contrainte prévue par le premier alinéa de l'article 222-22 peut être physique ou morale. La contrainte morale peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celle-ci exerce sur cette victime ». Si la précision concernant la nature de l'autorité, de droit ou fait, ne fait que reprendre la jurisprudence et s'aligne sur le droit civil de la filiation, la référence à la différence d'âge se révèle problématique. En effet, la jurisprudence déjà, tenait compte du « jeune âge de la victime » dans son appréciation de la contrainte et de la surprise, éléments constitutifs de l'agression sexuelle. Mais ici, le critère établi est celui de la différence d'âge, critère qui pourra se révéler arbitraire. Et cette précision peut par ailleurs conduire à une confusion de la contrainte, d'une part, et de la minorité de la victime et/ou de l'autorité de l'auteur, d'autre part, alors que la première est élément constitutif des agressions sexuelles et les secondes circonstances aggravantes des atteintes sexuelles. « Instituer l'autorité et la différence d'âge comme possibles éléments constitutifs de la contrainte brouille la distinction entre les agressions et les atteintes sexuelles » selon les termes d'A. MONTAS et G. ROUSSEL (*op.cit.*, p. 298), « Les juridictions pourraient donc avoir tendance à délaisser la qualification d'atteinte au profit de celle d'agression » (*idem*). Au nom du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, pareille déduction de la contrainte à partir de la différence d'âge et/ou de l'autorité exercée sur la victime peut soulever des interrogations, d'autant plus que la Cour de cassation a refusé cette inférence et ne l'a rarement admise qu'en se fondant sur une appréciation *in concreto* en relation avec les faits de l'espèce. Voir aussi sur le point de la contrainte, CH. GUÉRY, « Définir ou bégayer : la contrainte morale après la loi sur l'inceste », *AJ pénal* 2010. 126s.

487Décision n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011. Le Conseil constitutionnel abroge ainsi l'article 222-31-1 du code pénal relatif aux viols et agressions qualifiés d'incestueux. Une nouvelle QPC a été transmise le 7 décembre 2011 au conseil constitutionnel à propos des atteintes sexuelles incestueuses (n°11-90.094) définies à l'article 227-27-2 du code pénal. Voir aussi *infra* sur l'exigence de précision et le principe de légalité.

488Voir *supra*.

489CH. ESTROSI, Rapport Assemblée nationale n° 508-2002, *op.cit.* (note de bas de page n° 107). Voir sur ce point CH. LAZERGES, « De la fonction déclarative de la loi pénale », *RSC*, janvier/mars 2004, p. 201s. Voir aussi les nuances apportées par Johanne Vernier : J. VERNIER, « La répression de la prostitution à la conquête de

déclaratives entendraient donc aussi éloigner, par précaution, les personnes problématiques⁴⁹⁰, jeunes⁴⁹¹, prostituées, pauvres⁴⁹², propriétaires de chiens dangereux⁴⁹³ sans véritablement proposer de solutions à ces problèmes d'ordre social qui n'entrent pas directement dans le domaine de la délinquance⁴⁹⁴. Par ce type de loi, le législateur démontre qu'il prend toutes les précautions nécessaires à la préservation des victimes, ce qui n'est pas sans rappeler les déclarations relatives à la protection de l'environnement⁴⁹⁵. Il s'agit dans les deux cas de déclarer solennellement le choix d'une attitude de précaution face à des risques indéterminés, pour protéger un objet/sujet bien défini.

220.- En définitive, le législateur répond à ces attentes par des lois qui poursuivent un but d'annonce d'une volonté politique d'être toujours au plus près des

nouveaux espaces », *Archives de politique criminelle*, 32, Pédone, 2010, pp. 75-92. Selon l'auteure, « il ne s'agit pas seulement de protéger l'espace public contre une prostitution trop visible, mais de protéger les personnes qui s'adonnent contre elles- mêmes en s'ingérant plus directement dans leur vie privée ». Dès lors, la loi aboutit à une contradiction en poursuivant à la fois la protection et la répression des personnes s'adonnant à la prostitution.

490 Dans son étude de la pénalisation des comportements dans l'espace public, Pierrette Poncela conclut qu' « En fait, les personnes qui ont le plus besoin de la rue sont celles qui ont peu d'accès à des espaces privés, qu'il s'agisse de domicile, d'un lieu de travail ou de lieux de loisirs. Elles sont donc plus présentes dans l'espace public, ou ce qu'elles perçoivent comme espace public (centres commerciaux, espaces communs d'habitation à usage collectif, gares, parkings, etc.) où elles stationnent, seules, ou pour les plus jeunes, en groupe. Par conséquent, ces personnes sont plus que les autres soumises aux différentes formes de contrôle, de surveillance, d'interdictions administratives ou de répression pénale tendant à réguler les circulations dans l'espace public » (p. 18). Aussi « la saturation de l'espace public par des interdictions diverses [vise] dans la très grande majorité des cas, des personnes économiquement vulnérables qui voient ainsi se réduire leurs possibilités de circulation et d'activités dans un espace public qui ressemble de plus en plus à un espace privatisé » (p. 19). P. PONCELA, *op.cit.*. Voir également sur ce point : J. VERNIER, « La loi pour la sécurité intérieure : punir les victimes du proxénétisme pour mieux les protéger ? », in M.-E. HANDMAN et J. MOSSUZ-LAVAU (dir.), *La prostitution à Paris*, Éditions La Martinière, Paris, 2006, pp. 121-152 ; Entretien avec J. VERNIER, « Racolage passif, quand la loi dérape », propos recueillis par Marianne Langlet, *Le Journal du sida* n°202, janvier 2008.

491 Infraction d'occupation d'un hall d'immeuble et infraction de participation à une bande ayant des visées violentes, V. *supra*.

492 Délit de mendicité agressive, instauré par la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, V. *infra*.

493 Obligation de détenir un permis pour posséder un tel chien. V. Décret n° 2009-1768 du 30 décembre 2009 relatif au permis de détention de chien mentionné au I de l'article L. 211-14 du code rural et à la protection des animaux de compagnie, *JORF* n°0303 du 31 décembre 2009 page 23331 et loi du 20 juin 2008 renforçant les mesures de prévention et de protection des personnes contre les chiens dangereux, *JO* 21 juin 2008.

494 V. *supra* sur les lois chimériques favorisant l'éviction rapide des « menaces » au détriment de solutions à long terme supposant une réflexion d'ensemble. Par ailleurs, certains des comportements qui apparaissent problématiques constitueraient en effet plutôt des déviances, pour lesquelles une réponse de type sociétale et non pénale serait plus adaptée. (A ce propos, François Ost écrit : « en détournant l'attention sur des boucs émissaires, on fait l'impasse sur les réformes en profondeur – loin de préparer l'avenir, on entretient alors, dans l'urgence du présent, les désillusions du lendemain », F. OST, 1999a, *Du Sinaï au Champ-de-Mars. L'autre et le même au fondement du droit*, Bruxelles, Lessius, pp. 297-298. Cité par NICOLAS DELLA FAILLE et CHRISTOPHE MINCKE in « Les mutations du rapport à la loi en droit pénal », *Déviante et Société* 2002/2 (Volume 26), p. 9). Comme le soulignent Nicolas Della Faille et Christophe Mincke, « Une société de « plaignants » vit [...] comme un « intolérable » la montée de la petite délinquance mais également celle d'incivilités pourtant souvent temporaires ou conjoncturelles. Elle exige leur prise en charge pénale, faisant ainsi remonter jusqu'au système de justice criminelle des situations qui pourraient relever utilement d'autres modes de régulation » (N. DELLA FAILLE, CH. MINCKE, *op.cit.* p.7. La dernière partie de la phrase à partir de « remonter » est une citation de M. MARCUS et C. VOUREC'H, « La sécurité comme bien commun », *Esprit*, 248, 1998, p. 84).

495 Exemple : Déclaration de Rio de 1992, principe 15.

victimes, de démontrer sa « solidarité »⁴⁹⁶ envers elles, et de les prémunir, grâce à la précaution, de toutes les atteintes⁴⁹⁷.

221.- En outre, à l'instar de la victime, le fait divers est survalorisé et instrumentalisé dans un but de justification de l'usage de la précaution en matière pénale.

3) La survalorisation du fait divers au service de la précaution

222.- Lorsqu'on examine les circonstances qui conduisent à l'adoption de lois pénales, on constate que bien souvent ces dernières sont motivées par les faits divers. Ce nouveau mode de « légifération » est souvent passionnel voire compassionnel et s'appuie sur l'émotion que suscitent ces faits divers dans la société civile pour afficher une réponse législative marquante et déterminée. Ce constat corrobore nos propos précédents concernant la demande de reconnaissance et le besoin de compassion émanant des victimes. Denis Salas et Antoine Garapon qualifient ce type de lois de « faits-diversières »⁴⁹⁸. Et comme le souligne Laurent Muchielli, « à chaque loi sécuritaire, les parlementaires appuient leurs démonstrations sur des faits divers »⁴⁹⁹. En 1994, la loi sur la perpétuité réelle avait déjà été adoptée après un fait divers (l'assassin présumé de la petite Karine venait d'être arrêté⁵⁰⁰). Mais depuis quelques années, cette tendance se raffermi. La loi du 11 mars 2010 « tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle » a été adoptée après le meurtre d'une joggeuse commis par un criminel récidiviste. Georges Fenech déclara clairement avant cette date que la loi du 25 février 2008 sur la rétention de sûreté était une « loi pour les victimes de

496Ce terme a été plusieurs fois utilisé dans l'exposé des motifs des lois pénales récentes, notamment dans celui introduisant le projet de loi instaurant la rétention de sûreté ; « les victimes restent trop souvent en retrait des procédures judiciaires et leur prise en charge ne répond pas toujours aux exigences de solidarité qu'implique leur situation » (Exposé des motifs du projet de loi d'orientation et de programmation pour la justice, *op.cit.*).

497Serions-nous entrés dans une ère où « la fonction tribunitienne ou déclarative de politique criminelle de la loi pénale, s'affirme comme la fonction privilégiée par le législateur » ? V. CH. LAZERGES, « De la fonction déclarative de la loi pénale », *op.cit.*, p. 199. C'est la forme affirmative et non interrogative qui est utilisée par l'auteur.

498A. GARAPON et D. SALAS, *Les nouvelles sorcières de Salem*, *op.cit.*, p. 151 (« On donne ce nom aux lois pénales faites et votées dans l'urgence pour répondre le plus rapidement possible à l'émotion suscitée par un fait divers », note de bas de page n°2). Un exemple frappant de ces lois peut se trouver outre-Atlantique, où, comme le rappelle Denis Salas, suite à l'assassinat d'une petite fille nommée Megan, une loi pénale a été votée portant le nom de la victime. Cette loi éponyme est révélatrice du rôle déclencheur du fait divers dans la formulation de la loi (D. SALAS, *La volonté de punir*, *op.cit.*).

499Cité par SONYA FAURE, « Les faits divers pourvoyeurs de lois », *Libération* du 2 février 2010.

500Voir *infra*.

Fourniret »⁵⁰¹. Dans la même intention, la médiatisation de morsures par des chiens dangereux⁵⁰² est sans doute à l'origine de l'instauration de l'obligation de détenir un permis spécifique pour posséder certaines catégories de chiens⁵⁰³. L'intrusion de casseurs dans des manifestations (à Strasbourg) aurait donné naissance au « décret anti-cagoule »⁵⁰⁴, prohibant la dissimulation du visage pendant les manifestations. La liste des exemples est longue qui illustre l'impact du fait divers dans le processus de création des lois pénales.

223.- Arrêtons-nous sur l'affaire « Romain Dupuy » qui marque tout particulièrement cette « surdimension » attribuée au fait divers et l'importance du rôle joué par lui dans la décision législative. En 2004, l'affaire a inspiré l'instauration par la loi du 25 février 2008 d'une audience de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. Le jeune homme a été confondu par son ADN, après son arrestation dans le meurtre particulièrement violent de deux infirmières. L'ordonnance rendue par le juge d'instruction, s'appuyant sur plusieurs expertises psychiatriques, concluait à l'inaccessibilité du jeune homme à une sanction pénale en raison de sa schizophrénie, ce qui a profondément ému les proches des victimes. Avec passion et exaltation, ces derniers réclamaient que Romain Dupuy soit jugé malgré son trouble mental caractérisé, ou, *a minima*, qu'il soit entendu à l'occasion d'une audience, afin que l'auteur lui-même leur raconte les faits en détail et que la justice pénale et la société toute entière entendent leur souffrance. Le président de la République répondit publiquement à ces attentes, rejoignant l'incompréhension des victimes face à ce « non-lieu psychiatrique » et promettant à ces dernières qu'une loi serait votée pour instaurer une audience publique de déclaration d'irresponsabilité pénale de trouble mental⁵⁰⁵. La loi du

501Assemblée Nationale, 3^{ème} séance du 8 janvier 2008 Cité par Laurent Mucchielli, in L. MUCCHIELLI (dir.), *La frénésie sécuritaire*, La Découverte, Coll. Sur le vif, 2008, Introduction: « au nom de l'« insécurité » et de la « défense des victimes », cet espace de réflexion n'a cessé de se réduire. L'indignation a remplacé l'analyse et les faits divers justifient les lois. Ainsi, le député UMP G. Fenech, rapporteur à l'Assemblée nationale sur la loi sur l'enfermement des criminels dangereux, déclare-t-il : « Oui, c'est une loi de circonstance ! C'est une loi pour les disparues de l'Yonne, pour Delphine, pour Céline, pour les victimes de Fourniret [...] et nous l'assumons pleinement ». Une dramatisation politiquement rentable et une stratégie qui a fait ses preuves aux États-Unis : le gouvernement par la peur ».

502V. par exemple : « Chien dangereux : un deuxième enfant mordu », *Le Post*, 10 janvier 2008 ; « Morsures de chiens : la presse met le paquet.. », thématique d'une discussion sur chiens.forumactif.fr ; « Molosses : la série noire continue », *JDD* du 24 octobre 2007 ; « Un enfant tué par un chien », *JDD* du 5 mai 2010, etc.

503Voir la loi n°2008-583 « Prévention et protection contre les chiens dangereux » du 20 juin 2008.

504« Le Décret « anti cagoule » officiellement publiée », *Le Monde* du 20 juin 2009. Il s'agit du Décret n° 2009-724 du 19 juin 2009 relatif à l'incrimination de la dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique, publié au *JORF* n°0141 du 20 juin 2009 page 10067. Voir sur ce point, P. PONCELA, *op.cit.*

505« Je ne suis pas sûr que le mot non-lieu soit compréhensible pour un mari dont on a égorgé l'épouse ou pour une femme dont on a décapité la sœur ». Si ces sarkozystes pressions n'ont pas eu d'effet sur le juge d'instruction, les familles des deux victimes, elles, ont fait appel de ce non-lieu ». Propos retransmis par D. SERVENAY, « Sarkozy veut juger les fous, les magistrats s'insurgent », *RUE 89*, 24 août 2007.

25 février 2008 a créé cette audience⁵⁰⁶, que l'on peut analyser comme un simulacre de procès destiné à panser la plaie des victimes mais aussi, peut-être, comme une volonté implicite de confronter les malades mentaux à la justice pénale en dépit de leur irresponsabilité pénale avérée⁵⁰⁷. Quoiqu'il en soit, il s'agit encore d'une loi amorcée par un fait divers dramatique.

224.- Plus récemment encore, le meurtre d'un jeune homme par un schizophrène en pleine rue a motivé un discours ferme de Nicolas Sarkozy, annonçant son souhait de renforcer l'obligation de soin et de modifier les modalités de l'hospitalisation psychiatrique. Cette volonté a notamment été concrétisée dans la loi du 11 mars 2010 « tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle », évoqué *supra*.

225.- Ainsi, nombreuses sont les lois pénales récentes impulsées par la figure de la victime et par les « faits divers » qui mettent en évidence des victimes vulnérables. La loi du 15 août 2014 relative à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines rompt avec la culture du fait divers, en ayant pas été motivée par la survenance d'un fait divers. Toutefois, la victime demeure une préoccupation centrale comme en témoigne l'exposé des motifs⁵⁰⁸. Ainsi, au fil des réformes, la victime occupe donc une place grandissante dans le procès pénal. Le rôle et les droits qui lui sont accordés contribuent à l'ériger en sujet particulier qui, à l'instar de l'environnement et de la santé, mérite toute l'attention et doit être protégé à tout prix.

506L'article 3 de la loi n° 2008-174 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour trouble mental du 25 février 2008 (publiée au *JO* n° 0048 du 26 février 2008) a créé, dans le code de procédure pénale, un « Titre XXVIII : *De la procédure et des décisions d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* ». Nous aurons l'occasion d'étudier en détails ces dispositions ainsi que leur application dans le temps (V. *infra*). Retenons pour l'instant que, désormais, lorsqu'il estime qu'il y a lieu de prononcer l'irresponsabilité pénale pour trouble mental, le Juge d'Instruction doit, si une des parties le demande, saisir la Chambre de l'Instruction et cette dernière peut elle-même ordonner l'hospitalisation d'office et prendre différentes mesures (des interdictions notamment), tantôt analysées par la jurisprudence comme des peines, tantôt comme des mesures de sûreté. Si aucune des parties ne demande cette audience devant la Chambre de l'Instruction, le Juge d'instruction ne prononcera plus une ordonnance de non lieu mais une « déclaration d'irresponsabilité pénale ». L'exposé des motifs du projet de cette loi, présenté au nom de M. François Fillon, Premier Ministre, par Mme Rachida Dati, Garde des sceaux, Ministre de la justice, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 novembre 2007, Texte n°442 (disponible sur <http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl0442.asp>) déclare que le second objectif de ce projet « est de rendre plus cohérent, plus efficace et plus transparent le traitement par l'autorité judiciaire des auteurs d'infractions déclarés pénalement irresponsables en raison d'un trouble mental » et que « si le principe de l'irresponsabilité pénale des personnes atteintes d'un trouble mental aliénant n'est pas contestable, les modalités procédurales selon lesquelles les juridictions répressives décident de l'irresponsabilité et les conséquences qu'elles en tirent, font en revanche l'objet de vives critiques depuis de longues années ». Force est de constater que les critiques dont il est fait état émane, pour une grande partie, des victimes d'auteurs déclarés pénalement irresponsables.

507Voir *infra*.

508Voir *supra*.

226.- L'extension de la place accordée à la victime dans le processus pénal est analysée par certains auteurs comme relative considérant les efforts restant à poursuivre dans le sens d'un meilleur accompagnement⁵⁰⁹. Pourtant, cette extension n'en est pas moins réelle, si l'on observe l'étendue des droits que lui consacrent le droit pénal et la procédure pénale, étendue que l'on peut appréhender, à maints endroits, comme relevant d'une logique de précaution.

227.- En effet, la victime dispose d'un statut particulier, à considérer le rôle qu'elle tient dans le procès pénal, mais plus particulièrement, après, dans la phase d'exécution de la peine. Pendant le procès pénal *stricto sensu*, ses droits sont nombreux. Par exemple, elle peut avoir l'initiative des poursuites, mettre en mouvement l'action publique contre l'inertie du parquet⁵¹⁰ et, si le parquet décide de classer sans suite, elle possède désormais la faculté de contester cette décision⁵¹¹ ; elle peut prendre part à l'instruction et de la sorte influencer sur le cours de l'enquête judiciaire en demandant au juge d'instruction de procéder à des actes d'investigation⁵¹².

509 Voir notamment en ce sens R. CARIO, *op.cit.*

510 Sur les modalités de constitution de partie civile, V. not. F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *op.cit.*, pp. 240-246 puis pp. 803-905.

511 Le classement sans suite est l'une des alternatives prévues par le « principe de l'opportunité des poursuites » (article 40-1 CPP). On distingue deux types de classement sans suite: « le classement sans suite inéluctable des affaires non poursuivables » et « le classement sans suite d'opportunité des affaires poursuivables ». Le législateur a démontré son « hostilité » à ce second type de classement. Ainsi, la loi du 9 mars 2004 a précisé à l'article 40-1 du CPP que ces classements devaient être justifiés par « des circonstances particulières liées à la commission des faits ». Le législateur a également instauré l'obligation de notifier la décision de classement sans suite aux plaignants et victimes (avant la loi du 9 mars 2004, les plaignants et victimes étaient seulement avisés, la notification écrite n'étant auparavant obligatoire que pour les faits commis sur mineurs et constituant certaines infractions sexuelles limitées). Cette information doit indiquer « les raisons juridiques ou d'opportunité » justifiant cette décision. Cette information a pour objectif de permettre aux plaignants et victimes de former un recours hiérarchique auprès du procureur général de la cour d'appel (article 40-3 CPP). V. not. F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *op.cit.*, p. 722s.

512 Au stade de l'instruction préparatoire, depuis la loi du 15 juin 2000, la partie civile dispose de la faculté de demander au juge d'instruction de procéder à des actes d'enquête. L'article 82-1 du Code de procédure pénale dispose que la partie civile ainsi que le mis en examen ont le droit de demander « tous autres actes qui leur paraissent nécessaires à la manifestation de la vérité ». Au départ, seul le Procureur de la République était autorisé à demander au juge d'instruction de procéder à tout acte d'investigation qu'il juge utile. Les parties, quant à elles, ne pouvaient que demander une expertise (à l'exception de l'« inculpé », qui, lui, pouvait demander à ce que soit procédé sur sa personne à un examen médical ou médico-psychologique). La loi du 4 janvier 1993 allongea la liste des actes susceptibles d'être demandés par les parties en y incluant toute autre mesure utile relative à la personnalité, une audition, un interrogatoire, une confrontation, un transport et la production de pièces. Une inégalité demeurant entre le Ministère public et les autres parties, la loi du 15 juin 2000 a ajouté à la liste des actes pouvant être demandés par ces dernières « tous autres actes qui leur paraissent nécessaires à la manifestation de la vérité ». En outre, à la fin de l'information judiciaire, au même titre que les

228.- Ainsi, au cours des années, la victime acquiert très vite d'autres droits que ceux liés à une simple indemnisation de son préjudice, formalisés notamment dans l'article préliminaire du code de procédure pénale⁵¹³. Dans son premier alinéa, cet article dispose que « *la procédure pénale doit être équitable et contradictoire, et préserver l'équilibre des droits des parties* » ; dans son deuxième paragraphe, que « *l'autorité judiciaire veille à l'information et à la garantie des droits des victimes au cours de toute procédure pénale* ».

229.- Le respect des droits des victimes devient un objectif phare de la justice pénale⁵¹⁴. Et, l'apport de ce principe de garantie des droits des victimes, au-delà de consacrer des droits aux victimes déjà présents dans de nombreux textes, inscrit solennellement (et effectivement) cette garantie dans la mission de l'autorité judiciaire.

230.- La loi Perben 2 du 9 mars 2004 vient renforcer cette annonce en décidant d'inclure dans le code de procédure pénale un article « préliminaire » dans la partie consacrée à l'exécution des peines. En effet, l'article 707 reprend des impératifs de l'exécution des peines déjà prévus, notamment par le Conseil constitutionnel, et en ajoute un autre qui est d'assurer de façon plus évidente « *le respect des [...] droits des victimes* »⁵¹⁵. Ainsi, après le jugement, la victime bénéficie d'un droit d'information sur certaines mesures d'aménagement de peine de l'auteur de l'infraction, comme sur sa libération conditionnelle. Le troisième alinéa

autres parties, la partie civile peut interjeter appel des ordonnances de non-informer, de non-lieu et des ordonnances faisant grief à ses intérêts civils (Article 186 CPP alinéa 2). De plus, selon le troisième alinéa de ce même article, la partie civile, comme le mis en examen, peut interjeter appel d'une ordonnance d'incompétence du juge d'instruction). Ce droit de remettre en cause la décision finale du juge d'instruction témoigne de la volonté d'associer la victime à la tenue de l'instruction. Il donne corps à sa parole, en lui permettant de s'opposer à une décision judiciaire déclarant la fin des poursuites.

513 Article issu de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant les droits des victimes et la présomption d'innocence.

514 Il est à noter que ce principe de la garantie des droits des victimes n'existe pas tel quel dans la Convention EDH ni-même dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Comme le soulignent Frédéric Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer, l'article 6 de la Convention EDH ne donne pas de place particulière à la victime qui se constitue partie civile à un procès pénal (F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *op.cit.*, p.355s.). Cette absence s'explique sans doute par l'hétérogénéité des normes en la matière au sein des Etats membre du Conseil de l'Europe. Par ailleurs, ce principe de garantie des droits des victimes n'a pas non plus été consacré constitutionnellement.

515 V. not. M. HERZOG EVANS, *op.cit.*, p. 285 : « Il s'agit désormais d'un impératif, là où il n'était, dans le droit antérieur, question que d'incitation [...]. Ici encore, la loi Perben 2 ne se borne pas à des proclamations. Elle crée les outils techniques permettant d'y parvenir [...] ». En outre, cette loi instaure un nouvel article 720 dans le code de procédure pénale, qui dans son premier alinéa, fait obligation au JAP de prendre en considération les intérêts de la victime ou de la partie civile, préalablement à toute décision entraînant cessation temporaire ou définitive de l'incarcération d'une personne condamnée à une peine privative de liberté avant la date d'échéance de cette peine.

de l'article 720 du code de procédure pénale, issu de cette même loi, prévoit que le juge d'application des peines adresse à la victime un avis l'informant de tout aménagement de peine qu'il envisage de mettre en œuvre. D'ailleurs, un représentant des victimes siège à la Commission d'application des peines et cette représentation est renforcée au niveau national par la présence d'un représentant national des associations de victimes au sein de la juridiction nationale des libérations conditionnelles⁵¹⁶.

231.- La loi n° 2014-896 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales du 15 août 2014 prolonge ce mouvement d'inclusion des victimes dans le processus pénal et de leur protection en modifiant l'article 707 précité du code de procédure pénale. Elle ajoute un quatrième point : *«IV. - Au cours de l'exécution de la peine, la victime a le droit : /1° De saisir l'autorité judiciaire de toute atteinte à ses intérêts ; / 2° D'obtenir la réparation de son préjudice, par l'indemnisation de celui-ci ou par tout autre moyen adapté, y compris, s'il y a lieu, en se voyant proposer une mesure de justice restaurative ; / 3° D'être informée, si elle le souhaite, de la fin de l'exécution d'une peine privative de liberté, dans les cas et conditions prévus au présent code ; / 4° A la prise en compte, s'il y a lieu, de la nécessité de garantir sa tranquillité et sa sûreté. / L'autorité judiciaire est tenue de garantir l'intégralité de ces droits tout au long de l'exécution de la peine, quelles qu'en soient les modalités »*. Ces nouvelles dispositions, qui entreront en vigueur le 1^{er} octobre 2014, corroborent le souci de prendre toujours plus en considération la victime.

232.- Cette loi favorise concrètement la prise en charge des victimes, notamment par la systématisation de l'existence d'un bureau d'aide au victime dans chaque

⁵¹⁶Sur la place de la victime dans l'application des peines, V. not. M. HERZOG-EVANS, *op.cit.*, et de la même auteure, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz-Sirey, Coll. Dalloz Action, 2007-2008. Il faut noter cependant que les compétences des CAP (Commissions d'Application des Peines) ont été considérablement réduites au profit de la juridictionnalisation des mesures d'aménagement de peine.

TGI⁵¹⁷ et par l'introduction de la justice restaurative⁵¹⁸ présentée par la doctrine comme étant plus protectrice pour la victime⁵¹⁹.

233.- La victime est donc considérée aujourd'hui comme une partie importante du procès pénal, au même titre que le mis en examen⁵²⁰ et le Parquet. Avec l'intégration concrète de la partie civile, l'existence d'un modèle procédural tripartite est acté, mais n'empêche pas le risque de confusion des places des acteurs que pourrait susciter la sur-représentation de la victime à certains moments des procédures⁵²¹. En effet, si on peut comprendre que la partie civile rejoint souvent, dans ses intentions, l'accusation (parfois se

517Article 706-15-4 nouveau du code de procédure pénale, issu de l'article 26 de la loi du 15 août 2014 précitée.

518Art. 10-1. nouveau du CPP : *A l'occasion de toute procédure pénale et à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'exécution de la peine, la victime et l'auteur d'une infraction, sous réserve que les faits aient été reconnus, peuvent se voir proposer une mesure de justice restaurative. /« Constitue une mesure de justice restaurative toute mesure permettant à une victime ainsi qu'à l'auteur d'une infraction de participer activement à la résolution des difficultés résultant de l'infraction, et notamment à la réparation des préjudices de toute nature résultant de sa commission. Cette mesure ne peut intervenir qu'après que la victime et l'auteur de l'infraction ont reçu une information complète à son sujet et ont consenti expressément à y participer. Elle est mise en œuvre par un tiers indépendant formé à cet effet, sous le contrôle de l'autorité judiciaire ou, à la demande de celle-ci, de l'administration pénitentiaire. Elle est confidentielle, sauf accord contraire des parties et excepté les cas où un intérêt supérieur lié à la nécessité de prévenir ou de réprimer des infractions justifie que des informations relatives au déroulement de la mesure soient portées à la connaissance du procureur de la République. »* Issu de l'article 18 de la loi du 15 août 2014 précitée.

519Voir notamment R. CARIO, *op.cit.*

520Cependant, la personne mise en cause possède un certain nombre de droits, « les droits de la défense », spécifiquement prévus pour elle, adaptées à sa situation. La victime ne dispose pas parallèlement de tous ces droits, mais ceci s'explique par le fait que sa situation est tout à fait différente au regard de la justice pénale. Sur question prioritaire de constitutionnalité, la décision du conseil constitutionnel de juillet 2010 est allée dans le sens d'un élargissement des droits de la défense, en invitant le législateur à imposer le droit au silence et sa notification au gardé à vue (Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 commentée aux *Cahiers de Conseil constitutionnel*, cahier n°30 ; voir sur cette décision : « La garde à vue de droit commun inconstitutionnelle », *Semaine juridique*. Édition générale, 2010, n°35, p. 1564 ; O. BACHELET, « La garde à vue, entre inconstitutionnalité virtuelle et inconventionnalité réelle », *Gazette du palais*, 4-5 août 2010, n° 216-217 ; CH. CHARRIÈRE-BOURNAZEL, « Garde à vue : le sursaut républicain », *Recueil Dalloz*, 2010, n°29, p. 1928 ; F. FOURNIE, « Nouvelles considérations « huroniques » », *La Semaine juridique*, Édition générale, 20 septembre 2010, p. 1714-1716 ; M. HAAS et A. MARON, « L'article 61-1 de la Constitution efface les articles 62 et suivants du code de procédure pénale », *Droit pénal*, 2010, n°10, p. 37-42 » ; A.-S. CHAVENT-LECLÈRE, « L'inconstitutionnalité de la garde à vue française », *Procédures*, 2010, n° 11, pp. 23-24 ; H. CROZE, « Le Conseil constitutionnel au secours de la loi relative aux libertés et responsabilités des universités », *Procédures*, 2010, n°10, pp. 2-3 ; ; PH. CONTE, « *In Limine*, Cuisine constitutionnelle », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2010, n° 3, pp. 533-535 ; A. GIUDICELLI, « Le Conseil constitutionnel et la garde à vue : « puisque ces mystères nous dépassent, feignons d'en être l'organisateur » », *RSC* janvier-mars 2011, n° 1, pp. 139-142). Cette décision ainsi que les différentes condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, ont été prises en considération par le législateur dans la loi n°2011-392 du 14 avril 2011, qui réforme la garde à vue (voir notamment sur ces nouvelles dispositions : A.-S. CHAVENT-LECLÈRE, « La garde à vue est morte, vive la garde à vue ! A propos de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 », *Procédures*, 2011, n°6, pp. 6-11 ; H. MATSOPOULO, « Une réforme inachevée », *JCP G*, 9 mai 2011, n°19, pp. 908-912). Alors que le législateur avait prévu l'entrée en vigueur de la réforme en juin, la Cour de cassation, par quatre arrêts rendus le 15 avril 2011, a décidé que cette dernière devait être immédiatement appliquée (Cass. Ass. Plén., n°10-17.049, n°10-30.342, n°10-30.313 et n°10-30.316 : *JCP G* 2011, act. 483, obs. S. DETRAZ). A la suite de cette décision de la Cour de cassation, le garde des Sceaux a donné instructions aux magistrats du parque d'appliquer les nouvelles règles « sans délais ».

521Sur ce risque de dévoiement de la justice pénale, voir notamment Geneviève Giudicelli-Delage *in* G. GIUDICELLI-DELAGÉ et CH. LAZERGES (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, *op.cit.*, p. 270s.

confond avec elle) dès lors où toutes deux poursuivent le même objectif premier qu'est la certitude de la condamnation du mis en examen⁵²², force est de constater que leurs intérêts respectifs se distinguent nettement. Pour l'une, l'intérêt est privé, particulier, personnel ; pour l'autre, il est public, général et dénué de toute référence à un individu précis. Cette distinction de fond pose au droit d'être vigilant. A l'occasion du procès de Francis Evrard, le procureur de la République, a d'ailleurs rappelé cette différenciation entre intérêt particulier de la victime et intérêt public dont il a en charge la protection. Le ministère public « n'est pas l'avocat des victimes »⁵²³. Or, que ce soit au début de l'affaire, quand la victime, souvent, cherche à tout prix l'inculpation de l'auteur, parfois à l'encontre des règles relatives à la responsabilité pénale, ou à l'étape finale de la procédure quand le condamné purge sa peine et que la victime peut encore par l'intermédiaire d'un représentant faire entendre ses observations⁵²⁴ (et même après la peine, où un représentant d'une association d'aide aux victimes siège à la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté⁵²⁵), celle-ci jouit d'un droit de parole et d'une certaine capacité de contrôle de la justice pénale. Le poids de sa souffrance est alors susceptible de

522 Dans d'autres pays, la victime est « seulement » associée au ministère public. En France, on la considérait autrefois comme un accusateur privé. Mais aujourd'hui, elle n'est plus seulement accusatrice. Elle poursuit certes la condamnation de l'auteur mais elle est également prise en compte dans la façon de juger, et dans l'exécution des peines.

523 « Cinq jours pour juger le procès d'un pédophile », Documentaire Infra Rouge, *op.cit.*

524 A propos de l'intégration, notamment par la loi Perben 2, de la victime dans la phase de l'application des peines, Pierre Couvrat écrit : « Il me paraît possible pour rendre compte rapidement de cette nouvelle vague législative de s'intéresser aux trois personnages essentiels : le juge au sens large qui prend de plus en plus de poids, le condamné qui se trouve de plus en plus encadré et un nouvel arrivant dans cette phase qui est la victime » (P. COUVRAT, « Les dispositions relatives à l'application des peines de la loi Perben 2 », *Droit pénal* n°6, Juin 2004, étude 8). Par ailleurs, même Robert Cario, qui revendique une meilleure prise en compte de la victime dans la justice pénale, trouve dans ces dispositions une certaine exagération desservant la victime, tant celle-ci a besoin, au contraire, de s'extirper de sa condition de victime pour retrouver son humanité blessée. « Il faudrait cependant se garder d'enfermer la victime dans un « statut » juridique figé en la maintenant trop longtemps dans le processus pénal. Tout doit être en effet mis en œuvre pour qu'elle sorte, au plus tôt, de l'« état » de victime dans lequel le crime l'a projetée. Il importe impérieusement qu'une séparation judiciaire symbolique scelle les destinées d'infracteur et de victime par un jugement de reconnaissance publique indiscutable [...] ». R. CARIO, « La place de la victime dans l'exécution des peines », *Recueil Dalloz* 2003, p. 145.

525 Articles R.61-8 à R. 61-10 du CPP sur le fonctionnement des commissions de mesures de sûreté. Rappelons que ces commissions ont été instaurées par la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales et son décret d'application n°2007-1169 du 1er août 2007 relatif au placement sous surveillance électronique mobile, pour rendre un avis préalable au prononcé de cette mesure de sûreté. Ont ainsi été créées huit commissions pluridisciplinaires des mesures de sûreté. La loi n°2008-174 du 25 février 2008, relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental a élargi leur champ de leur intervention à la surveillance de sûreté, la rétention de sûreté et la libération conditionnelle des personnes condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité.

peser lourd dans le difficile établissement de la justice⁵²⁶. Comme il peut s'avérer prégnant dans la détermination de la politique criminelle.

234.- Ainsi que l'écrivait, déjà en 2003, Christine Lazerges, « Unité du discours politique et avancées législatives caractérisent le regard posé sur la victime, devenue non seulement pleinement acteur au procès pénal, mais surtout enjeu d'une politique de sécurité intérieure »⁵²⁷. Une relation peut, en effet, être établie entre l'importance qu'on lui accorde désormais et l'usage du principe de précaution qui se révèle en matière pénale. Ce dernier est toujours présenté comme nécessaire à la protection des victimes et est souvent mis en œuvre dans l'objectif de les rassurer. Le principe de précaution jouerait à l'égard des victimes le rôle de catalyseur et de « tranquilliseur » des peurs. La « triangulation »⁵²⁸ de la justice pénale, telle qu'elle est réalisée avec les trois figures protagonistes, consacre l'introduction indéniable de la notion de précaution dans le domaine pénal.

CONCLUSION

235.- L'adhésion du droit pénal au principe de précaution apparaissait inévitable tant la précaution s'est imposée comme naturelle et légitime. D'un point de vue sociopolitique, l'application du principe de précaution en droit pénal trouve particulièrement sa légitimité dans les mutations du rôle de l'État face aux risques et le développement d'une approche victimaire de la société. Ces deux sources de légitimité ont conduit à **l'avènement d'un devoir de précaution, qui peut être défini comme le devoir pour l'État d'adopter une attitude de précaution afin de protéger les victimes réelles et hypothétiques.** La prise

526A ce propos, le modèle anglais avec une séparation nette entre soutien de la victime souffrante et sa participation active à la procédure pénale nous semble très séduisant. La victime y est prise en compte dans sa souffrance et elle reçoit réparation de son préjudice, sans pour autant participer, de quelle que manière que ce soit, à la fonction de juger. Par ailleurs, certains auteurs préconisent avec une certaine radicalité que la victime n'agisse qu'au civil. (On trouve surtout cette proposition dans le droit des affaires. Dans le même sens, s'agissant du droit pénal général, Daniel Soulez-Larivière invite à « une réflexion en profondeur pour éviter que la scène pénale ne soit surchargée par d'autres tâches que de juger équitablement ceux qui ont éventuellement commis des infractions », D. SOULEZ-LARIVIÈRE, *op.cit.*, p. 41). Le fondement de cette proposition est intéressant dans la mesure où la victime n'a d'intérêt (avoué) que sa réparation (l'autre intérêt qui transparaît dans son action étant « vindicatif » comme nous l'avons souligné plus haut).

527CH. LAZERGES, « Sécurité intérieure et droits des victimes » in J.-CH. FROMENT, J.-J. GLEIZAL et M. KALUSZYNSKI (dir.), *Les États à l'épreuve de la sécurité*, Presses Universitaires de Grenoble, 2003, p. 379.

528Cette formule « triangulation » a notamment été utilisée par Martin Méchin. M. MÉCHIN, « Le double visage de la victime en France, entre quête de reconnaissance et quête d'un véritable rôle procédural », in CH. LAZERGES et G. GIUDICELLI-DELAGE (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, *op.cit.*, pp. 104-122

en compte de ce devoir de précaution apparaît comme une conséquence de l'adhésion philosophique du droit pénal au principe de précaution.

236.- Cette intégration de la notion de précaution à la matière pénale s'est réalisée progressivement pour connaître ensuite une accélération dans les années 2000. Mais l'intérêt politique pour la précaution s'est d'abord manifesté face aux risques protéiformes, liés notamment à la modernité et au progrès, justifiant la réaction de l'État pour une plus grande considération de ces derniers. Il s'agit pour l'État d'apporter une réponse à une demande de protection émanant d'une société apeurée et marquée par certaines catastrophes avec le souhait de les juguler pour une gestion adaptée, et, en même temps, de manifester une certaine volonté étatique de reprendre le contrôle et l'assise de sa souveraineté, face aux éléments exogènes telles que l'économie et la mondialisation. Des domaines comme la santé et l'environnement ont particulièrement démontré l'existence de risques et ont ainsi été à l'origine de la consécration du principe de précaution.

237.- Mais rapidement, s'est opéré un glissement⁵²⁹ dans la gestion de ces risques, qui, de ces domaines précis, s'est étendue à d'autres domaines dont le droit pénal. Ce glissement a été possible par une assimilation du risque délinquant aux autres formes de risques, l'État s'étant donné pour mission de contrôler tous les risques. C'est donc naturellement que le risque délinquant a été intégré à cette nouvelle mission de maintien de la sécurité⁵³⁰, et que la protection étatique des citoyens s'est appliquée tous les types de risques, y compris celui délinquant.

238.- Si le principe de précaution a été officiellement consacré en matière sanitaire et environnementale, ce n'est que sous la forme implicite d'un devoir de précaution, qu'il se manifestera en matière pénale. Celui-ci a été mis en avant par des discours politiques, qui l'ont légitimé par le sentiment d'insécurité de la population. Si ce dernier peut être lié à une certaine réalité de la délinquance, il l'est davantage à la façon dont celle-ci est perçue et relayée par le politique et les médias : une peur saisie par le politique pour justifier son action et la référencer à un devoir de précaution. Mais surtout ce devoir de précaution apparaît comme un moyen d'assurer l'effectivité du droit à la sécurité, présenté comme droit

529 Voir not. PH. KOURILSY et G. VINEY, *op.cit.*
530 J. CHEVALIER, *op.cit.*

fondamental dès 1995⁵³¹. Dans ce type de démarche politique, les réponses ne peuvent être que chimériques, déclenchées dans un culte de l'urgence, face à des menaces ciblées. Par l'adoption de lois selon un mode immédiat et frénétique, le gouvernement exercerait son devoir de précaution face aux risques délinquants.

239.- C'est ensuite une idéologie victimaire qui a accéléré l'adhésion du droit pénal au principe de précaution. La logique de précaution en droit pénal n'a de raison d'être que parce qu'elle poursuit la protection et la sécurisation de victimes, que celles-ci soient réelles ou simplement virtuelles. Ainsi, c'est sur le terrain de l'extension de la place de la victime dans la société que la précaution a pu connaître un essor en droit pénal. Sa sacralisation a permis l'émergence d'une « figure de la victime » innocente face à un monde où pullulent des risques de toute forme, figure qui légitime l'application du principe de précaution en droit pénal. Mais c'est aussi parce que le devoir de précaution peut se révéler attentatoire aux droits et libertés fondamentales, que l'invocation de la victime apparaît comme un moyen de le légitimer.

240.- Dans ce contexte victimaire, la justice pénale tend à être considérée par le corps social comme salvatrice et susceptible de lui apporter un remède à l'incertitude. Encouragé par le politique, le corps social attend de la justice qu'elle supporte la dette de la souffrance des victimes, souffrance qui pourrait être évitée par le devoir de précaution. Cette perception de la justice s'accompagne de la croyance démesurée que la récidive délinquante s'explique parce qu'une mesure de précaution n'a pas été prise et que l'État a en quelque sorte échoué dans sa mission de protection. Elle est aussi en relation avec un accroissement général des demandes de sécurité, qui insinue que le pacte unissant la société civile à l'État doit désormais inclure le devoir de précaution. S'il a pu être écrit que le droit de punir se confond ou a tendance à être remplacé par un devoir de punir (voire une volonté de punir) au nom des victimes⁵³², il faut préciser que ce devoir de punir émerge particulièrement là où le devoir implicite de précaution a failli.

241.- Enfin, la place accordée à la victime n'est pas seulement sociétale mais elle se situe aussi dans la loi elle-même, ce qui en fait une légitimation d'autant plus forte de

⁵³¹Voir *supra*.

⁵³²Voir D. SALAS, *La volonté de punir, op.cit.*

l'intégration de la précaution en matière pénale. Le législateur invoque la victime au soutien de sa logique de précaution, désignant ainsi la « société de victimes » devenant sa destinataire privilégiée. Par sa fonction déclarative, la loi démontre à l'opinion publique que le législateur a fait le choix d'une attitude de précaution. Tout comme l'environnement et la santé pour le principe de précaution officiel, la victime est objet d'attentions particulières et sa protection constitue la finalité du devoir de précaution.

242.- Ainsi, la nouvelle gestion des risques par l'État et la construction sociale d'une figure de la victime ont légitimé l'usage de la précaution dans le domaine pénal et cet usage s'est principalement illustré par la reconnaissance, non officielle, du devoir de précaution, pendant du droit à la sécurité.

CHAPITRE 2 : LA LÉGITIMATION IDÉOLOGIQUE DE L'APPLICATION DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT PÉNAL

243.- L'instillation de la notion de précaution a largement été favorisée par un environnement nouveau où surabondent les risques apparents et où prolifèrent les craintes, par une redéfinition du rôle de l'État face à ces risques et par l'invocation d'une certaine « figure de la victime », comme nous l'avons démontré précédemment⁵³³. Mais son émergence dans la matière pénale est aussi profondément liée à une résurgence de concepts autrefois développés par les différentes écoles de pensée qui ont traversé le droit pénal et la justice pénale. L'usage d'un tel principe d'action, capable de modifier l'économie du droit pénal et susceptible de dévoyer les fonctions de la justice pénale, reflète une évolution idéologique certaine. Si la précaution a toujours irrigué, plus ou moins directement, certaines préconisations concernant des individus jugés menaçants, elle est aujourd'hui particulièrement mise en avant, et devient pour l'idéologie sous-jacente aux réformes actuelles, le *leit motiv*, à la fois argument directeur et finalité légitimante.

244.- Cette notion de précaution entretient des liens étroits avec le concept de dangerosité, très florecent au 19^{ème} siècle et réminiscent dans la politique criminelle contemporaine (**Section 1**). Mis entre parenthèse pendant plusieurs années car désavoué dans un premier temps par le courant de la criminologie moderne inspirée notamment par Alexandre Lacassagne⁵³⁴, on aurait pu croire à son obsolescence. Or, loin d'être suranné, il est

533 Voir *supra*, Chapitre précédent.

534 L'école française qui s'est formée autour d'Alexandre Lacassagne (dite école lyonnaise) s'est affirmée en réfutant l'idée de prédominance ou d'exclusivité de la réalité biologique du phénomène délinquant et en introduisant la perspective « sociale ». Elle refuse « ce fatalisme ou cette tare originelle et croit que c'est la société qui fait et prépare les criminels ». (A. LACASSAGNE, 1894, 406 in *Archives de l'Anthropologie criminelle*, Archives d'anthropologie criminelle de criminologie et de psychologie normale et pathologique, Tome 9, Lyon,

au contraire aujourd'hui renforcé, constituant un concept central de l'idéologie qui anime la pensée pénale actuelle.

245.- Autour de lui et plaçant la précaution au cœur du projet pénal, une nouvelle idéologie s'est ainsi construite, que l'on nommera, pour ces raisons, l'idéologie « précautionniste⁵³⁵ » (**Section 2**). Cette idéologie, qui conduira à l'adoption d'une politique criminelle particulière⁵³⁶ a donc été élaborée à partir de conceptions anciennes en intégrant la nouveauté du contexte dans lequel elle a émergé. Par la force du discours, elle s'est insinuée dans la société toute entière, légitimant l'usage à tout propos, parfois même à tort et à travers, de la désormais sacro-sainte précaution.

SECTION 1 : L'USAGE DE LA NOTION DE DANGÉROSITÉ

246.- La dangerosité des délinquants comme fondement aux différentes approches du phénomène criminel a fait l'objet de nombreux débats tout au long de l'histoire des politiques criminelles. Conceptualisée par l'école positiviste du 19^{ème} siècle, puis repensée avec des considérations humanistes au 20^{ème} siècle, la dangerosité est convoquée au centre de la politique criminelle contemporaine guidée par la précaution. Aussi, nous apprécierons comment ce concept a évolué et comment il fait écho à l'approche précautionneuse dans le domaine pénal.

247.- La « dangerosité » est un néologisme utilisé aujourd'hui dans des domaines très variés pour désigner la nocivité, l'absence d'innocuité ou les risques encourus. Si la notion existait déjà au 19^{ème} siècle chez les positivistes, ces derniers ne la nommaient pas ainsi, se référant à l'« état dangereux » ou à la « périculosité ». Ce vocable « dangerosité » a donné lieu à des avis très partagés de la part des linguistes. Les uns, consacrent plusieurs articles négatifs sur ce néologisme, tandis que, pour d'autres, il ne pose pas de problème

Stork, Coll. Bium). Voir not. sur ce point M. KALUSZYNSKI, « Le retour de l'homme dangereux. Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages », *Champ pénal/ Penal field* [En ligne], Vol. V | 2008, mis en ligne le 07 octobre 2008, Consulté le 06 novembre 2011. URL : <http://champpenal.revues.org/6183> ; DOI : 10.4000/champpenal.6183

⁵³⁵Nous créons ce néologisme à partir de « précaution » et du suffixe « -iste » couramment employé pour désigner une idéologie.

⁵³⁶Voir *infra* (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2).

particulier, justifiant la formation courante d'un substantif, à partir d'un adjectif et du suffixe « osité » dans le domaine des sciences⁵³⁷. Quelles que soient les controverses académiques concernant la légitimité et la justesse de ce terme, la « dangerosité » jouit aujourd'hui d'une certaine souplesse et amplitude dans son usage. Cette expression est de plus en plus fréquente et conquiert des terrains toujours plus nombreux. Son utilisation est devenue commune lorsqu'il s'agit de décrire des produits ou des techniques potentiellement nocives pour l'environnement ou la santé du consommateur et tend à se banaliser, depuis quelques années, pour qualifier l'état de certains individus que l'on veut particulièrement signaler et dont on craint le passage à l'acte délinquant ou sa réitération.

248.- Nous envisageons d'analyser l' « état dangereux » tel qu'il a été défini et conceptualisé en matière de justice pénale par les positivistes italiens du 19^{ème} siècle et par les différentes doctrines pénales (I). Sa réintroduction dans la politique criminelle contemporaine s'est réalisée dans un contexte propice de culture du risque décrit en introduction⁵³⁸ (II).

I. LA NOTION DE DANGÉROSITÉ DANS LES DOCTRINES PÉNALES MODERNES

249.- Dès le 19^{ème} siècle, la notion de dangerosité apparaît sous plusieurs formes se déplaçant notamment d'un état permanent et immuable à un état réversible, en possible mutation. Elle est d'abord mise en avant par les positivistes, qui la placent au cœur même de leur projet (A), puis sera en partie reprise par ses successeurs, partisans de la Défense sociale et de la Défense sociale nouvelle (B).

A. LA CRÉATION DE LA NOTION DE DANGÉROSITÉ PAR L'ÉCOLE POSITIVISTE AU 19^{ème} SIÈCLE

250.- Avant son introduction en criminologie par les positivistes italiens à la fin du 19^{ème} siècle, le concept de dangerosité est abordé sous un angle psychiatrique et médical. La loi de 1838 sur l'internement des aliénés, la première à y faire référence, instaure

⁵³⁷Voir l'exposé du linguiste, B. CERQUIGLINI, disponible à http://www.tv5.org/TV5Site/lf/merci_professeur.php?id=3449&title=Explication%20linguistique

⁵³⁸Voir *supra*.

en effet la notion de dangerosité psychiatrique⁵³⁹. Initialement, c'est donc ce type de dangerosité qui motive la prise de mesures d'éloignement des personnes⁵⁴⁰ et à travers lesquelles on peut lire l'amorce d'une forme de précaution.

251.- Pour saisir le sens que revêt la dangerosité pour les positivistes, il est nécessaire, comme le souligne Raymond Gassin, de se tourner vers l'École classique de laquelle l'école positiviste entend fermement s'éloigner⁵⁴¹. En effet, « dès le 18^{ème} siècle, le droit pénal oscille entre deux pôles qui relèvent de deux conceptions philosophiques qui s'opposent dans leur fondement même : liberté ou déterminisme humain »⁵⁴², la liberté se trouvant au cœur de la pensée de l'École classique tandis que le déterminisme marque l'École des positivistes, ce qui singularise notamment leur conceptualisation de la dangerosité. Les auteurs classiques se réfèrent à la responsabilité morale de l'individu et à la culpabilité qui, combinées, induisent l'existence d'un libre-arbitre, d'une conscience, d'une volonté⁵⁴³. Aussi, pour l'École classique, ceux qui ne disposent pas de ce libre arbitre doivent être exclus du

539Il s'agit de la loi sur les aliénés n° 7443 du 30 juin 1838, qui officialise l'entrée de l'état dangereux en psychiatrie légale. Une personne souffrant d'« aliénation mentale » peut faire l'objet d'un internement volontaire (demande des proches) ou d'office en cas de danger potentiel (arrêté préfectoral) dans un établissement spécialisé (V. article 19 de ladite loi). Le journaliste, Albert Londres, dans *Chez les fous*, critiqua vivement cette loi, qui combinée avec le principe d'irresponsabilité pénale de « l'aliéné criminel » (ancien article 64 CP) aboutirait à l'éviction précautionniste de ce dernier plutôt qu'à son véritable traitement. Selon lui, « La loi de 38 n'a pas pour base l'idée de soigner et de guérir des hommes atteints d'une maladie mentale, mais la crainte que ces hommes inspirent à la société. C'est une loi de débarras » (A. LONDRES, *Chez les fous*, Arlea, Coll. Arlea Poche, 1999). Par ailleurs, même avant les positivistes, Bentham utilisait la notion « d'alarme », « autrement dit de danger social qui sera reprise sous la forme d'état dangereux ». V. not. R. GASSIN, *Criminologie*, Dalloz, Précis, 6^{ème} édition, 2007, p.692. Cette loi de 1838 est demeurée sans changement notable jusqu'à la loi du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et aux conditions de leur hospitalisation qui en reprend l'essentiel des dispositions procédurales avec l'hospitalisation à la demande d'un tiers et hospitalisation d'office. Voir not. CH. DE BEAUREPAIRE, M. BÉNÉZECH, CH. KOTTLER, *Les dangerosités : De la criminologie à la psychopathologie, entre justice et psychiatrie*, John Libbey Eurotext, 2004, pp. 11-12. Aujourd'hui, la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge a modifié le régime des hospitalisations.

540Pour Paul Lievens, « L'idée de dangerosité, axée sur la pathologie mentale, est [...] très ancienne, et c'est implicitement en son nom qu'il y avait lieu de prendre des mesures ». P. LIEVENS, « L'apport de la psychiatrie à l'utilisation du concept de personnalité dangereuse », in CH. DEBUYST (dir.), *Dangerosité et justice pénale, Ambiguïté d'une pratique*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Masson, Coll. Déviance et société, 1981, p.35. L'auteur rappelle que « Depuis l'Antiquité au moins, un inculpé en état de démence au moment des faits, c'est-à-dire malade mental grave ou en état d'arriération mentale grave, ne pouvait être considéré comme coupable d'infraction et ne pouvait donc être puni [...] Au 17^{ème} siècle, « les déments étaient enfermés comme les vagabonds et comme individus dangereux, et non comme malades ayant besoin d'un traitement médical » (TH. COLLIGNON et R VAN DER MADE, *La loi belge de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude*, Bruxelles, Larcier, 1943, p.57) ».

541R. GASSIN, *op.cit.*, pp. 691-692.

542F. TULKENS et F. DIGNEFFE, « La notion de dangerosité dans la politique criminelle eu Europe occidentale », in CH. DEBUYST (dir.), *op.cit.*, p.192.

543Il faut ici relever que dans le *Traité des délits et des peines*, Cesare Beccaria n'évoque pas directement la responsabilité morale. On retrouve dans son œuvre uniquement l'idée de proportionnalité de la réponse pénale à la gravité de l'infraction au regard de l'intérêt public (C. BECCARIA, *op.cit.*). Nous y reviendrons plus tard (Voir *infra*, Partie 2).

champ de la responsabilité morale. Nous verrons que le code pénal français de 1810, mais également le nouveau code pénal de 1992 se sont inspirés de cette vision classique⁵⁴⁴. Ainsi, « L'axiome qui domine toute la morale et le droit est celui de la liberté humaine, non pas absolue, mais suffisante pour justifier le châtiment. Cette croyance [...] a traversé toute l'évolution du droit jusqu'à la deuxième moitié du 19^{ème} siècle, où elle fut niée par l'École positiviste, résolument attachée au déterminisme absolu et niant ainsi l'idée même de responsabilité morale »⁵⁴⁵.

252.- En effet, opposés à cette notion de libre arbitre, les positivistes considéraient, quant à eux, que le délinquant était « poussé » à agir en ce sens. Selon leur approche, l'origine de la délinquance est à appréhender par l'« état dangereux » que présente le délinquant. Cette notion d'« état dangereux » s'inscrit à contre courant de la théorie classique du libre arbitre et met en évidence l'importance des déterminants à l'infraction⁵⁴⁶. Ainsi, les positivistes s'opposent aux deux concepts de base de l'École classique que sont la responsabilité morale et la culpabilité⁵⁴⁷. Le concept positiviste d'« état dangereux » avait donc une double finalité : d'une part, déconstruire la notion de responsabilité morale et lui substituer une conception déterministe de la délinquance, d'autre part, « exprimer une attitude nouvelle traduisant la volonté de débarrasser la justice pénale de tout archaïsme (de la vengeance notamment) et de rechercher uniquement l'efficacité »⁵⁴⁸. Les positivistes présentent les fondements du droit pénal classique comme des imperfections à l'origine d'une lutte contre la délinquance jugée inefficace. Dans cet interstice, entre l'inefficacité supposée de la doctrine classique à enrayer la criminalité et une hausse prétendue de la délinquance⁵⁴⁹, va ainsi s'infiltrer le point de vue des positivistes⁵⁵⁰, proposant une définition de l'« état dangereux », caractéristique, selon eux, des criminels (1), et une série de mesures pour y

544 Voir *infra*.

545A. LAINGUI, « L'« Homme criminel » avant Lombroso », in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *Peine Dangereuse Quelles certitudes ?* Dalloz 2010, Essais de philosophie pénale et de criminologie, Volume 9, p. 131. Il faut cependant se rappeler la querelle entre les jésuites et les jansénistes. Les premiers croyaient en la liberté humaine, les seconds rétorquaient que le libre arbitre n'existe pas, puisque Dieu est tout puissant (en raison du Pêché originel, l'homme serait déchu et voué au mal ; seule la Grâce de Dieu peut le pousser vers le bien ; ainsi tout est déterminé par le plan de Dieu).

546V. not. G. LOPEZ et S. TZITZIS (dir.), *Dictionnaire de Sciences criminelles*, *op.cit.*, à « état dangereux », p. 379.

547 Voir *infra* sur ces deux concepts (Partie 2, Titre 1, Chapitre 1).

548R. GASSIN, *op.cit.*, p. 692.

549 Sur la « relative inefficacité anti-criminelle de [la] conception [du droit pénal classique] », voir not. F. TULKENS et F. DIGNEFFE, *op.cit.*, pp. 194-195.

550 *Ibidem*

remédier (2). « L'apport du positivisme pénal se traduit d'abord par une compréhension nouvelle du phénomène criminel et ensuite par l'élaboration de divers moyens de lutte »⁵⁵¹.

1) La dangerosité perçue comme un état quasi immuable

253.- On doit au positiviste italien Garofalo la définition du concept de l'état dangereux, sous le vocable de « periculosité »⁵⁵², qui, depuis sa formulation à la fin du 19^{ème} siècle, dominera la criminologie clinique jusqu'à la moitié du 20^{ème} siècle. L'état dangereux peut recouvrir plusieurs significations. La première d'entre elle, dégagée par Raymond Gassin, est « la très grande probabilité qu'un individu commette un crime »⁵⁵³.

254.- Selon Garofalo, cet état dangereux est déterminé par la témébilité ou la capacité criminelle qui « désigne la perversité constante et agissante de l'agent et la quantité de mal qu'on peut redouter de sa part »⁵⁵⁴. A cette témébilité, il fait intervenir un autre élément dans la définition de la dangerosité, l'adaptabilité. L'état dangereux sera donc évalué à l'aune de ces deux critères que sont la témébilité (**a**) et l'adaptabilité (**b**). La doctrine positiviste met l'accent sur le caractère déterministe du phénomène criminel et sur l'irresponsabilité morale du délinquant⁵⁵⁵, qui traduirait son inadaptabilité à la société.

a) La témébilité

255.- Ainsi deux aspects ressortent, en premier lieu, de cette conception positiviste de l'état dangereux : l'immuabilité et le caractère déterminé de ce dernier. La témébilité serait une certaine capacité criminelle inscrite dans la personne, intrinsèque à elle. La personne est dangereuse parce qu'elle présente les dispositions à la dangerosité. En d'autres termes, l'état dangereux ne doit son existence qu'à ces dispositions comprises, dans

551W. JEANDIDIER « Les théories pénales du Code Pénal de 1810 À nos jours », in *Droit pénal général*, Montchrestien, Domat Droit privé, 2^{ème} édition, Paris 1991.

552Périculosité est un néologisme formé à partir du terme italien periculosita, V. not. J. DANET, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *Champ pénal / Penal field*, nouvelle revue internationale de criminologie [En ligne], Vol. V | 2008, mis en ligne le 07 octobre 2008, Consulté le 23 décembre 2010. URL : <http://champpenal.revues.org/6013>, pp. 2-3.

553R. GASSIN, *op.cit.* p. 693.

554*Ibidem* ; dans des termes semblables, G. LOPEZ et S. TZTZIS, *op.cit.*, p. 220.

555En effet, « La doctrine positiviste se caractérise par son double aspect du déterminisme du phénomène criminel et de l'irresponsabilité morale du délinquant ». F. TULKENS et F. DIGNEFFE, *op.cit.*, p. 195.

une grande mesure, comme permanentes⁵⁵⁶. Les positivistes expliquent par l'hérédité et/ou le milieu social cette inhérence de la témébilite à la personnalité de l'individu.

256.- En effet, Garofalo, auteur de thèses anthropologiques et héréditaires de la criminalité⁵⁵⁷, reprend, en les attestant, les premières démonstrations de Lombroso sur l'explication anthropologique de la délinquance et les liens entre l'anatomie du délinquant et sa dangerosité⁵⁵⁸. On trouve, dans la partie III intitulée « Statistique psychométrique » de *l'Homme criminel*, les traits physiques et les facteurs héréditaires qui seraient propres au délinquant⁵⁵⁹. Il ne s'agit pas ici de dresser le portrait de l'Homme criminel dépeint par Lombroso mais de souligner l'immuabilité de l'état dangereux dans la doctrine positiviste. Si l'Homme criminel possède par essence certains caractères que les positivistes ont cru détecter, l'état dangereux se révèle donc, pour ces derniers, constant et permanent. Il ne s'agit pas non plus de discréditer de but en blanc ces thèses anthropologiques car il faut se rappeler dans quelles circonstances elles ont vu le jour. Comme le souligne si justement Jean-Christophe Coffin, « il convient d'inscrire la trajectoire et l'œuvre de Lombroso dans l'attention soutenue portée par la société italienne pour les phénomènes liées à la criminalité. Il convient [aussi] d'inscrire son œuvre dans l'intérêt porté par l'étude et la compréhension de la violence des comportements, une thématique dont on est bien obligé de reconnaître qu'elle continue à

556L'expression « dispositions permanentes » est utilisée par Pierre Bourdieu pour désigner les dispositions acquises depuis la plus petite enfance et qui vont déterminer notre façon de penser et d'agir.

557R. GAROFALO, *La criminologie*, Paris, Félix Acan, 2^{ème} édition, 1890.

558Plus tard, à partir des années 1890, Lombroso, face aux critiques de sa méthodologie (soulignons avec Maurice Cusson que Lombroso, par exemple, « appréciait à l'œil les traits anatomiques » et que Goring, en 1913, utilisera des objets de mesures fiables permettant de mettre à jour ses erreurs, V. M. CUSSON, *op.cit.*, p. 39), se détachera de la notion de criminel-né et exposera une explication plurifactorielle de la criminalité. V. sur ce point J.-CH. COFFIN, « Oublier Cesare Lombroso ? » in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.* pp. 141-142. V. également Maurice Cusson qui rappelle que « Dans *Le Crime, causes et remèdes* (1899), Lombroso passe en revue de multiples causes du crime : le climat, la pauvreté, le prix des céréales, l'alcool, la civilisation, la race, l'immigration, le climat, l'éducation, la prison, les associations criminelles, le chômage ... Tout, ou presque, y passe ». M. CUSSON, *op.cit.*, p.38.

559C. LOMBROSO, *L'Homme criminel, Criminel-né, fou moral, épileptique* (première publication en 1876), traduction à partir de la quatrième édition italienne par Régnier et Bournet, Paris, Ancienne Librairie Germer Baillière, Editeur Félix Alcan, 1887, p. 144s. Lombroso établit des critères du type criminel tels que des « oreilles à anse », le « front bas » ou encore la « proéminence des mâchoires » et aboutit à une conclusion selon laquelle ces différentes études statistiques ainsi établies démontrent une plus grande proportion des caractères de la criminalité chez les enfants que chez les adultes. Lombroso s'explique ainsi : « Les anomalies morales qui dans un adulte constitueraient la criminalité, se manifestent chez les enfants dans des proportions bien plus grandes et avec les mêmes signes, gr ce surtout aux causes héréditaires ; ces mêmes anomalies sont sujettes plus tard à disparaître, en partie, gr ce au secours d'une éducation convenable [...] ». On retrouve aussi des essais sur les signes pathologiques corporels de l'homme criminel dans tous les numéros de la revue que Cesare Lombroso co-dirigeait avec Enrico Ferri et Raffaele Garofalo de 1880 à 1892 (*L'Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale per servire allo studio dell' uomo alienato e delinquente, Archives de psychiatrie et d'anthropologie criminelle*) V. sur ce point, J.-Y. FRÉTIGNÉ, « Cultures positivistes et question criminelle en Italie (de Lombroso à Ferri) » in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, p. 149.

réellement nous mobiliser aujourd'hui encore »⁵⁶⁰. Et cet intérêt pour le décryptage de la dangerosité révèle déjà à cette époque un souci de précaution. En outre, le courant positiviste italien, qui anime la pensée pénale, émerge à un moment particulier de l'histoire, où la science devient le mode privilégié de compréhension du monde⁵⁶¹. L'anthropologie criminelle de Lombroso s'inscrit dans une époque, marquée par le positivisme scientifique d'Auguste Comte, où la croyance en l'omnipotence de la science est prégnante. La science, selon les positivistes, permettrait de prendre toutes les précautions nécessaires à la sécurité de la société.

257.- Ainsi, une « naturalisation » de la criminalité se trouve au cœur du concept d'état dangereux développé par les positivistes, dans le sens où la criminalité est considérée comme ancrée dans la nature du criminel et, par conséquent, lisible par la science. Pour Lombroso, « le corps et l'esprit du criminel trahissent la sauvagerie qui le prédispose irrésistiblement au crime »⁵⁶². Il faut souligner ici que l'auteur s'inscrit dans le courant de la « culture positiviste fataliste », en tant que partisan du déterminisme et de « la toute-puissance de l'hérédité »⁵⁶³. Le criminel-né (terme employé par Ferri) constituerait un sous-produit de l'atavisme et de la dégénérescence⁵⁶⁴, parfois de l'épilepsie⁵⁶⁵. Atavisme d'abord, car selon

560J.-CH. COFFIN, « Oublier Cesare Lombroso ? » in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, p. 137. L'auteur se réfère ici à N. RAFTER, *The Criminal Brain. Understanding Biological Theories of Crime*, New York, New York University Press, 2008.

561A cette époque, en effet : « la science apparaît comme la meilleure méthode pour comprendre le monde, comme le meilleur guide pour l'action ». J.-Y. FRÉTIGNÉ, « Cultures positivistes et question criminelle en Italie (de Lombroso à Ferri) » in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, p. 148. A ce propos, nous rejoignons, dans une certaine mesure, Maurice Cusson qui n'hésite pas à qualifier le positivisme de « scientisme » : « Si nous convenons de qualifier de scientiste la position selon laquelle tous les problèmes humains sans exception peuvent être résolus par la science, alors le positivisme est un scientisme » alors que « décréter que le but essentiel de la politique criminelle est la défense sociale plutôt que les droits individuels ou la justice, c'est afficher une préférence qui n'est pas du ressort de la science », M. CUSSON, *op. cit.*, p. 44.

562M. CUSSON, *La criminologie*, Hachette Supérieur, Coll. Les fondamentaux Sciences humaines, 4^{ème} édition, 2005, p.37.

563Pour faire état des deux « grandes cultures positivistes » dont l' « opposition [...] est particulièrement patente dans les débats sur la question criminelle », Jean-Yves Frétygné évoque une culture « fataliste » et une culture « progressiste » (dont l'un des tenants est Napoleone Colajanni (1847-1921)). « Pour les partisans de la première, l'homme ne peut faire exception dans le règne de la nature et il faut le penser comme un être profondément, si ce n'est entièrement, déterminé. Pour les tenants de la culture positiviste progressiste, cette conception rigide des rapports entre l'homme et la nature n'est nullement prouvée par la science qui met en revanche en lumière une différence sans solution de continuité entre la sphère naturelle étudiée par la biologie et le monde humain appréhendé par l'histoire et par la sociologie ». J.-Y. FRÉTIGNÉ in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, p. 148s.

564A ce propos, Pierre Darmon écrit que : « Trop de caractères morphologiques rapprochaient le criminel-né du dégénéré, du singe, des « primitifs », et des hominiens dont on commençait alors à exhumer les restes pour que Lombroso ne songe pas à atteler son criminel-né au char des théories de Darwin sur l'évolution et des idées de Morel sur la dégénérescence qui bouleversaient alors toutes les idées traditionnelles de l'histoire naturelle de l'homme ». C. LOMBROSO, *La femme criminelle et la prostituée* (1895), Coll. Mémoires du corps, Éditions Jérôme Million, 1991, présentation de P. DARMON, p. 19.

565« Pour le médecin turinois [Lombroso], l'étiologie du crime s'explique successivement par l'atavisme, puis

Lombroso, les caractéristiques de l'être criminel sont en réalité une résurgence de celles d'hommes primitifs (les plus près du singe dans la chaîne de l'évolution darwiniste)⁵⁶⁶. Dégénérescence ensuite, car au fil des éditions successives de son œuvre⁵⁶⁷, l'auteur intègre dans celle-ci la pensée de Morel⁵⁶⁸. Ainsi, « Lombroso conclut que « le criminel est un dégénéré qui aurait perdu les qualités du type humain normal sous l'influence de facteurs tels l'alcoolisme, la drogue ou un climat malsain »⁵⁶⁹. Pour autant, l'hypothèse d'un criminel-né n'est pas abandonnée. Comme le note Maurice Cusson, « le système du chef de file des positivistes [Lombroso] a ceci de particulier qu'il évolue par additions successives, jamais par soustraction d'hypothèses qui auraient été falsifiées »⁵⁷⁰.

258.- Enfin, la temébilite de Garofalo est aussi décrite à l'aune de la pensée de Ferri, qui, dès 1877, soutient sa thèse de droit en niant fermement le libre arbitre⁵⁷¹. En 1881, Ferri publie « Les nouveaux horizons du droit et de la procédure pénale » qui deviendra « Sociologie criminelle » à sa deuxième édition⁵⁷². Il identifie dans l'environnement, physique et social, certaines causes de la criminalité, se démarquant ainsi de Lombroso. En effet, pour lui, le phénomène criminel s'explique par le croisement de facteurs multiples, d'ordre biologique, comme le pense Lombroso, mais aussi d'ordre physique et social. Cependant, d'une part, Ferri distingue ces différentes sources de la délinquance et accorde une place très importante à la biologie⁵⁷³ - en ce sens, Ferri est profondément attaché au

par la dégénérescence et enfin par l'épilepsie, trois notions qui sont non seulement à la mode dans le champ scientifique mais que l'on retrouve aussi popularisées dans la littérature et dans le théâtre de la Belle-Epoque [(expression désignant la période historique de progrès social, technologique et économique, qui s'étend de la fin du 19^{ème} au début de la Première guerre mondiale)] ». J.-Y. FRÉTNÉ in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op. cit.*, p. 149.

566V. not. Maurice Cusson, sur ce point : « Le criminel [pour Lombroso] est donc un type régressif, un retour à une phase antérieure de l'évolution humaine. Il tue, il vole, il se tatoue [parmi les différentes caractéristiques que Lombroso relève chez les criminels, il pense avoir trouvé une forte proportion de tatouages] comme une anthropologie naïve du temps imaginait que le faisaient nos ancêtre », M. CUSSON, *op. cit.*, p. 37.

567L'*Uomo delinquente* est publié pour la première fois en 1876, réédité en 1878. Il paraît en français en 1887 sous le titre *L'Homme criminel*. La dernière édition date de 1896-1897.

568B. A. MOREL (1809-1878), théoricien de la dégénérescence, prétendait que les maladies mentales sont héréditaires. Un terrain « taré » serait transmis successivement d'une génération à l'autre, avec aggravation au fil des générations.

569M. CUSSON, *op. cit.*, p. 38.

570Ibidem.

571Cette thèse est intitulée « La théorie de l'imputabilité et la négation du libre arbitre » et a été soutenue en 1878 à l'Université de Bologne.

572« I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale », puis « Sociologia criminale ».

573Selon Enrico Ferri, le milieu social a certes son importance mais n'explique pas à lui seul la délinquance : les délinquants sont poussés à « l'activité malfaisante et criminelle » par une interaction entre « une dégénérescence de leur organisation physique et psychique » et leur milieu social ; d'autres « millions d'individus » même s'ils évoluent dans le même milieu, ne deviennent pas délinquants car ils ne sont pas touchés par cette dégénérescence. E. FERRI, *Sociologie criminelle* (1893), Paris, Félix Acan, 2^{ème} édition, 1914, chapitre I, p. 14. Ainsi, pour Ferri, les conditions biologiques sont les premières causes du phénomène criminel.

déterminisme⁵⁷⁴, d'autre part, ce qu'il nomme le milieu social n'est pas, selon lui, réductible aux conditions économiques⁵⁷⁵. Il opère une classification des délinquants, parmi lesquels certains ne sont pas amendables : le fou, le criminel-né, le criminel d'habitude et le criminel par passion⁵⁷⁶.

b) L'adaptabilité

259.- Pour signifier que l'homme criminel est inadapté et ne dispose, en aucun cas, de la faculté à s'adapter, Garofalo évoque son « incorrigibilité »⁵⁷⁷. Il explique cette inadaptabilité du délinquant par le fait que celui-ci contrevient aux valeurs fondamentales qui unissent la société. Pour lui, « le crime est ce qui lèse l'un ou/et l'autre des deux sentiments altruistes fondamentaux que sont la pitié, qui est le respect dû aux personnes, et, la probité, qui est le respect dû à la propriété⁵⁷⁸. La pitié et la probité constituent le socle moral d'une société, elles en définissent les normes à respecter et sont donc la condition *sine qua non* de son existence. En effet, en violant ces sentiments, le criminel sape les fondements de la société à l'égard de laquelle il est, à proprement parler, un inadapté »⁵⁷⁹.

574Morlhach Moriquendi évoque un « déterminisme multifactorialiste », ce déterminisme se composant « de trois éléments : des facteurs anthropologiques, des facteurs physiques du milieu, des facteurs sociaux ». M. MORIQUENDI in « Les positivistes italiens et leurs successeurs: le substantialisme, passé et présent », *Esprit Critique, Revue internationale de sociologie et des sciences humaines*, Numéro thématique Hiver 2002, « La criminologie : genèse, auteurs et histoire: ou le récit d'une discipline en devenir (Sous la direction de Pascal Cojean), vol. 04 n° 01, Janvier 2002.

575C'est un important point de divergence entre Ferri et les socialistes, évoqué dans un écrit de Ferri, *Socialismo et criminalita* (Turin, 1883), dans lequel il affirme que les conditions économiques ne peuvent à elles seules expliquer le phénomène criminel. Les ressources économiques ne constituent pas une cause exclusive de la délinquance. Le milieu social auquel se réfère Ferri comprend tout l'environnement de l'individu observé, c'est-à-dire à la fois l'environnement économique et l'environnement social mais aussi l'environnement normatif. « Le milieu social donne sa forme au crime mais celui-ci a sa source dans une constitution biologique anti-sociale, à la fois organique et psychique » (P. DARBEDA, « La sociologie criminelle d'Enrico Ferri », in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, pp. 167-168). De là le concept de l'anti-socialité développé par Ferri.

576Voir not. R. GASSIN, *op.cit.*, n° 215, p. 168. Pour Ferri, les criminels-nés et les criminels aliénés doivent être neutralisés, ne pouvant être socialement adaptés. Les délinquants d'habitude également doivent faire l'objet de mesures de réadaptation. Et s'agissant des criminels passionnels, la seule obligation de réparation du préjudice suffit.

577R. GAROFALO, *La criminologie, Étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Paris, Félix Acan, 2^{ème} édition, 1890, Préface de la première édition française (1887), p. 19.

578Il s'agit en fait ici de la définition par Garofalo du « délit naturel », c'est-à-dire « les actes auxquels tous les peuples tout au long de l'histoire de l'humanité ont attaché une réprobation sociale ». M. MORIQUENDI, *op.cit.* Cette conception du délit naturel sera critiquée par Ferri qui observe « que les violations d'autres sentiments tels que la pudeur, la religion, l'honneur peuvent être aussi immorales et nuisibles à la société », P. DARBEDA in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, p. 167.

579J.-Y. FRÉTIGNÉ in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, p. 152.

260.- Ainsi, dans le « lombrosisme »⁵⁸⁰, comme nous l'avons rappelé, la témébilité provient d'un atavisme. Par conséquent, « étant une survivance de l'homme le plus primitif dans une civilisation avancée, l'homme criminel ne peut pas ne pas être inadapte »⁵⁸¹.

261.- De surcroît, l'idée de réadaptation ou de (re)socialisation est presque inexistante dans l'œuvre de Garofalo - ce qui finalement découle de la logique de la croyance en un déterminisme qui ne laisse guère d'espoir de changement et d'amendement. En revanche, différents degrés d'adaptabilité sont distingués, auxquels correspondent des propositions de mesures spécifiques. Comme le souligne Raymond Gassin, le croisement des deux facteurs de l'état dangereux, témébilité et adaptabilité, aboutissent à quatre combinaisons possibles : « capacité criminelle élevée, mais adaptabilité satisfaisante ; capacité criminelle légère, mais adaptabilité réduite ; capacité criminelle élevée et adaptabilité réduite ; capacité criminelle légère et adaptabilité satisfaisante. [...] Ces diverses combinaisons débouchent inévitablement sur des formes diverses d'état dangereux »⁵⁸², amenant différentes préconisations des positivistes. Le degré de précaution à déployer face à chacune de ces catégories diffère donc en fonction de cette classification.

2) Les mesures préconisées à l'encontre des criminels dangereux par les positivistes et la prévalence de l'éloignement

262.- La philosophie des mesures positivistes comprend deux axes essentiels, que sont la défense sociale (**a**) et le primat de la personne sur ses actes (**b**). La finalité de ces mesures réside dans l'éviction, dans un but de protection de la société, des individus dont la personnalité recèle un état de dangerosité.

a) La défense de la société pour unique objectif

263.- Affirmant la prévalence de l'objectif de la défense de la société, Garofalo interroge, dès les premières phrases de *La criminologia* (1885). « Pourquoi faut-il qu'il y ait dans notre société contemporaine cette antinomie étrange : que la majorité à

⁵⁸⁰Nous empruntons ce néologisme à JEAN-CHRISTOPHE COFFIN, in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, p.1 36, qui, lui-même, l'a emprunté à d'autres lectures (il renvoie notamment à P. GUARNIERI, « Su Lombroso e il limbrosismo », *Passato e presente*, XVII, 2004, 141-50).

⁵⁸¹M. CUSSON, *op.cit.*, p. 37.

⁵⁸²R. GASSIN, *op.cit.*, p. 693.

laquelle on accorde la toute puissance, même là où son incompetence est visible, et son impartialité impossible, ne trouve des limites à sa souveraineté que dans un cas seulement, lorsqu'il s'agit de lutter contre la minorité la plus petite, la plus nuisible et la plus abjecte, celle des criminels ? Pourquoi déranger la plus grande partie de l'humanité en changeant les conditions d'existence sociale dans l'intérêt exclusif d'une poignée de non-valeurs ? Pourquoi ne faudrait-il pas au contraire extirper les individus inadaptables ? »⁵⁸³. De même, pour le marxiste Ferri, la défense de la société doit primer sur tout et puisque la criminalité découle d'un état pathologique incurable, la justice pénale doit seulement remplir une fonction de préservation de la société⁵⁸⁴.

264.- Il faut souligner encore une fois que les positivistes s'inscrivent en opposition avec le droit pénal classique/libéral à qui ils attribuent la montée de la délinquance, recrudescence qui n'a pas été démontrée par des statistiques mais qui effraie les mentalités. Lombroso critiqua d'ailleurs vivement le code pénal italien d'inspiration classique/libérale, qui selon lui, « en oubliant la société pour garantir à l'excès les droits de l'individu face aux risques de l'arbitraire et de l'intrusion de la loi, [...] se révèle incapable de répondre au déficit constitué par la montée exponentielle du crime »⁵⁸⁵. Pour les positivistes, le droit pénal classique et son principe phare de la légalité sont construits sur une conception abstraite du délit occultant la concrétude de la dangerosité du délinquant⁵⁸⁶.

265.- Pour Garofalo donc, le criminel, en violant la pitié et la probité que nous évoquons⁵⁸⁷, se place en dehors de la société, se positionnant ainsi comme « l'ennemi »⁵⁸⁸ de cette dernière, laquelle devient « la victime qu'il faut protéger ». Par

583R. GAROFALO, *op.cit.* pp. 16-17 de la version française. La seconde moitié de la citation avait été relevée notamment par J.-Y. FRÉTIGNÉ, in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, p. 151., pour lequel Garofalo, qui « passe à la postérité pour être l'inventeur du terme de criminologie, [...] est surtout le théoricien de la défense de la société ».

584Pour Enrico Ferri aussi, la défense de la société doit être privilégiée et « l'école positive, en démontrant la nature pathologique du délit, et en transformant par suite la justice pénale qui, de ch timent empirique de fautes morales impossibles à définir et d'instrument de domination pour une classe, [doit devenir] une fonction de préservation sociale », O BOSCH, « Eugénisme et socialisme en Italie autour de 1900. Robert Michels et l' « éducation sentimentale des masses » », in Mil neuf cent, n°18, 2000, pp. 81-108 (disponible sur <http://www.persee.fr>). Cité par P. DARBEDA, in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, p. 162.

585J.-Y. FRÉTIGNÉ, *op.cit.*, p. 155. L'auteur se réfère à un opuscule de LOMBROSO, *Troppo presto. Appunti al nuovo progetto di codice penale* (1888).

586Il « repose sur une conception abstraite du délit qui fait l'impasse sur la dangerosité concrète du délinquant ». M. CUSSON, *op.cit.*, p. 42.

587Voir *supra*.

588Nous étudierons infra l'émergence actuelle d'un droit pénal de l'ennemi, liée au choix d'une politique criminelle de précaution.

conséquent, les inadaptés que sont les criminels doivent être écartés de la société, ce que le droit pénal classique n'aurait pas su faire⁵⁸⁹.

266.- Légitimant cette primauté de la défense sociale, Ferri va jusqu'à préconiser la substitution de la notion de responsabilité sociale à celle de responsabilité morale (en relation avec le concept qu'il développe de l'anti-socialité). « Même si le criminel ne peut être jugé moralement responsable, il l'est socialement. La société est justifiée de réagir, non parce qu'il jouit de son libre arbitre, mais tout simplement parce qu'il est dangereux »⁵⁹⁰. Le criminel n'est pas responsable d'un point de vue moral, qui serait lié à sa volonté et à son libre arbitre, mais il l'est néanmoins vis-à-vis de la société à laquelle il cause assurément un tort.

267.- Les positivistes poursuivent donc l'objectif premier de protéger la société mais s'attachent moins à l'acte commis qu'au criminel lui-même et sa dangerosité. C'est notamment à travers cette focalisation sur la dangerosité que l'on peut observer, dans le projet positiviste, les prémices de l'usage de la précaution en matière pénale.

b) Une politique criminelle axée sur la personne du criminel

268.- En 1919, Ferri sera chargé de présider une Commission par le garde des Sceaux italien⁵⁹¹ (Garofalo en sera le vice-président). Le projet qui émane de cette commission entend instaurer « un système organique qui tienne compte avant tout des conditions personnelles des délinquants, outre la matérialité des faits délictueux. [...] Il s'agira de faire porter les efforts de la loi pénale non plus sur le délit, mais sur le délinquant.

⁵⁸⁹« Aux yeux des partisans de l'École positive de droit, la question des inadaptés, en tant que classe barbare, criminelle, voyante et donc repérable et classifiable, doit trouver une réponse que le droit classique, fondé sur la notion de libre arbitre et de responsabilité individuelle, est incapable de fournir. Les inadaptés doivent être écartés de la société, voire éliminés ». J.-Y. FRÉSIGNÉ in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, p.152.

⁵⁹⁰M. CUSSON, *op.cit.*, p. 42.

⁵⁹¹Le ministre de la Justice est Ludovico Mortara (1855-1937). A cette époque, l'Italie est gouvernée par Francesco Saverio Nitto (au pouvoir de 1919 à 1920). La commission Ferri a pour mission de réformer les lois pénales « en harmonie avec les principes et la méthode rationnelle de défense de la société contre le délit ». Voir J.-Y. FRÉSIGNÉ in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, p. 157. Rappelons qu'un code pénal d'inspiration classique/libérale a été adopté en 1889, sous le ministère du Garde des Sceaux Giuseppe Zanardelli (code fortement critiqué par Lombroso). Et que le rapport de la commission Ferri ne sera rendu qu'en 1921, alors que le commanditaire de ce rapport n'est plus en place (le nouveau ministre de la Justice est Luigi Ferrero), et, qu'enfin, l'on assiste à la chute du gouvernement libéral. En 1925, Ferri sera nommé membre de la commission pour le nouveau code pénal, qui deviendra le Code Rocco fasciste, promulgué en 1930. V. sur ce point, P. DARBEDA in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, p.163.

[...] Les réformes proposées [...] devront concilier les garanties des droits individuels avec celles des droits sociaux »⁵⁹² (il faut comprendre ici droit de la société et non droits sociaux et économiques, tels que ceux figurant dans le préambule de 1946⁵⁹³). Jean-Yves Frétigné souligne que ce « projet Ferri » qui situe, au centre de ses préoccupations, la défense des citoyens, déplace le regard du délit au délinquant. Par conséquent, tout est fonction du niveau de dangerosité présenté par le délinquant.

269.- Ainsi, Ferri préconise une prévention des causes multiples de la délinquance et l'instauration de substituts pénaux, qui « ne sont pas des mesures pénales substitutives mais des mesures non pénales concernant tout le champ sociétal afin de couper le crime à sa racine »⁵⁹⁴. Il s'agit, par l'emploi de ces substituts pénaux, de modifier le milieu social, qui parfois se révèle être une racine du crime et qui détermine l'état dangereux. Françoise Tulkens et Françoise Degniffe ont souligné cette focalisation de la réaction sociale positiviste sur l'homme, l'homme criminel, et non plus sur le délit comme le faisait l'École classique⁵⁹⁵.

592E. FERRI, cité par J.-Y. FRÉTIGNÉ in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, p. 157.

593 Voir *supra*, Chapitre 1, Section 1 : « Le rôle de l'État dans l'intégration de la notion de précaution ».

594P. DARBEDA in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op. cit.*, p. 163. Et GAROFALO, *op.cit.* p. 174 s. Garofalo examine les substituts pénaux préconisés par Ferri (tels que la liberté d'échange, les taxes sur la fabrication et la vente de l'alcool, la substitution de l'or et de l'argent aux billets de banque, dont la fausseté est difficilement reconnaissable, la construction de maisons ouvrière pour prévenir la délinquance de misère ou encore l'amélioration de l'éclairage nocturne contre le vol). Il conteste l'efficacité de certaines de ces propositions mais en retient certaines. « Il faut distinguer, parmi les propositions de M. Ferri, celles qui ont un but éducatif ou d'économie sociale, ou qui seraient des améliorations aux lois existantes, de celles qui tendent à supprimer les occasions de certains délits. Les premières sont un effet naturel et constant de la civilisation, et on peut en espérer une moralisation graduelle du peuple. Quant aux autres, elles ne sauraient avoir qu'une action limitée sur quelques spécialités criminelles ». Garofalo conclut alors que certaines des mesures proposées par Ferri sont « hors de la sphère d'action de l'État » et que « les mesures législatives pour prévenir le délit ne peuvent se rapporter généralement qu'à une bonne police, à une bonne administration de la justice, et à développer indirectement l'éducation morale publique, laquelle s'oppose à l'accroissement de certaines habitudes vicieuses, qui sont ordinairement la cause de crimes et de délits. Elles ne peuvent agir directement sur ces habitudes que dans quelques cas particuliers. [...] Hors ces cas, on ne saurait conseiller à l'État une intervention trop grande ni trop assidue dans l'exercice des droits individuels, ce qui, tout en ayant le but de prévenir la plus grande quantité possible de crimes, se traduirait en une violation insupportable de la liberté, et serait la cause de nouvelles révoltes. Donc : des écoles dirigées par des maîtres intelligents et moraux, l'institution d'asiles d'éducation, d'établissements agricoles pour les enfants pauvres ou abandonnés; défense de publications ou de spectacles obscènes[...] ».

595F. TULKENS et F. DEGNIFFE in CHRISTIAN DEBUYST (dir.), *op.cit.* , p. 195.

270.- Dans le même esprit, sont proposées des mesures de sûreté⁵⁹⁶, adaptées à chaque catégorie de délinquants selon les classifications établies⁵⁹⁷, dans l'objectif de soustraire ces derniers à la société⁵⁹⁸. Ces mesures initialement qualifiées de « mesures de défense » ont vocation à se substituer à la peine, qui n'a plus lieu d'exister dès lors qu'il ne s'agit plus de punir le délinquant⁵⁹⁹ pour son acte mais de l'éliminer pour sa dangerosité. Elles sont axées sur le degré de dangerosité du délinquant et non plus sur l'acte commis, ni sur sa culpabilité, notion renvoyant à la responsabilité morale récusée par les positivistes⁶⁰⁰. Elles doivent être déclenchées dès que la dangerosité d'un individu est « scientifiquement » démontrée. Leur fermeté (ségrégation, éloignement, enfermement, internement, déportation, élimination) et leur durée doivent être décidées à la mesure de la dangerosité. Aussi, tant que l'état dangereux persiste, la mesure doit perdurer (par précaution donc). Les mesures de sûreté sont donc indéterminées dans le temps⁶⁰¹.

271.- Le concept de dangerosité prend ainsi son ancrage dans les thèses criminologiques du 19^{ème} siècle pour renforcer son assise dans les temps plus contemporains. S'il est d'abord remis en question, il sera reformulé avec d'autres contours faisant valoir, pour une réponse pénale équilibrée, certaines dimensions plus humanistes.

B. LA DANGÉROSITÉ REVISITÉE PAR LA DÉFENSE SOCIALE NOUVELLE AU 20^{ÈME} SIÈCLE

272.- Le concept de dangerosité ne sera jamais définitivement abandonné même si il a été abondamment critiqué. En effet, malgré les controverses qu'il soulèvera au sein de la Défense sociale, on ne constatera pas de rupture franche avec lui. Il ne subira en réalité que des modifications (1) appelant des mesures différentes de celles préconisées par les positivistes (2).

596 Georges Levasseur définit les mesures de sûreté ainsi : « Les mesures de sûreté sont en effet des mesures sans coloration morale ; elles sont prises sans aucune considération de faute chez celui qui en est l'objet, et peuvent, dans ces conditions, intervenir pour protéger la société contre les infractions que risquent de commettre des personnes irresponsables ou des personnes à responsabilité partielle ou atténuée ». G. LEVASSEUR, « Politique criminelle : peines ou mesures de sûreté ? », (extrait du cours de droit pénal général complémentaire du professeur Georges Levasseur), Les Cours de droit, Paris 1960. Disponible sur <http://ledroitcriminel.free.fr>.

597 Voir *supra*.

598 Voir entre autres CHR. LAZERGES, *Introduction à la politique criminelle*, *op.cit.*, p. 17.

599 Comme le souligne le Dictionnaire des sciences criminelles, *op.cit.*, les mesures de sûreté sont « des mesures individuelles non rétributives contre des individus jugés dangereux. Quelque contenu qu'on lui donne, la mesure de sûreté est toujours opposée à la peine qui est par nature chargée d'un bl me » (article de J.-H. ROBERT, pp. 616-617).

600 Voir notamment, sur ce point, B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, Précis, 21^{ème} édition, 2009, pp. 67-68.

601 Voir *infra*.

1) De la Défense sociale à la Défense sociale nouvelle : l'intégration des notions de dangerosité et d'anti-socialité

273.- La Défense sociale est une école de pensée très proche, dans le temps, des positivistes chez qui elle reprend certains aspects de doctrine. Son rejet du déterminisme ne l'a pas éloignée d'une conception centrée sur la dangerosité. Ce thème demeurera une préoccupation majeure au point que l'on pourrait penser que la rupture annoncée avec les positivistes n'est que superficielle, au départ en tous cas, et qu'ainsi survit toujours l'idée sous-jacente qu'il faut prendre des précautions face à certains individus.

274.- Prins⁶⁰², considéré comme le précurseur du mouvement de Défense sociale, ne consacre-t-il pas une grande partie de son œuvre à l'état dangereux en mettant l'accent sur certaines carences, selon lui, du droit ? « L'École classique », déclare-t-il, « a passé à côté de toutes ces considérations [celles liées à l'état dangereux] ; les codes classiques se sont cantonnés dans un domaine très étroit en portant leur attention, quand il s'agit de l'application des mesures répressives, sur la gravité de l'acte commis et sur la volonté intelligente de l'agent, mais non pas sur le danger que cet agent présente en lui-même de façon continue »⁶⁰³. Cette critique adressée au droit pénal classique est très proche de celle émise par les positivistes⁶⁰⁴. Pour ces derniers comme pour Prins, l'idée de responsabilité morale conduit intrinsèquement à l'inefficacité de la justice. Cette notion entraînerait une scission entre ceux qui sont moralement responsables, et qui, par conséquent, subissent une peine, et les autres, considérés comme irresponsables moralement, qui sont confiés à l'institution médicale. Prins avance que ces derniers sont tout aussi dangereux, voire plus encore, que les premiers et qu'il

602A. PRINS (1845-1919), *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Paris, Misch et Thron, Collection du Professeur Lacassagne, 1910.

603 *Ibid.*, p. 70s. Prins poursuit ainsi : « Or, s'il y a un malaise aujourd'hui dans la justice répressive, si elle abuse des courtes peines, si elle témoigne de l'indulgence même pour des coupables endurcis, si les juges ont une tendance à se rapprocher du minimum même pour les récidivistes (*Enwurf eines allgemeinen Strafgesetzbuches für das Königreich Norwegen*, Motive. Berlin, 1907, p. 190s.), c'est qu'ils sont hypnotisés par l'idée de la responsabilité pénale; ils en constatent les défaillances et les lacunes; ils découvrent, chez les professionnels surtout, des tares héréditaires destructives de la liberté morale. De sorte que les plus défectueux étant au sens classique les moins coupables, la défense sociale est d'autant plus négligée que les principes relatifs à la responsabilité du coupable sont mieux respectés. La cause précise du malaise est donc celle-ci : la responsabilité est le pivot de la pénalité; l'idée de peine est indissolublement liée à celle de responsabilité; la responsabilité atténuée entraîne l'atténuation de la peine; l'irresponsabilité complète entraîne la suppression de la peine. Si vous lisez les auteurs classiques, il pourra vous sembler que tout ce qui est en dehors des limites de la responsabilité peut rester ignoré des magistrats répressifs et est aussi en dehors de la défense juridique. Eh bien ! Ces maximes sont fausses. Le traitement auquel il faut soumettre un esprit malade ou déséquilibré intéresse le médecin. La défense juridique qu'il faut accorder à la communauté intéresse l'autorité judiciaire. Mais ces deux choses sont distinctes et indépendantes l'une de l'autre. Il ne suffit pas que l'autorité médicale admette le trouble des facultés mentales pour que l'autorité judiciaire admette son incompétence et s'abstienne ».

604 Voir *supra*.

n'existe donc pas de raison justifiant que la société ne s'en protège pas. Son approche rejoint en grande partie celle de Ferri pour lequel ces criminels dangereux ne doivent pas être appréhendés sous le prisme de la fiction de la responsabilité morale mais sous celui de la responsabilité envers la société, notion qui, elle, s'avérerait plus palpable et mesurable, concrète en somme⁶⁰⁵. « Le criminel aliéné et irresponsable est tout aussi redoutable que le criminel responsable et sain d'esprit. La Société a un droit de défense contre tous les deux, et la défense ne peut pas être considérée comme assurée par cela seul que la justice pénale punit les délinquants normaux tandis que l'autorité administrative fait colloquer les malades »⁶⁰⁶.

275.- Aussi, Prins s'interroge sur la nature des mesures qui pourraient être efficaces pour ces délinquants « malades ». L'hospitalisation, dont la durée ne dépend que de l'avis du médecin qui n'étudie le délinquant qu'à l'aune de son état mental, est, selon lui, inefficace car elle ne tient pas compte de la défense de la société. La peine se révèle également inutile car elle est de durée limitée alors que l'état dangereux est immuable⁶⁰⁷. Les vertus « régénératrices » attribuées par la justice à la peine n'existent pas sauf pour des cas « exceptionnels », les malades dangereux étant considérés par Prins, comme inamendables. « Il y a des circonstances où l'on ne peut plus, soit considérer la peine comme uniquement destinée à punir une faute morale et à améliorer le coupable, soit considérer la collocation [l'internement psychiatrique] comme uniquement destinée à traiter un malade, mais où il faut prendre des mesures de sécurité et de protection sociale contre des délinquants dont l'état est dangereux, peu importe d'ailleurs que ces délinquants soient normaux ou anormaux. Et c'est alors dans le mode d'application des mesures qu'il restera à distinguer les individus susceptibles d'amélioration ou de guérison de ceux que l'on doit mettre hors d'état de nuire à la collectivité. Nous avons donc désormais à faire figurer au premier plan une notion qui avait

605 Voir *supra*.

606A. PRINS, *op.cit.*, p. 84.

607 *Ibid.*, pp. 84-85. Les mots de Prins sont les suivants : « A partir du moment où le délinquant atteint dans ses facultés mentales est interné dans un établissement d'aliénés, il appartient non aux juristes mais aux aliénistes qui ont à se demander, non pas à quel moment leur pensionnaire cesse d'être dangereux, mais à quel moment il cesse d'être aliéné; ces deux moments peuvent ne pas coïncider. Le Professeur Ballet écrit : « La durée de la séquestration, quand elle a lieu, est subordonnée à l'avis du médecin traitant qui reste juge de l'opportunité de la sortie comme le relevait mélancoliquement Ambroise Tardieu. Pour peu qu'il s'agisse d'une de ces folies à rémissions plus ou moins complètes, les aliénés les plus dangereux pourront être remis en liberté et la Société ne sera pas protégée contre le retour de leurs déplorables entraînements » La collocation d'un criminel aliéné n'est donc pas, dans tous les cas, et sans réserve possible, de la défense sociale, puisque sa durée dépendant des appréciations variables de médecins qui ont le droit de se placer uniquement au point normal n'est pas non plus, dans tous les cas, de la défense sociale, puisque sa durée, souvent trop limitée, dépend des impressions mobiles de juges qui, devenus hésitants sur l'essence et le but de la peine, sont généralement enclins à lui attribuer une force régénératrice et à considérer les coupables comme susceptibles de cette régénération, alors que c'est là une hypothèse exceptionnelle ».

été laissée dans l'ombre : celle de l'état dangereux du délinquant substituée à la conception trop exclusive de l'acte poursuivi »⁶⁰⁸. Prins défend donc, comme les positivistes, une définition de l'état dangereux en privilégiant de retenir l'état permanent de l'individu plutôt que son acte ponctuel, et, dans un souci de précaution, préconise, face cet état dangereux qu'il considère immuable, des mesures indéterminées dans le temps.

276.- Ce n'est finalement qu'en 1934, sous l'influence de Gramatica que la Défense sociale prend une réelle distance avec l'École positiviste⁶⁰⁹. Dans *Principes de Défense sociale*, Gramatica substitue la notion d'état dangereux à celle d'anti-socialité⁶¹⁰. Les vestiges d'une certaine filiation avec les positivistes peuvent néanmoins être observés, dans la mesure où Gramatica insiste aussi sur l'importance qu'il faut accorder au sujet au détriment de son acte délictueux⁶¹¹. Cependant, la conception du délinquant de Gramatica se distingue profondément de celle des positivistes. Pour Gramatica, le délinquant est, avant tout, un homme qu'il importe de resocialiser. Par conséquent, ce qui est important, selon lui, n'est pas la protection de la société mais la réintégration du criminel dans l'ordre social. On trouve ainsi dans la Défense sociale une humanisation de la conception du délinquant, humanisation qui avait été écartée par les positivistes au profit d'une focalisation sur sa dangerosité. Gramatica défendra l'idée que la protection de la société ne peut être atteinte que par le traitement des délinquants pour lesquels l'approche curative doit être privilégiée à l'approche pénale⁶¹².

608 Note de bas de page de l'auteur : « C'est à la session de l'Union internationale de Droit pénal tenue à Hambourg le 12 septembre 1905 que j'ai proposé d'adopter cette formule en l'appliquant à certains récidivistes (*Bulletin de L' Union internationale de Droit pénal*, vol. XIII, p. 426 et ss.) ». La citation poursuit : « En d'autres termes, un fait accompli peut être moins menaçant pris isolément, que l'agent qui l'a commis ; et punir cet agent pour un fait spécial en négligeant la nature permanente de son auteur, peut être un procédé complètement illusoire. Pour choisir les mesures à prendre, c'est l'état permanent de l'individu qu'il faut considérer plus que son acte passager. Et il s'agit de réagir contre la routine des tribunaux qui, ayant à juger tel individu pour tel délit, se bornent à appliquer la formule juridique fournie par le texte du code, sans se préoccuper du mode d'existence, du milieu, des instincts, des prédispositions, de la nature psychique de l'accusé » (*Ibid*, pp. 74-75.).

609 Voir entre autres Wilfried Jeandidier soulignant que ce n'est qu'« avec Gramatica [que] la défense sociale prend une toute autre coloration ». W. JEANDIDIER, *op.cit.*, n°51 (Les écoles de la défense sociale).

610 F. GRAMATICA, *Principe de Défense sociale*, Préface de Marc Ancel, Cujas, 1964. Nous avons vu que Ferri s'y référerait déjà mais celui-ci n'avait pas abandonné pour autant l'idée d'état dangereux permanent, faisant ainsi coexister état dangereux et antisocialité, V. *supra*.

611 « La thèse de Gramatica peut [ainsi] être résumée en deux volets : en premier lieu, celui de la subjectivisation du droit de la défense sociale, et en deuxième lieu, celui de l'antisocialité ». CH. DE BEAUREPAIRE, M. BÉNÉZÉCH, CH. KOTTLER, *Les dangerosités : De la criminologie à la psychopathologie, entre justice et psychiatrie*, John Libbey Eurotext, 2004, p. 36. Par subjectivisation, il faut entendre la prééminence donnée à l'individu délinquant.

612 Audrey Kiéfer souligne que Gramatica « préconise une assimilation organisée des délinquants, non dans le champ pénal qu'il récuse, mais dans un champ « curatif ». [...] La protection de la société passe par le traitement individualisé du déviant, reléguant alors au second plan la législation répressive formulée par le code pénal », A. KIÉFER, *Michel Foucault : le GIP, l'histoire et l'action*, Thèse soutenue en philosophie sous la direction de François Delaporte en novembre 2006 à l'Université de Picardie Jules Verne d'Amiens (80), p. 34. L'auteur

277.- La Défense sociale nouvelle s'est finalement construite sur la critique des deux doctrines classique et positiviste qu'elle entendait dépasser. Marc Ancel, qui deviendra le chef de file de cette école de pensée, distingue plusieurs étapes dans cette construction, jusqu'à l'adoption d'un programme minimum de défense sociale réconciliant toutes les tendances existant au sein du mouvement⁶¹³. Consacrée ainsi par l'œuvre importante de Marc Ancel, la Défense sociale nouvelle marquera un tournant décisif de l'histoire criminologique et pénale. Contrairement à la Défense sociale, pour laquelle l'état dangereux est un état figé, la Défense sociale nouvelle, si elle admet l'existence d'un état de périculosité, ainsi que le souligne Jean Danet⁶¹⁴, parie, quant à elle, sur le caractère réversible de cet état. Pour cette nouvelle école de pensée, la dangerosité doit se comprendre comme un état en possible mutation. Dans cette perspective, l'individu dangereux peut et doit être traité. Ce changement de regard porté sur la personnalité dynamique du délinquant signera une rupture

poursuit : « Chez Gramatica se pose la question de l'abolition pure et simple du droit pénal et des systèmes pénitentiaires, un droit de défense sociale y serait substitué. En aucun cas il ne recommande un emprisonnement. Il ne faut plus, selon lui, établir de procès-spectacle qui juge un individu selon l'acte qu'il a commis mais plutôt construire un diagnostic à fondement psychologique dominé par la recherche scientifique et anthropologique. Pour Gramatica, il est possible de gérer le délinquant en dehors du champ pénal ».

613Il distingue six étapes : la première étape est constituée par le positivisme italien (rejet de l'idée de libre arbitre, la prééminence du déterminisme, l'exclusion de la notion de responsabilité morale) ; la seconde étape est l'apparition de la Défense sociale comme doctrine autonome avec A. Prins (celui-ci propose notamment la possibilité de prononcer des peines antérieures à la commission d'infractions et renouvelables autant de temps que l'état dangereux perdure) ; la troisième étape est marquée par le travail de deux auteurs belges, E. Vandervelde et L. Vervaeck, qui ont contribué à entériner les idées de Prins dans leur pays, en propageant le mouvement dans le monde (En France, avec la loi de 1885 sur la relégation – à cette époque, l'entre deux-guerres, l'opposition entre libre arbitre et déterminisme s'essouffle et d'autres idées prennent le pas, notamment celle de l'individualisation des peines avec R. Saleilles) ; la quatrième étape commence avec l'expérience des régimes totalitaires, qui en recourant à des mesures de sûreté et des mesures de défense sociale donnent l'apparence d'un renforcement de la défense sociale, et s'achève avec la parution de la Défense sociale nouvelle de M. Ancel en 1954, dans un contexte humaniste en réaction au totalitarisme ; la cinquième étape, après 1954, donc postérieurement à la première édition de *La Défense sociale nouvelle*, est marquée par la réconciliation des deux tendances au sein du mouvement : les abolitionnistes tel Gramatica voulaient substituer intégralement un système de défense sociale au droit pénal (pour une approche abolitionniste plus récente, voir L.H.C. HULSMAN, « Une perspective abolitionniste du système de justice pénale et un schéma d'approche des situations problématiques », in CH. DEBUYST, *op.cit.*, pp. 7-16) ; les autres, entendaient faire cohabiter les idées de défense sociale avec le droit pénal. C'est cette deuxième tendance, considérée comme progressiste par rapport à la première jugée extrémiste que M. Ancel mettra en avant sous le nom de Défense sociale nouvelle et qui marquera la réconciliation avec l'adoption d'un programme minimum de défense sociale ; la sixième et dernière étape qui couvre la période postérieure aux années 60-70 est initiée par l'adoption de la loi du 11 juillet 1970 (qualifiée par certains de loi de défense sociale ; sur ce point, voir A. VARINARD, « Politique criminelle et tendances de la législation pénale française contemporaine », *Déviante et société*, 1983 - Vol. 7, n° 2. pp. 155-169). Cette dernière étape voit les idées de la défense sociale intégrées aux législations pénales. A propos de ces différentes étapes de formation de la Défense sociale nouvelle, voir notamment B. DREYFUS, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, L'Harmattan, 2010.

614J. DANET, «La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *Champ pénal*, Vol. V, 2008. Jean Danet cite Marc Ancel : « Cette protection sociale, la Défense sociale entend la réaliser gr ce notamment à un ensemble de mesures extra-pénales, au sens strict du mot, destinées à neutraliser le délinquant, soit par élimination ou par ségrégation, soit par l'application de méthodes curatives ou éducatives ; et l'on retrouve ici les rapports évidents entre les idées de la défense sociale et la notion de périculosité telle que l'avait dégagée notamment l'Union Internationale de droit pénal. » Et l'auteur conclut que « La dangerosité, l'objectif de neutralisation du délinquant par élimination ou ségrégation et ceci par des mesures extra-pénales, sont là, explicitement visées, en 1966 » (*Ibid.*, § 56).

épistémologique avec les thèses des positivistes et de la Défense sociale sur l'immuabilité et la permanence de la personnalité du délinquant et de sa dangerosité.

2) Les mesures recommandées par la Défense sociale nouvelle et la prééminence du traitement

278.- L'humanisme contenu dans la pensée de la Défense sociale nouvelle conduit à entrevoir l'espoir d'un changement de vision de la philosophie pénale et la possibilité d'un traitement des individus dangereux. Porté par ce courant, Gramatica propose essentiellement des mesures préventives, curatives et éducatives à l'égard des individus antisociaux, qu'il considère comme irresponsables⁶¹⁵. Celui-ci s'oppose à un droit pénal répressif croyant en l'efficacité d'un seul système curatif.

279.- Marc Ancel, dans *La Défense sociale nouvelle*, montre quant à lui, plus de modération : s'il privilégie la voie du traitement, il n'en appelle pas pour autant à l'abolition du droit pénal⁶¹⁶. Sont ainsi préconisées des mesures *ante delictum* mais est aussi mise en avant une nouvelle idée de la peine, qui ne doit plus servir à une punition ou à une rétribution mais doit être conçue comme un moyen de réadaptation.

280.- Pour la Défense sociale nouvelle, à l'inverse des positivistes, aucune mesure ne doit comporter pour seule fonction l'élimination. De même, le souci de précaution ne doit pas l'emporter sur l'humanisation nécessaire du droit pénal⁶¹⁷. Ainsi, toutes les mesures

⁶¹⁵Filipo Gramatica « propose de faire reposer la protection de la société sur des mesures préventives, curatives et éducatives concernant les individus atteints d'une « antisocialité subjective », [...] considérant de telles personnalités comme irresponsables » mais « le caractère outrancier de ces conceptions les rend difficilement applicables, d'autant plus qu'elles ne sont pas tout-à-fait adaptées aux particularités psychopathologiques des délinquants. [...] Leur reconnaître une totale irresponsabilité vis-à-vis de leurs comportements antisociaux risque [selon Pierre Deltei] d'entraîner des conséquences dommageables pour eux-mêmes, pour l'efficacité des sanctions prises à leur égard et pour la garantie d'un traitement équitable ». P. DELTEI, *Justice, un extraordinaire gâchis: de la justice vindicative à la justice réhabilitante*, L'Harmattan, 2008, pp. 135-136. Pierre Deltei opère une nette distinction entre délinquants normaux et délinquants malades (sans utiliser, toutefois, ces termes). Il écrit aussi que « L'atténuation de la responsabilité des sujets présentant des troubles psychiques ou caractériels pathologiques, avec pour conséquence l'adoucissement de la sévérité de la sanction, aboutit à remettre rapidement en liberté des délinquants, qui du fait de leur fragilité mentale et de leurs tendances caractérielles asociales sont particulièrement prédisposés à récidiver » (P. DELTEI, *Des justices à la justice : l'élaboration de l'esprit de justice*, L'Harmattan, 2005, p. 383).

⁶¹⁶Voir notamment J. DANET, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *op.cit.*

⁶¹⁷Georges Levasseur écrit à propos des objectifs de la Défense sociale nouvelle : « Protéger la société certes et par une réaction directement inspirée par la personnalité et la périculosité du délinquant, mais en vue de parvenir à une « resocialisation » qui ne peut se développer que par une humanisation croissante du droit pénal nouveau ». G. LEVASSEUR, « Réformes récentes des matières pénales dues à l'École de défense sociale nouvelle » in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à M. Ancel*, t. II, Paris, Pedone, 1975,

auxquelles adhère la Défense sociale nouvelle y compris la peine, qui n'est donc pas abandonnée par Marc Ancel, se tournent vers un objectif commun de resocialisation⁶¹⁸, qui est aujourd'hui, en partie, réactivé par la loi du 15 août 2014⁶¹⁹. En effet, en réaffirmant l'objectif et la finalité de resocialisation de la peine et en créant la contrainte pénale, peine exercée en milieu ouvert et visant l'intégration sociale, la loi du 15 août 2014 manifeste son attachement à la conception d'une personnalité dynamique⁶²⁰.

281.- Pourtant, ce positionnement de l'humanisation au-dessus de la précaution apparaît avoir été largement mis à mal depuis 2002. La notion de dangerosité, telle qu'elle est actuellement utilisée, a conduit à l'inversion de cette hiérarchisation. Même si la loi du 15 août 2014 a opéré un certain rééquilibrage⁶²¹, elle est pour l'instant la seule réforme en ce sens depuis 2002. Cela ne permet donc pas d'affirmer que cette loi a totalement réinversé cette hiérarchisation⁶²².

II. LA NOTION DE DANGÉROSITÉ AUJOURD'HUI

282.- Le thème de l'insécurité n'est pas donc nouveau mais il domine depuis une quinzaine d'années l'actualité médiatique à l'occasion d'événements criminels tragiques et exceptionnels⁶²³. Il impose alors au centre des débats publics et juridiques la question de la dangerosité et de la récidive des auteurs d'infractions. Ces débats, leur récurrence et la manière dont ils préoccupent les décideurs politiques confrontés à l'opinion des citoyens,

p. 39. Cité par F. TULKENS et F. DIGNEFFE in CH. DEBUYST (dir.), *op.cit.*, p. 197.

618 Voir notamment : « M. Ancel, La défense sociale nouvelle », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 6, n°4, Octobre-décembre 1954. pp. 842-847. « L'idée maîtresse de cette conception, telle que nous l'expose Marc Ancel, c'est que la peine doit être considérée uniquement comme l'instrument d'une politique criminelle réaliste et efficace au service du bien commun, et qu'à ce titre il convient de lui assigner pour fonction primordiale la réadaptation sociale du délinquant, seule de nature à concilier la protection de la collectivité avec l'intérêt véritable de l'individu à qui elle restituera sa pleine valeur de personne humaine consciente de sa dignité et de ses responsabilités ». Voir aussi, pour la seconde édition, « M. Ancel, La défense sociale nouvelle, T éd. », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 20 N°1, Janvier-mars 1968. pp. 213-217. « Certes le lecteur y retrouvera affirmées les idées fondamentales dont l'auteur s'était précédemment inspiré. Il s'agit toujours, au nom d'une politique criminelle à la fois humaniste et réaliste, d'assigner pour but aux institutions pénales la réadaptation de l'individu, par des moyens qui respectent en lui la dignité de la personne et de la sorte, en réalisant son retour à la vie normale, de concilier finalement l'intérêt du coupable avec la protection efficace du corps social ».

619 Voir *infra*. Mais nous verrons que cette loi poursuit, dans une certaine mesure, la tendance précautionniste.

620 Voir *infra* sur la contrainte pénale, que nous étudierons en détails, et voir *infra* également sur la fonction de resocialisation de la peine remise en avant par la loi du 15 août 2014 (Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1).

621 Voir *supra*.

622 Voir *infra* (Conclusion de ce chapitre).

623 Voir *supra*.

ainsi que les actions engagées par eux ne cessent de s'amplifier et connaissent à partir des années 2002, un mouvement qualifié de « véritable frénésie sécuritaire »⁶²⁴. La dangerosité des personnes (ou bien leur caractère dangereux) apparaît dès lors comme « un concept à la mode »⁶²⁵.

283.- En effet, lorsqu'on étudie la politique criminelle actuelle, on constate que le concept de dangerosité est toujours d'usage. Pour autant, si son sur-emploi s'avère conjoncturel, ce que nous étudierons en relation avec le contexte dans lequel il s'intègre (**A**), ce concept recèle aussi la rémanence du problème de la défense de la société (**B**). Ces deux aspects complémentaires, l'usage de la notion de dangerosité et le souci sécuritaire porté à son paroxysme, s'érigent en justificatifs de l'application du principe de précaution en matière pénale en même temps qu'ils en sont des illustrations. Comme nous l'avons déjà souligné, le principe de précaution n'a de raison de s'appliquer que pour protéger un objet défini (l'environnement, la santé, ici la société civile) face à d'autres objets dont l'innocuité est incertaine (des produits ou techniques probablement nocives, ici des individus probablement dangereux).

A. LA RÉ-ÉMERGENCE DE LA NOTION DE DANGÉROSITÉ

284.- La notion de dangerosité connaît aujourd'hui un franc succès, bien qu'il faille préciser, que dans l'histoire criminologique, elle n'a jamais été totalement abandonnée, ne serait-ce que parce qu'elle est sous-jacente à l'idée même de prévention⁶²⁶ et à certaines mesures pénales ou extra-pénales⁶²⁷. Par contre, l'évolution des rapports noués entre elle et le droit pénal démontre un accroissement de son poids en matière de lutte contre la délinquance (1). Cet essor peut s'expliquer par l'apparition ou la révélation de certaines

⁶²⁴Xavier Lameyre souligne que « Depuis une quinzaine d'années, le thème de l'insécurité domine de façon récurrente l'actualité des médias dès que des événements criminels, aussi tragiques qu'exceptionnels, se produisent ; la notion de dangerosité des auteurs d'infractions, couplée à la problématique de leur récidive, ne cesse d'amener les débats publics et d'occuper les décideurs politiques, évidemment soucieux de l'opinion que les citoyens peuvent avoir de leur action. [...] A partir des années 2000, illustrant le mouvement de « véritable frénésie sécuritaire » (L. MUCCHIELLI (dir.), *op.cit.*, p.8) ». X. LAMEYRE, « Les dangers de la notion de dangerosité » in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, pp. 311-322, ici, pp. 312-313.

⁶²⁵M. AGRAPART, « La dangerosité criminologique : un concept à la mode » in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, pp. 301-310.

⁶²⁶Voir en ce sens, M. KALUSZYNSKI, « Le retour de l'homme dangereux. Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages », *op.cit.*

⁶²⁷Voir notamment sur ce point la thèse d'Arnaud Coche : A. COCHE, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal*, Étude de droit français, Thèse de la faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, PUAM, 2005.

menaces dont les caractères incontrôlable, imprévisible et incertain, provoquent des inquiétudes exacerbées au point qu'ont pu être désignées des « figures de dangerosité » (2). Singulier et pragmatique, l'emploi de la notion de dangerosité en matière criminelle n'est pas sans rappeler le fonctionnement du principe de précaution⁶²⁸. Il s'agira dès lors de désigner des dangereux dont il faudra à tout prix, par précaution, se protéger⁶²⁹.

1) Les évolutions des rapports entre le droit pénal et la dangerosité

285.- Le droit pénal et la dangerosité entretiennent des relations de proximité anciennes. Même si la notion de dangerosité (ou d'état dangereux⁶³⁰) prend de nouvelles marques, elle n'a jamais totalement quitté les différentes écoles de pensée et le droit pénal. Ce qui fait dire à Jean Danet qu'elle est une notion certes mutante mais séculaire⁶³¹. Dans le passé, elle apparaissait de manière implicite, sans être nommée, guidant la détermination de certaines mesures, constituant parfois le motif-même d'autres mesures⁶³².

286.- Sous l'empire de l'ancien code pénal de 1810, il existait des mesures permettant d'éloigner de la société les personnes jugées dangereuses. Ces mesures n'étaient pas qualifiées de mesures de sûreté par le code lui-même, mais la doctrine a très tôt opéré une distinction entre la peine proprement dite et les mesures dont le seul but était de protéger la société. Comme le souligne Julie Alix, ces « mesures de sûreté » ont progressivement été remplacées par des mesures extra-pénales, curatives ou éducatives⁶³³. Le nouveau code pénal de 1992 les a complètement abolies pour adopter un système unitaire⁶³⁴, et pour les peines et pour les différentes réponses du droit pénal à la dangerosité, avec pour référence le régime des peines considéré comme plus protecteur de l'individu. Julie Alix évoque alors une « absorption des mesures de sûreté par les peines », « absorption rendue possible par la multiplication des peines (privatives ou restrictives de liberté ou de droits, pécuniaires) et par la diversité des fonctions qui leur étaient assignées (rétribution, prévention générale et

628 Voir *infra*.

629 Comme nous l'avons vu *supra*, la logique de précaution procède par la désignation de l'inacceptable (Voir Introduction).

630 Voir CH. LAZERGES, « L'irruption de la dangerosité dans les décisions du Conseil constitutionnel » in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES, (DIR.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, IRJS Éditions, Coll. « Les voies du droit », 2011, p. 80.

631 Voir J. DANET, « La dangerosité, une notion séculaire et mutante », *op.cit.*

632 Voir J. ALIX, « Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France » in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES, *op.cit.*, p. 50s.

633 *Ibidem*.

634 Voir *infra* pour une comparaison avec d'autres systèmes européens (Partie 2, Titre 1, Chapitre 2).

spéciale, réinsertion/rééducation), [ce] qui permettrait de conférer aux peines des objectifs tournés à la fois vers le délinquant et vers la société, et ainsi de remplir dans le même temps les objectifs assignés aux peines et aux mesures de sûreté »⁶³⁵. Il faut souligner ici que la dangerosité prise en compte par le code pénal de 1992 n'est que celle révélée par la commission d'une infraction, « l'infraction [étant alors] érigée en filtre de la dangerosité »⁶³⁶. Si le code pénal de 1992 n'y fait pas explicitement référence, préférant fonder la dangerosité et donc les mesures motivées par elle dans le régime unifiant des peines⁶³⁷, très vite la dangerosité refait surface en tant que critère autonome légitimant certaines précautions.

287.- En effet, depuis une quinzaine d'années, et de façon plus marquée encore récemment, les notions de dangerosité et de mesures de sûreté retrouvent une indépendance par rapport à l'infraction et à la peine. Par les décisions du 2 mars 2004, du 8 décembre 2005 et du 21 février 2008, le Conseil Constitutionnel consacre l'existence, aux côtés de la peine, de « mesures » qui doivent, en raison de leur particularité, obéir à un régime différent de la peine⁶³⁸. Ainsi, « avec ces mesures, la réponse à la dangerosité s'est partiellement autonomisée par rapport au droit pénal »⁶³⁹.

288.- Mais le premier tournant de la prise en considération explicite de la dangerosité est d'abord réalisé avec l'adoption de la loi n°78-1097 du 22 novembre 1978 modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté⁶⁴⁰. Cette loi de 1978 instaure une période de sûreté annexée sur une dangerosité particulière de certains condamnés qui serait révélée par la commission d'infractions précisées par la loi⁶⁴¹. Aux termes de l'article 132-23 du code pénal, la période de sûreté est obligatoire lorsque deux conditions sont réunies : quand l'infraction fait partie de la liste prévue par la loi (cette liste comprend, par exemple, le meurtre aggravé avec préméditation ou guet-apens de l'article 221-3 du code pénal, le génocide de l'article 211-11 du code pénal, le crime contre l'humanité défini à l'article 212-1 du code pénal, le meurtre

635 *Ibid.*, p. 53. Nous étudierons les évolutions des fonctions de la peine dans la Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Voir *infra*.

636 *Idem*. Voir cependant *infra* sur le lien entre infraction et dangerosité.

637 *Idem*.

638 DC n° 2004-492 du 2 mars 2004, DC n° 2005-527 du 8 décembre 2005 et DC n°2008-562 du 21 février 2008.

639 J. ALIX, in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *op.cit.*, p. 55

640 JO du 23 novembre 1978.

641 Sur ce tournant opéré par la loi du 23 novembre 1978, voir J. ALIX in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *op.cit.*, pp. 57-58.

aggravé en raison des qualités de la victime⁶⁴² prévu à l'article 221-4 du code pénal - cette liste des infractions faisant encourir une période de sûreté obligatoire a été allongée notamment en 1994⁶⁴³) et quand la condamnation prononcée par la juridiction est supérieure ou égale à 10 ans fermes⁶⁴⁴. Durant cette période de sûreté, le condamné ne pourra bénéficier d'aucun aménagement de peine ni de libération⁶⁴⁵. Il s'agit des prémisses de l'application du principe de précaution au domaine pénal dès lors que c'est dans un souci sécuritaire de précaution que certains condamnés, jugés particulièrement dangereux, doivent être tenus enfermés sans aucun assouplissement possible.

289.- Quelques années plus tard, la loi n°84-89 du 1^{er} février 1994 instaurant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions du code de procédure pénale (adoptée avant même l'entrée en vigueur du nouveau code pénal)⁶⁴⁶ signe l'intérêt porté à la dangerosité de certains criminels. Elle institue une sorte de présomption de dangerosité⁶⁴⁷ pesant sur les auteurs d'infractions violentes graves sur mineurs en leur appliquant la « perpétuité réelle »⁶⁴⁸. L'article 221-3 du code pénal relatif à l'assassinat (passible d'une période de sûreté) prévoit que si la victime est mineure de 15 ans et que l'assassinat est précédé ou accompagné de viol, d'actes de torture ou de barbarie, la cour d'assises peut, par décision spéciale, porter la période de sûreté à 30 ans ou si la réclusion criminelle à perpétuité est prononcée, décider que la période de sûreté sera perpétuelle. L'article 221-4 du code pénal concernant le meurtre aggravé dispose également que si la victime est mineure de 15 ans et que le meurtre aggravé est précédé ou accompagné d'actes de torture ou de barbarie, la cour d'assises peut, dans les mêmes conditions, prononcer une période de sûreté de 30 ans ou perpétuelle. Relevons ici que ces dispositions ont été étendues par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 dite LOPPSI 2⁶⁴⁹ aux meurtres sur personnes

642Cela concerne les mineurs de 15 ans, les ascendants, les personnes vulnérables et les dépositaires de l'ordre public.

643Lorsqu'une peine de réclusion criminelle est encourue, une période de sûreté est presque toujours prévue par le code pénal.

644La période de sûreté peut aussi être prononcée à titre facultatif pour n'importe quelle infraction, à la condition que la peine prononcée soit supérieure ou égale à 5 ans fermes (article 132-23 du code pénal).

645Article 132-23 du code pénal.

646Cette loi a été votée suite à un fait divers (voir *supra* à propos de la survalorisation du fait divers). Le martyre et le meurtre d'une petite fille de 8 ans dans la région de Perpignan par Patrick Tissier (multirécidiviste) ont motivé cette loi.

647A propos des présomptions de dangerosité, voir *infra* (Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2).

648Pour Julie Alix, cette loi du 1^{er} février 1994, en instaurant la perpétuité réelle, pose une présomption de dangerosité se résumant en l'équation selon laquelle le fait d'avoir été violent avec mineur signifie que l'on présentera une dangerosité future. Il s'agit du point de départ d'une nouvelle philosophie pénale. J. ALIX in G. GIUDICELLI-DELAGÉ et CH. LAZERGES (dir.), *op.cit.*, pp. 58-59.

649LOPPSI signifie « loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure ».

dépositaires de l'autorité publique s'ils ont été commis avec préméditation ou en bande organisée⁶⁵⁰. Le Conseil constitutionnel a validé la loi du 1^{er} février 1994 ainsi que l'extension par la LOPPSI 2⁶⁵¹.

290.- A partir des années 2000 (bien qu'en 1998, déjà, fut instauré le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels, considérés ainsi comme recelant une dangerosité particulière⁶⁵²), plusieurs lois ont été adoptées, visant de manière expresse ou sous-jacente la dangerosité de certains délinquants⁶⁵³. Le souci éveillé par la dangerosité a été clairement affiché à partir de la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, puis avec celle n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. On trouve à l'origine de ces lois les travaux commandités par le gouvernement dont l'intitulé des rapports produits est explicite : « Santé, justice et dangerosité [...] », sous la direction de Jean-François Brugelin⁶⁵⁴, « Réponses à la dangerosité », rédigé sous l'autorité de Jean- Paul Garraud⁶⁵⁵, et plus récemment, « Amoindrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux », sous la direction de Vincent Lamanda⁶⁵⁶. Ce dernier rapport se démarquera des deux premiers notamment dans ses préconisations sur la généralisation de la prise en charge médico-sociale, psychologique et éducative des condamnés les plus dangereux, dès le début de l'exécution de leurs peines.

291.- Par ailleurs, il faut souligner, avec Christine Lazerges, que le Conseil constitutionnel a avalisé les lois s'appuyant indirectement sur la dangerosité de certains auteurs d'infraction, consacrant lui aussi, par là même, fut-ce implicitement, la notion de dangerosité. Christine Lazerges y entrevoit les « signes avant-coureurs d'une future

650 Cette extension du champ d'application de la « perpétuité réelle » a consacré la volonté exprimée par Nicolas Sarkozy suite au meurtre d'un policier commis par un membre de l'ETA en 2010.

651 Décision n° 93-334 DC du 20 janvier 1994 et décision du Conseil constitutionnel n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 (partiellement conforme).

652 Loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs. Nous reviendrons *infra* sur le suivi socio-judiciaire (Partie 2, Titre 2, Chapitre 1).

653 Voir recensement des lois pénales récentes *supra*.

654 « Santé, justice et dangerosités : pour une meilleure prévention de la récidive », Rapport de la Commission santé- justice, présidée par J.-F. BURGELIN, sur la mission confiée par le Ministre de la justice et le Ministre de la santé et des solidarités, Juillet 2005, disponible à la Documentation française.

655 « Réponses à la dangerosité », Rapport sur la mission parlementaire confiée par le Premier ministre à J.-P. GARRAUD, sur la dangerosité et la prise en charge des individus dangereux, Octobre 2006, disponible à La Documentation française.

656 « Amoindrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux », Rapport à Monsieur le président de la République, par V. LAMANDA, Premier président de la Cour de cassation, 30 mai 2008, disponible à la Documentation française.

consécration de la dangerosité comme justification d'une répression accrue »⁶⁵⁷. Pour l'auteure, trois décisions du Conseil constitutionnel, celle du 29 août 2002, celle du 13 mars 2003 et celle du 2 mars 2004, « légitiment sans réserve ou avec peu de réserves un durcissement flagrant du discours répressif de la majorité parlementaire se traduisant dans la loi aussi bien pour les mineurs, figures dangereuses, que pour les majeurs »⁶⁵⁸.

292.- Plus précisément, dans sa décision du 29 août 2002 sur le projet de loi d'orientation et de programmation pour la justice dite Perben 1⁶⁵⁹, le Conseil constitutionnel valide deux modifications importantes de l'ordonnance du 2 février 1945 qui peuvent s'analyser en des réformes motivées par la dangerosité potentielle des mineurs, sans toutefois qu'il n'y soit fait explicitement référence : l'instauration de sanctions éducatives⁶⁶⁰ et la réapparition des centres fermés⁶⁶¹.

293.- Dans sa décision du 13 mars 2003 relative au projet de loi pour la sécurité intérieure⁶⁶², le Conseil constitutionnel semble aussi donner son aval à une politique sécuritaire fondée sur la dangerosité de certains individus, et notamment des étrangers. Le projet en question prévoyait le retrait de la carte de séjour pour les personnes soupçonnées d'avoir commis certains faits, mesure que Christine Lazerges et Dominique Rousseau analysent en une « mesure de sûreté, préventive d'un soupçon de dangerosité »⁶⁶³. Le Conseil n'invalide pas cette disposition, n'émettant qu'une réserve d'interprétation floue⁶⁶⁴.

657CH. LAZERGES *in* G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *op.cit.*, p. 81.

658*Ibidem*.

659DC 29 août 2002 n° 2002-461. Voir aussi *infra* sur cette décision.

660Christine Lazerges évoque, à propos de ces nouvelles sanctions éducatives, la création d'une triple voie, utilisant des peines complémentaires (si l'on regarde de près les différentes sanctions éducatives existantes, on s'aperçoit qu'elles sont fortement similaires, pour certaines d'entre elles, aux peines complémentaires existant pour les majeurs) qui échappent au régime des peines et relèvent de celui des mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation, et surtout, sont motivées, en arrière plan, par la dangerosité et le risque de récurrence des mineurs concernés. CH. LAZERGES *in* G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *op.cit.*, pp.82-83 ; CH. LAZERGES, « La sanction des mineurs : la fuite en avant ? Ou de la loi du 9 septembre 2002 à son application » *in* *Apprendre à douter. Études offertes à Claude Lambois*, Pulim, 2004, p. 525 ; CH. LAZERGES, « La mutation du modèle protectionniste des mineurs », *op.cit.*

661Selon Christine Lazerges, dans cette décision, le Conseil constitutionnel, après avoir avaisé les importantes modifications de l'ordonnance de 1945, consacre, « comme pour se dédouaner », un principe fondamental reconnu par les lois de la République du primat de l'éducatif sur le répressif. CH. LAZERGES *in* CH. LAZERGES et G. GIUDICELLI DELAGE, *op.cit.*, p. 83.

662DC du 13 mars 2003 n° 2003-467.

663CH. LAZERGES *in* G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *op.cit.* p. 83. Référence faite à D. ROUSSEAU, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 13 mars 2003 », *Revue de droit public*, 2003, p. 1147.

664En effet, comme le souligne Christine Lazerges, le Conseil constitutionnel précise qu'il faut entendre par « personnes passibles de poursuites les seuls étrangers ayant commis les faits qui les exposent à l'une des condamnations prévues par la disposition du code pénal auquel renvoie l'article 75 de la loi ». L'auteure

294.- En 2004, lorsqu'il a à examiner la conformité de la loi Perben 2 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité⁶⁶⁵, le Conseil constitutionnel est également saisi de dispositions implicitement motivées par la dangerosité : est instaurée une procédure pénale d'exception en raison de la dangerosité particulière de la criminalité organisée ; est aussi créé le Fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles (ci-après FIJAIS), lesquels doivent se soumettre à différentes obligations constituant des mesures de sûreté justifiées par leur probable dangerosité même si le terme de dangerosité n'apparaît pas dans la loi. Le Conseil constitutionnel valide, là encore, une loi où la prise en considération de la dangerosité de certains atteint son paroxysme avec l'accroissement de la surveillance et de la sévérité de la répression. Pour lui, s'agissant des obligations liées au FIJAIS, celles-ci ne sont que des mesures de police.

295.- Ensuite, par deux fois, en 2005 et en 2008, le Conseil constitutionnel a expressément consacré l'existence juridique de la notion⁶⁶⁶. « La « dangerosité » entre dans le vocabulaire du Conseil constitutionnel »⁶⁶⁷ et « le dédoublement du droit pénal dans ses fondements ne fait plus de doute avec la consécration de la dangerosité comme justification de mesures qui échappent au droit des peines à la suite de la commission de certaines infractions dont la liste s'accroît au fil des réformes »⁶⁶⁸. Le Conseil constitutionnel a donc accompagné les réformes pénales visant implicitement comme explicitement la possible dangerosité de certains individus en accordant son aval au législateur. S'agissant de ces décisions relatives aux lois de 2005 et de 2008, il avalise l'utilisation explicite de la notion de dangerosité.

296.- La loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales insère, en effet, dans le code de procédure pénale une nouvelle section intitulée « *Des dispositions relatives à la « surveillance judiciaire des personnes dangereuses*

remarque que « la formule est floue et insuffisante, une personne ayant commis l'infraction n'est pas une personne jugée définitivement. La formule laisse place à l'arbitraire [...] ». CH. LAZERGES *in* G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.) *op.cit.*, p. 84. Pour Jean-Eric Schoettl, à l'inverse, la formule du Conseil constitutionnel est satisfaisante : les « personnes passibles de poursuites » sont celles dont l'infraction est flagrante. J.-E. SCHOETTEL, « La loi pour la sécurité intérieure devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 28 mars 2003, cité par CH. LAZERGES, *op.cit.*

⁶⁶⁵DC du 2 mars 2004 n° 2004-467.

⁶⁶⁶Entre ces deux dates, le Conseil constitutionnel a encore validé une loi visant implicitement la dangerosité y compris des mineurs, la loi du 10 août 2007 instaurant les peines planchers. DC du 9 août 2007 n° 2007-554. Voir sur ce point CH. LAZERGES *in* G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *op.cit.*, p. 89s.

⁶⁶⁷*Ibid.*, p. 87.

⁶⁶⁸*Ibidem.*

condamnées pour crime ou délit » (Section IX). Le premier article de cette section, l'article 723-29, définit ainsi la surveillance judiciaire : « *Lorsqu'une personne a été condamnée à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à sept ans pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru ou d'une durée supérieure ou égale à cinq ans pour un crime ou un délit commis une nouvelle fois en état de récidive légale, le tribunal de l'application des peines peut, sur réquisitions du procureur de la République, ordonner à titre de mesure de sûreté et aux seules fins de prévenir une récidive dont le risque paraît avéré, qu'elle sera placée sous surveillance judiciaire dès sa libération et pendant une durée qui ne peut excéder celle correspondant au crédit de réduction de peine et aux réductions de peines supplémentaires dont elle a bénéficié et qui n'ont pas fait l'objet d'une décision de retrait* ». Et l'article 723-31 de préciser que « *Le risque de récidive mentionné à l'article 723-29 doit être constaté par une expertise médicale ordonnée par le juge de l'application des peines conformément aux dispositions de l'article 712-16, et dont la conclusion fait apparaître la **dangereusité** du condamné. Cette expertise peut être également ordonnée par le procureur de la République* ». Par conséquent, la surveillance judiciaire constitue une mesure de sûreté décidée en raison de la dangereusité. Dans sa décision du 8 décembre 2005⁶⁶⁹, le Conseil constitutionnel l'a validée en tant que telle, alors même que parmi les obligations susceptibles de découler de cette surveillance, se trouve le placement sous surveillance électronique mobile (ci-après PSEM) qui peut aussi être prononcé dans le cadre du suivi socio-judiciaire lequel est une peine⁶⁷⁰. Pour les hauts magistrats, « la surveillance judiciaire, y compris lorsqu'elle comprend un PSEM [...] repose non sur la culpabilité du condamné, mais sur sa **dangereusité** ; [...] elle a pour seul but de prévenir la récidive ; [...] ainsi la surveillance judiciaire ne constitue ni une peine ni une sanction »⁶⁷¹. Le Conseil constitutionnel autorise ainsi les mesures fondées uniquement sur la dangereusité et donc l'utilisation de cette notion pour définir une politique criminelle. Pour Christine Lazerges, « cette décision marque une rupture annoncée par la jurisprudence antérieure du Conseil constitutionnel⁶⁷². En clair, le Conseil admet qu'il y aurait des réponses à la délinquance fondée non pas sur la culpabilité mais sur la dangereusité »⁶⁷³. On assiste à une

669DC du 8 décembre 2005 n° 2005-527.

670Voir notamment Cass. Crim., 18 février 2004, Bull. Crim. n°47 : le suivi socio-judiciaire est une peine complémentaire. Voir aussi : P. COUVRAT, « Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres », *RSC* 2001, p. 624, cité par CH. LAZERGES in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *op.cit.*, p. 88. Voir également *infra*.

671Décision précitée. Considérant 14.

672Voir *supra*.

673Suite de la citation : « autorisant à transgresser le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère parce qu'il ne s'agit ni de peine, ni même de sanction ». CH. LAZERGES in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *op.cit.*, p. 89. Voir *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1 sur le principe de non-rétroactivité).

« cohabitation assumée [y compris par les Sages de la rue Montpensier] entre culpabilité et dangerosité depuis la loi du 12 décembre 2005 »⁶⁷⁴.

297.- Ensuite, la deuxième fois où le Conseil constitutionnel a consacré explicitement la notion de dangerosité s'est produite au moment de l'examen de la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. Ce texte dont toutes les dispositions sont propulsées par la dangerosité a été soumis au contrôle du Conseil par un groupe de parlementaires et de sénateurs. Les auteurs de la saisine contestaient en premier lieu la nature juridique de la rétention de sûreté. Dans sa décision du 21 février 2008, le Conseil constitutionnel valide la rétention de sûreté, avalisant au nom de la dangerosité, et non de la culpabilité, la possibilité d'un enfermement susceptible d'être renouvelé indéfiniment⁶⁷⁵. Comme le signale Christine Lazerges, « une nouvelle étape [est franchie par] la dangerosité saisie par le droit pénal »⁶⁷⁶. En 2005, une mesure de sûreté fondée sur la dangerosité avait été déclarée conforme par le Conseil. Ici, est avalisé un enfermement reposant sur la dangerosité, qui n'est ni une peine, ni une « mesure de sûreté », mais qui constitue une mesure « *sui generis* », c'est-à-dire qui, même sans être une peine, doit être soumise au régime des peines, en ce qui concerne l'application de la loi pénale dans le temps⁶⁷⁷.

298.- Par conséquent, le législateur, suivi par le Conseil constitutionnel, s'inspire largement de la notion de dangerosité sous le prisme d'un principe de précaution appliqué à la lutte contre la délinquance⁶⁷⁸. Ainsi, progressivement, de caractère secondaire et

⁶⁷⁴*Ibidem*.

⁶⁷⁵L'article 706-53-16 du code de procédure pénale prévoit que la rétention de sûreté est prévue pour un an, mais qu'elle peut être renouvelée pour la même durée, sans qu'une limite soit posée aux renouvellements.

⁶⁷⁶CH. LAZERGES *in* G. GIUDICELLI-DELAGÉ et CH. LAZERGES (dir.), *op.cit.*, p. 90.

⁶⁷⁷Sur cette décision, voir : CH. LAZERGES, « La rétention de sûreté : le malaise du conseil constitutionnel », *RSC*, 2008, p. 731. En revanche, s'agissant de la surveillance de sûreté, créée par la même loi, le Conseil constitutionnel déclare qu'elle est d'application immédiate, ne comprenant pas d'enfermement. C'est la même solution qui avait prévalu pour la surveillance judiciaire en 2005. Un paradoxe doit être relevé dans cette décision de 2008 : en cas de non respect de la surveillance de sûreté, le condamné pourrait faire l'objet d'une rétention de sûreté. Ainsi, dès lors que la surveillance de sûreté est d'application immédiate, la rétention de sûreté dans le cadre de cet irrespect des obligations de cette dernière, est aussi d'application immédiate. Voir *infra*, partie II sur l'application de la loi pénale dans le temps.

⁶⁷⁸A ce jour, on ne peut présager des décisions du conseil constitutionnel à venir. Le conseil continuera-t-il d'avaliser les lois se fondant sur la dangerosité ? Reviendra-t-il sur sa consécration juridique de cette notion ? On ne peut que constater pour l'heure, d'une part, que la loi n°2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale a élargi le champ de la rétention de sûreté (en la rendant applicable aux meurtres, assassinats, viols, actes de torture ou de barbarie enlèvements ou séquestrations simples commis en récidive -selon certains auteurs, cette liste des infractions faisant encourir à leurs auteurs le spectre d'une rétention de sûreté est amenée à s'allonger au fil des réformes. Voir J. LEBLOIS-HAPPE, « La rétention de sûreté et les droits fondamentaux » *in* O. JOUANJAN (dir.), *Rencontres*

complémentaire au côté de la commission d'infraction elle-même⁶⁷⁹, la dangerosité est devenue critère « opérationnel » et parfois critère premier de la législation pénale⁶⁸⁰. C'est au nom de la dangerosité et dans une attitude de précaution, presque indépendamment de l'infraction⁶⁸¹, que nombre de réformes ont été adoptées.

299.- Si ces réformes entendent affaiblir la délinquance et éviter certaines menaces délinquantes, la représentation qui est faite de ces dernières n'obéit pas toujours à des explications rationnelles et objectives. La notion de dangerosité apparaît dans un contexte social bien précis d'une « culture du risque », d'une atmosphère empreinte d'incertitudes et de craintes⁶⁸² qui participe à la mise en œuvre d'une logique de précaution en matière pénale. La dangerosité et la précaution supposent d'agir indépendamment de la commission d'une infraction donc en amont de cette dernière. Ainsi, tout comme la précaution trouve naturellement son sens dans la gestion de la probable dangerosité de produits ou de techniques, en matière sanitaire et environnementale⁶⁸³, elle entend imposer ce sens dans la gestion pénale d'individus « nocifs »⁶⁸⁴.

300.- Le projet de loi relative à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines, tout comme la loi du 15 août 2014, qui en a découlé, ne font, eux, référence, en aucun endroit, à la dangerosité. Mais nous ne disposons pas du recul nécessaire, aujourd'hui, pour apprécier s'il s'agit d'une véritable rupture ou d'une simple parenthèse.

301.- Le glissement d'approche des risques élargie aux délinquants se produit sans doute avec la mise en lumière d'une criminalité indéterminée dans le temps et/ou dans

franco-allemande pour le droit public, à paraître 2011. Citée par CH. LAZERGES in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *op.cit.*, p. 94) mais n'a pas été soumise au conseil constitutionnel -donc on ne peut supputer son avis sur l'extension subséquente de la notion de dangerosité-, d'autre part, que ce dernier a adopté une position plus réservée vis-à-vis du courant sécuritaire animé par la dangerosité dans sa décision n°2011-625 sur 10 mars 2011 sur la LOPPSI 2 dont il a annulé treize dispositions. Voir Christine Lazerges qui évoque le « futur incertain » de l'accompagnement des réformes sécuritaires par le Conseil constitutionnel. CH. LAZERGES, *idem*.

679La dangerosité était alors réglée par la peine qui remplit des fonctions à son égard : réinsertion et prévention notamment. V. *supra* (note 3).

680Elle devient l'unique motif de mesures spécifiques, tantôt nommées explicitement mesures de sûreté, tantôt simplement désignées par le terme « mesures », par opposition à la peine. Voir M. KALUSZYNSKI, *op.cit.*

681Voir *infra* sur le lien entre la dangerosité et l'infraction.

682Non pas que le droit pénal français ne se préoccupa pas de la dangerosité jusqu'à aujourd'hui (sur ce point, voir not. J. ALIX in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *op.cit.*, p. 50s. ; voir également *infra*), mais son utilisation connaît actuellement son apogée.

683Voir *supra*.

684Avant, il était question d'« état dangereux » ou de « périculosité ». Voir *supra*.

l'espace, et surtout une criminalité menaçante qui réveille les peurs, parfois jusqu'à l'irrationnel⁶⁸⁵. Nous tenterons de voir, à partir de quelques exemples, comment la notion de dangerosité est mobilisée au service de la prévention de ces menaces.

2) Les menaces favorisant le recours à la dangerosité

302.- L'appréciation de la dangerosité dans le cadre de la délinquance semble se fonder sur le nécessaire évitement qu'une situation se reproduise. Pourquoi et comment ce mécanisme s'applique-t-il ? Pour quels types de menaces et pour quels types d'individus dangereux? La difficulté à repérer des caractéristiques communes aux différentes dangerosités **(a)** conduit à isoler le plus souvent de manière arbitraire et en dehors de toute définition claire et stable, des « figures de dangerosité » **(b)**

a) L'identification approximative des dangerosités

303.- L'être humain, soumis aux biais cognitifs décrits par la psychologie⁶⁸⁶, s'accommode difficilement de l'incertitude d'où sa préférence pour les explications unicausales. Ainsi, devant l'incertitude, le recours à la notion de dangerosité s'avère « utile ». D'autant qu'il peut masquer l'incompréhension d'un phénomène. En matière de délinquance, il apparaît donc que la notion de dangerosité est aujourd'hui réutilisée pour désigner tout ce qui n'est finalement pas expliqué intégralement par la science⁶⁸⁷.

304.- Prenons l'exemple de la pédophilie, celle-ci ne pourra jamais être totalement déterminée par la science. Si certains facteurs de passage à l'acte ont pu être répertoriés (une certaine fragilité psychologique chez certains auteurs victimes eux-mêmes de tels actes...), nous sommes encore incapables - et ne le sera-t-on jamais - de donner tous les « ingrédients » de la pédophilie, leurs dosages précis et leurs interactions. Et dans tous les cas, l'explication de la pédophilie comme, du reste, celle de toute action humaine, est complexe. L'absence de compréhension parfaite de ce phénomène induit un usage abondant de la notion de dangerosité à son égard. On se focalise ainsi sur le possible état dangereux des pédophiles en niant le caractère incertain des multiples causes de leurs actes et donc de leur récidive.

685 Voir *infra*.

686 Voir *supra* (Introduction).

687 Sur les difficultés à prévoir avec exactitude le risque délinquant, voir *infra*.

305.- Par conséquent, le recours à la notion de dangerosité dans la désignation de faits ou d'états impénétrables par la science, mais face auxquels on se doit d'agir par précaution, introduit bien des biais cognitifs mettant l'individu mal à l'aise lorsqu'il se trouve confronté à l'incertain. Dans ce processus, il s'opère un « glissement du danger redouté à la dangerosité des êtres »⁶⁸⁸.

306.- Cela nous invite à nous interroger sur la nature de ces dangers qui supportent aujourd'hui la dénomination de « dangerosité ». Lorsqu'on regarde les « figures » de la dangerosité qui en découlent⁶⁸⁹, il apparaît difficile d'en trouver des critères précis et stables. Le seul dénominateur commun qui peut être retenu entre ces différentes figures n'est finalement que le « danger redouté » qu'elles renferment, avec leur part d'irrationnel⁶⁹⁰, la sensation de peur étant subjective, donc relative⁶⁹¹.

307.- En tout état de cause, la dangerosité est toujours rattachée, en droit positif, à la commission d'une infraction⁶⁹². A partir des différentes conceptions qui ont marqué la dangerosité à travers le temps, il est possible, en effet, de dégager des « critères communs à toutes époques »⁶⁹³ tel que celui des « antécédents judiciaires »⁶⁹⁴, donc en lien avec la commission d'une infraction. Les mesures prises à l'encontre de la dangerosité concernent des individus condamnés pour avoir été auteur d'une infraction⁶⁹⁵. Toutefois, et comme le souligne Julie Alix, ce lien établi entre dangerosité et infraction n'est peut être qu'une relation de surface⁶⁹⁶. Et la gravité de l'infraction ne constitue pas toujours un critère

688G. GIUDICELLI-DELAGE in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *op.cit.*, p. 283.

689Voir *infra*.

690CH. LAZERGES in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *op.cit.*, p. 20.

691Voir sur cette relativité, *supra*, Introduction.

692Sur le lien entre dangerosité et infraction, voir *supra* et *infra*.

693E. BURGAUD, « La variabilité du concept de dangerosité en droit pénal des origines à la fin du 19^{ème} siècle » in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, p. 208.

694*Ibid.*, p. 210.

695Par exemple, s'agissant de la rétention de sûreté, seuls les auteurs d'infractions prévues par la loi peuvent en faire l'objet. En effet, conformément à l'article 706-53-13 du code de procédure pénale, seuls peuvent être soumis à la rétention de sûreté les auteurs, personnes physiques, d'assassinat, meurtre, torture, actes de barbarie, viol, enlèvement ou séquestration sur mineurs, ou les auteurs de ces mêmes infractions sur majeurs à la condition qu'elles soient aggravées (l'aggravation étant prévue par la loi elle-même ou provenant de l'état de récidive depuis la loi du 10 mars 2010). En outre, une réclusion criminelle égale ou supérieure à quinze ans doit avoir été prononcée et la rétention de sûreté doit avoir été expressément prévue par la cour d'assises dans la décision de condamnation.

696Comme le souligne Julie Alix, « Certes, ces mesures [de sûreté] s'adosent sur une infraction commise. Mais le lien entre l'infraction précédemment commise et la mesure appliquée est trop distendu pour avoir quelconque valeur. Comment, en effet, considérer qu'une rétention de sûreté mise en œuvre trente ans après les faits constitue une réponse à ces faits ? D'ailleurs, le législateur ne cherche pas à établir un tel lien : la mesure de sûreté n'est pas conçue comme une réponse à une infraction, mais comme un moyen d'éviter la réalisation d'un

pertinent de la dangerosité dans la mesure où, par exemple, les auteurs de crimes contre l'humanité ne semblent pas être considérés comme particulièrement dangereux⁶⁹⁷, tandis que les mineurs délinquants sont de plus en plus perçus comme des figures dangereuses⁶⁹⁸.

308.- Par conséquent, plutôt que d'obéir à des critères définis et constants, la dangerosité produit des figures menaçantes ne répondant pas exclusivement au mécanisme de la logique.

b) La désignation de figures de dangerosité

309.- Les figures de dangerosité telles qu'elles sont désignées publiquement ne sont pas celles qui apparaissent les plus manifestement menaçantes. Le terrorisme et la criminalité « organisée » recèlent une particulière dangerosité parce qu'ils constituent des menaces des plus difficiles à maîtriser, du fait notamment de leur caractère transfrontalier, et de plus, imprévisible pour le terrorisme. Pour autant, alors qu'on s'attend à ce que le vocable de dangerosité s'applique à eux, le terrorisme et la criminalité organisée ne sont pas les menaces les plus visées par la notion de dangerosité⁶⁹⁹ (même si le terrorisme continue d'être une préoccupation majeure des pouvoirs publics en raison notamment d'affaires médiatisées, comme celle de Mohamed Merah⁷⁰⁰).

310.- Mais la « dangerosité » s'est surtout fixée sur d'autres faits criminels qui touchent la société de manière plus parcellaire, comme l'agression sexuelle ou la pédophilie. Cette dernière étant considérée comme l'une des grandes menaces⁷⁰¹ inquiétant la société civile, on applique à ses auteurs le caractère de dangerosité, parfois en y attachant la conception déterministe des positivistes. Ainsi, le délinquant sexuel en général et le pédophile

risque ». J. ALIX *in* G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *op.cit.*, p. 67.

697G. GIUDICELLI-DELAGE *in* G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *op.cit.*, p. 293.

698CH. LAZERGES *in* G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *op.cit.*, p. 81.

699S'agissant du terroriste, Geneviève Giudicelli-Delage écrit qu'il « occupe une place [...] incertaine, lui qui n'est que parfois un « dangereux » et encore moins souvent une figure majeure de la dangerosité ». G. GIUDICELLI-DELAGE *in* G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *op.cit.*, p. 293.

700Voir *infra* sur cette affaire. Voir également le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme du 9 juillet 2014, évoqué *infra*.

701Voir notamment sur la panique pédophile : M.-A. NEUILLY et K. ZGOBA, « La panique pédophile aux États-Unis et en France », *Champ pénal/Penal field*, XXXIV^{ème} Congrès français de criminologie, Responsabilité/Irresponsabilité Pénale, mis en ligne le 14 septembre 2005, disponible en ligne ; A. GARAPON et D. SALAS, *Les nouvelles sorcières de Salem*, *op.cit.* ; CH. LAZERGES, « Politique criminelle et droit de la pédophilie », *RSC* 2010/3, *op.cit.*

en particulier, sont des « figures symptomatiques » de la dangerosité⁷⁰². C'est d'abord en leur nom que la dangerosité est devenue un motif de mesures particulières⁷⁰³.

311.- Cependant, la dangerosité a très vite recouvert un domaine plus général, celui de la récidive, particulièrement de faits graves mais aussi de n'importe quel fait, jusqu'à s'étendre au domaine encore plus vaste de toute la délinquance. Si le récidiviste a acquis presque naturellement le statut de figure de la dangerosité, c'est parce qu'il « renvoie au système pénal l'image de son échec »⁷⁰⁴. Rappelons que dès la III^{ème} République, « l'élimination des récidivistes est considérée comme une assurance contre un sinistre social »⁷⁰⁵. Puis, la récidive deviendra progressivement un critère de dangerosité voire même un critère de définition de la dangerosité et des peines plus lourdes se sont imposées aux récidivistes⁷⁰⁶ jusqu'à la loi du 15 août 2014⁷⁰⁷. De même, des mesures de sûreté peuvent être appliquées, celles-ci étant décidées en fonction d'une « particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive »⁷⁰⁸.

702J. ALIX in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *op.cit.*, p. 59.

703Citons le suivi socio-judiciaire, la période de sûreté, la surveillance judiciaire, la surveillance de sûreté et la rétention de sûreté ainsi que le fichage au fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes.

704J. ALIX in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *op.cit.*, p. 62. Voir aussi M. KALUSZYNSKI, « Le retour de l'homme dangereux. Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages », *op.cit.* L'auteur, étudiant la récidive sous la III^{ème} république, souligne que « La récidive conduit à s'interroger sur tous les aspects de la justice pénale (législation, système pénitentiaire, police...) et de la question sociale (misère, vagabondage...)[...] Pour beaucoup, le problème de la récidive, à l'origine restreint au seul domaine judiciaire, devient une question sociale à part entière. Il y a une vraie crainte du voleur, du criminel, mais plus encore de celui qui totalise tous ces crimes et les renouvelle : le récidiviste. [...] Le récidivisme est dénoncé comme la plus grande plaie du système pénitentiaire, la preuve par excellence de son inaptitude à remplir trois fonctions assignées à la justice pénale : corriger le coupable, réparer le désordre social, servir d'exemple. Les républicains adopteront le 27 mai 1885 une loi condamnant les multirécidivistes à la relégation à vie en Guyane ou en Nouvelle-Calédonie, de façon que, même libéré, l'ex-condamné ne puisse pas revenir « contaminer » le corps social national. La peine n'est même plus proportionnelle puisqu'elle sanctionne non plus le simple délit, mais également l'intention de son auteur. Cette mesure fait entrer dans le droit la notion de ténacité. On juge l'individu, non sur ce qu'il a fait, mais sur ce qu'il est et se trouve capable de faire et, si son état est dangereux, on le condamne à la relégation comme mesure de protection sociale. [...] Dans un même temps est adoptée une loi sur les moyens préventifs de combattre la récidive, soucieuse de complémentarité ou logiques liées aux principes d'action républicaine, la loi du 14 août 1885 n'a pas pour objet l'exclusion mais la libération conditionnelle, le patronage, la réhabilitation. Cette loi sur l'atténuation des peines s'ajoute à l'arsenal législatif contre les récidivistes et la logique de cette dernière loi tempère la sévérité de la transportation. Loin de s'exclure, les idées directrices de ces deux projets s'associent et se révèlent. Ainsi on observe deux conceptions législatives distinctes mais sans aucune antinomie entre elles. Elles procèdent pourtant de deux principes différents (l'exil et la réinsertion) mais au fond défendent le même objectif : éradiquer le récidivisme. La loi du 27 mai est une loi d'urgence, celle du 14 août une loi de prévoyance ». Aujourd'hui, il n'est pas certain que ce second principe de réinsertion soit toujours mis en avant. Mais la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 va dans le sens d'une augmentation des aménagements de peine (l'objectif n'étant pas tant d'éradiquer la récidive que de désengorger les établissements pénitentiaires).

705M. KALUSZYNSKI, « La construction d'une politique « républicaine » de sécurité ? » in J.-Ch. FROMENT, J.-J. GEIZAL et M. KALUSZYNSKI, *op.cit.*, p. 25.

706Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs.

707Voir *infra* à propos de la suppression par cette loi des peines plancher.

708Article 706-53-13 du code de procédure pénale, issu de la loi n°2008-174 du 25 février 2008. Signalons

312.- Mais pourraient être distingués des types de délinquants récidivistes dans l'appréciation de la dangerosité, les délinquants anormaux et les délinquants d'habitude⁷⁰⁹. La récidive permettrait ainsi d'englober les dangers relevant de ces deux catégories de délinquants⁷¹⁰.

313.- Par la suite, l'approche sur les délinquants dangereux ne cessera d'ouvrir des chantiers dans le domaine pénal, déplaçant un peu plus « le curseur de la dangerosité ». C'est de la sorte que la loi du 14 mars 2011⁷¹¹ a étendu les peines plancher aux auteurs de violences. On peut alors risquer l'hypothèse selon laquelle la simple commission de certaines infractions, dont la liste est susceptible de s'allonger, insinue une probable dangerosité, même s'il s'agit d'un premier passage à l'acte⁷¹².

314.- L'instauration implicite par la loi de ces présomptions de dangerosité⁷¹³ révèle, à ce titre, quelques ambiguïtés. Les personnes susceptibles de faire l'objet de mesures de sûreté liées à leur dangerosité sont les auteurs d'un certain nombre d'infractions dont la liste est prévue par la loi⁷¹⁴. Ce qui fait peser sur ces auteurs d'infractions limitées une sorte de présomption de dangerosité. Jean Danet et Claire Saas estiment, pour leur part, que ce « glissement vers une « dangerosité » de moins en moins « objectivée » au niveau des critères

encore que cet article relie la très grande probabilité de récidive à « un trouble grave de la personnalité ».
709J. DANET et C. SAAS, « De l'usage des notions de « délinquants anormaux » et « délinquants d'habitude » dans les législations allemande, belge, française et suisse », *Champ pénal/Penal field* [En ligne], Vol. VII | 2010, mis en ligne le 18 décembre 2010, <http://champpenal.revues.org/7955>. « Non seulement, les deux catégories de « délinquants anormaux » et de « délinquants d'habitude » relèveraient au plan juridique d'un même outil, la mesure de sûreté, mais elles ne formeraient, le plus souvent, qu'une seule et même catégorie. Ainsi, les récidivistes sont le plus souvent des anormaux car les délinquants anormaux non traités ont tendance à récidiver et sortent plus vite en raison de l'atténuation de responsabilité qui leur est accordée. Sous le délinquant d'habitude se cacherait le plus souvent un délinquant anormal. Inversement, la dangerosité du délinquant anormal tient à sa propension à devenir un délinquant d'habitude : dans tous les cas, il faut traiter [...] La question des délinquants d'habitude et des délinquants anormaux allait devenir un peu souterraine en France au cours des années 1970 et 1980, avec notamment l'abolition de la tutelle pénale en 1981. Elle va resurgir implicitement courant des années quatre-vingt-dix avec la loi de 1994, introduisant la perpétuité réelle et la loi de 1998 mettant en place le suivi socio-judiciaire. Elle deviendra évidente avec les peines minimales en 2007 et la loi introduisant la rétention de sûreté en 2008. [...] Le droit français le plus récent se préoccupe lui aussi des « délinquants d'habitude » et des « délinquants anormaux ». Les « délinquants d'habitude » ont été visés par plusieurs lois récentes sur la récidive. [...] Les « délinquants anormaux » [quant à eux] sont désormais directement visés par la loi du 25 février 2008, même si ce vocable n'est pas utilisé par le législateur».

710Ibidem. « En France, comme ailleurs en Europe, la notion de danger va alors être appliquée à la récidive, qu'elle soit le fait du rebelle ou de l'anormal ».

711Voir notamment J. ALIX in G. GIUDICELLI-DELAGÉ et CH. LAZERGÈS (dir.), *op.cit.*, pp. 59-60.

712Notons que le Conseil constitutionnel a refusé d'appliquer ces dispositions aux mineurs primo délinquants, se fondant sur le principe fondamental reconnu par les lois de la République du primat de l'éducatif sur le répressif, dégagé en 2002. Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011.

713Voir par exemple J. ALIX in G. GIUDICELLI-DELAGÉ et CH. LAZERGÈS (dir.), *op.cit.*, p. 69. Voir en détail *infra*, Partie 2.

714Voir *supra*.

légaux témoigne d'une dilution de nos deux notions [délinquants anormaux et délinquants d'habitude]. On doit parler alors, d'une part, de « présumés délinquants d'habitude » pour désigner ceux qui font, partout, l'objet de ces nouveaux dispositifs. Et on doit parler de délinquants pénalement responsables atteints de troubles de la personnalité et, à ce titre, présumés dangereux, d'autre part »⁷¹⁵.

315.- Les figures de la dangerosité sont donc multiples (agresseurs sexuels, pédophiles, malades mentaux, mineurs, récidivistes...) et cristallisent les peurs de la société. La focalisation dont elles font l'objet s'inscrit dans le souci d'aseptiser les craintes et dans un projet de sécurisation clairement affiché. Les figures de la dangerosité peuvent être comprises alors comme pendantes aux figures de la victime⁷¹⁶.

B. LA RECRUESCENCE DU SOUCI DE PROTÉGER LA SOCIÉTÉ FACE À LA DANGÉROSITÉ

316.- En légiférant sur la dangerosité, l'État répond aux attentes de sécurité et remplit sa mission de protection de la société. Car « la saisie du politique, en particulier par le biais de la construction de la loi, apparaît comme la traduction d'enjeux sociaux majeurs »⁷¹⁷, ici de l'enjeu de prémunir la société de la dangerosité redoutée. La réutilisation de la notion de dangerosité s'établit aussi dans un contexte politique particulier où apparaît de manière plus ferme et plus précise la volonté de protéger la société (1). Pour optimiser la défense de la société, la « dangerosité » endosse un costume extensible capable de contenir toujours plus de menaces (2).

*1) La dangerosité au cœur de la défense de la société*⁷¹⁸

317.- Déjà aux temps des positivistes puis, dans une autre mesure, de la défense sociale, la notion de dangerosité était foncièrement reliée à celle de la protection de la société. Le but de la conceptualisation de l'état dangereux est clairement la défense de la

715Fin de la citation : « On ne peut s'empêcher aussi de remarquer la place qu'ont tenues dans ces évolutions la délinquance sexuelle, mais aussi une délinquance des mineurs perçue à l'évidence comme particulièrement inquiétante par les législateurs pour qu'en Allemagne comme en France, on leur applique tel ou tel de ces dispositifs ». J. DANET et C. SAAS, *op.cit.*

716Voir *supra*. On peut noter la correspondance entre la figure de la victime, enfant pur et innocent, et la figure du pédophile dangereux, odieux et monstrueux. Voir *supra*.

717M. KALUSZYNSKI, *op.cit.* (référence faite à J. COMMAILLE, 1996).

718Pour cette partie, nous invitons le lecteur à se référer aussi à l'approche victimaire, traitée *supra*.

société contre le danger présenté comme imminent⁷¹⁹. Aujourd'hui, la conception criminologique de la dangerosité et la conception de la justice pénale demeurent toujours le fait d'options politiques du législateur⁷²⁰. En 1981, Christian Debuyst introduisait un Colloque sur la dangerosité organisé par l'École de Criminologie de Louvain en mentionnant ce même constat : « l'utilisation de la dangerosité, comme outil d'intervention, est principalement tributaire d'options politiques que le droit pénal reflète, et [...] la criminologie joue dans ce domaine un rôle de porte-nom dont il serait essentiel qu'elle se défasse »⁷²¹. Nous verrons comment la notion criminologique de dangerosité est utilisée au service d'une politique criminelle particulière, qui fait de la protection de la société sa priorité⁷²², et comment la dangerosité est employée comme un concept négatif : tout ce qui est contraire à la défense de la société est désigné par elle. Tout ce qui atteint ou est susceptible d'atteindre la société est qualifié de dangereux⁷²³.

318.- L'exemple emblématique de cette utilisation du concept de dangerosité à des fins politiques de protection de la société se situe sans doute outre Atlantique. Après les attentats du 11 septembre 2001, l'extrême dangerosité du terrorisme a été mise en avant pour justifier des mesures de sécurité très contraignantes voire liberticides⁷²⁴. Plus exactement, la dangerosité est venue se loger dans une technique particulière de gestion des relations publiques. Mais la mise en avant d'un acte ou d'un fait dangereux pour justifier le déploiement de mesures strictes ou l'usage de la force est plus ancienne. En effet, déjà à l'époque de la guerre du Vietnam, le président américain, Lyndon Baines Johnson, évoquait l'attaque d'un navire américain, qui ne sera attestée par personne, dans le but de légitimer l'offensive. Ainsi, le 7 août 1964 sera votée une résolution donnant les pleins pouvoirs au

719 Voir *supra*.

720 Pour Raymond Gassin, la dangerosité est un « concept normatif et relatif qui dépend de la législation de chaque pays aux divers moments de son histoire ». R. GASSIN, *op.cit.*, p. 697.

721 CH. DEBUYST (dir.), *Dangerosité et justice pénale, Ambiguïté d'une pratique*, Ed. Masson 1981, Coll. Déviance et Société, Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, p. 5.

722 V. *supra* sur la protection des victimes, Chapitre 1, Section 2.

723 Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, II, « Essai de théorisation de la politique criminelle précautionniste ».

724 Notamment le *Patriot Act* (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act ; en français : Loi pour unir et renforcer l'Amérique en fournissant les outils appropriés pour déceler et contrer le terrorisme) voté le 26 octobre 2001.

président⁷²⁵. En 2001, le scénario ne fait que se répéter avec l'annonce, cette fois, de la possession par l'Irak d'armes de destruction massive.

319.- S'agissant de la politique criminelle française, qui est l'objet de notre étude, c'est la sur-médiatisation de faits divers marquants qui participera massivement de la même logique. L'effet d'annonce d'un fait particulier sera susceptible de susciter la peur au point que toutes les mesures pour y mettre fin ou y riposter apparaîtront légitimes et/ou nécessaires. C'est également la dangerosité de quelques personnes, qui, faisant l'objet d'une triple focalisation juridico-politico-médiatique, légitimera l'instauration de mesures de sûreté et l'usage de la précaution en matière pénale. Pour protéger la société, il faut désigner une dangerosité. Nous verrons plus loin les mécanismes de ce que certains n'hésiteraient pas à qualifier de propagande⁷²⁶.

320.- Ainsi, la thématique de la dangerosité a été développée sous les auspices d'une volonté d'application du principe de précaution en matière de lutte contre la délinquance. Celle-ci, comme le principe de précaution, poursuit la finalité affichée de protéger la société de toute atteinte. Christine Lazerges évoque « un principe de précaution perverti »⁷²⁷. Serge Portelli estime aussi que le principe de précaution guide la politique criminelle actuelle⁷²⁸. De même, Jean Danet et Claire Saas alertent sur le fait qu' « on s'approche de plus en plus d'un système relevant [...] de la logique de précaution »⁷²⁹.

⁷²⁵Il s'agit de la Résolution du Golfe de Tonkin. V. not. B. RIGAL-CELLARD, *La guerre du Vietnam et la société américaine*, Presses universitaires de Bordeaux, 1991, pp. 35-37. L'auteure précise que, si cette résolution fut annulée en 1970 et que Nixon ne l'invoqua jamais, en 1964, le consensus était tel que seuls deux sénateurs s'y opposèrent et que la presse n'exposera jamais ces critiques qui « dénoncèrent la mise en scène de l'opération [et] les mensonges de Johnson ».

⁷²⁶Voir *infra*.

⁷²⁷Ch. LAZERGES in G. GIUDICELLI-DELAGE et Ch. LAZERGES (dir.), *op.cit.*, p. 18. L'auteure évoque une seconde fois le principe de précaution, p. 84.

⁷²⁸Serge Portelli parle alors d'un « principe de précaution précoce ». S. PORTELLI, *Juger, sous-titre : Spirale sécuritaire, libertés en danger*, Les Éditions de l'Atelier/Éditions Ouvrières, Paris, 2011, p. 119. A propos de cette spirale sécuritaire, l'auteur écrit : « Si le pouvoir, aujourd'hui, est reparti à l'assaut des libertés, c'est toujours pour le bien de l'humanité, certes, mais cette fois-ci pour protéger les hommes contre eux-mêmes ou, en tout cas, une partie d'eux-mêmes. Dans sa grande générosité, dans le souci constant de notre bien-être et de notre tranquillité, le pouvoir veut assurer notre sécurité contre tous ceux qui veulent ou peuvent l'assaillir. Le terrorisme et la criminalité sont désignés comme les véritables sources de notre malheur, et derrière eux, quelques catégories de population qui en seraient le terreau. Démagogie et populisme sont les nouveaux vecteurs de cette idéologie sécuritaire qui promet demain, après l'éradication des maux, la paix absolue ; au prix évidemment de quelques-unes de nos libertés, car le paradis sécuritaire ne peut survenir, sur terre, sans un programme de surveillance, d'enfermement et d'exclusion drastiques visant tous ceux qui, à un titre ou un autre, recèlent le germe du crime ou l'ont déjà exprimé. L'ennemi déclaré est l'homme dangereux que, pour le bien de tous, il faut repérer le plus tôt possible et neutraliser le plus efficacement possible : c'est un ennemi intérieur, difficilement décelable sans des moyens de contrôle et de détection performants»». *Ibid.*, pp. 87-88.

⁷²⁹Pour Jean Danet et Claire Saas, « La privation de liberté à durée indéterminée, décidée soit au temps de la

L'efficience de cette logique réside notamment dans le caractère ouvert de la définition de la dangerosité : la prise maximale de précaution en faveur de la société nécessite que soient désignées comme potentiellement dangereuses les moindres causes de nuisance et que soient qualifiés dangereux toujours plus de faits.

2) L'extensibilité de la notion de dangerosité au profit d'une maximisation de la protection de la société

321.- C'est donc dans un contexte de politique de lutte sans relâche contre l'insécurité que la notion de dangerosité s'est installée. « Le concept de dangerosité procède, entre autres, de la réaction sociale face à l'insécurité »⁷³⁰. Si ce concept n'est pas nouveau en droit pénal - nous en avons vu l'évolution⁷³¹, des tentatives pour créer une notion juridique de la dangerosité émergent aujourd'hui. En effet, « récemment, [les] pouvoirs exécutif et législatif ont affiché leur volonté politique de lutter contre la criminalité et la récidive des infractions en donnant à la dangerosité un statut juridique pénal »⁷³², lequel la définit comme la probabilité de récidive en lien avec un trouble de la personnalité⁷³³.

322.- Cette « juridicisation » de la dangerosité n'est pas sans poser de problème. Comme nous l'avons déjà signalé, la dangerosité, ainsi que maints auteurs le soulignent, si elle existe, est avant tout une notion aux contours incertains qui se modifie selon les impératifs de la société. Son traitement est différent selon les périodes et la prise en compte du délinquant⁷³⁴. Ainsi, dans un contexte social dominé par l'incertitude et la peur, on peut s'attendre à ce qu'une telle notion réapparaisse avec vigueur. L'intolérance sociale à toute forme de risque, d'une part, et l'absence de définition statique de la dangerosité⁷³⁵, d'autre

décision de justice et à la fin de l'exécution de la peine, soit après ou à la fin de son exécution en fonction de la seule appréciation de la dangerosité semble devenir un objectif des législateurs. On s'approche de plus en plus d'un système relevant bien plus de la logique du principe de précaution que de prévention du risque. La loi ne prétend plus en effet seulement prévenir un risque identifié de récidive un tant soit peu objectivé par une récidive ou par un trouble mental diagnostiqué mais de garantir contre une menace qui sera appréciée selon des critères aussi flous que ceux qui président... au choix d'une peine dont l'une des fonctions fut toujours la défense de la société. ». J. DANET et C. SAAS, *op.cit.*

730E. BURGAUD, « La variabilité du concept de dangerosité en droit pénal des origines à la fin du 19^{ème} siècle » in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, pp. 207-223, ici p. 207.

731 Voir *supra*.

732X. LAMEYRE, « Les dangers de la notion de dangerosité » in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, pp. 311-322, ici p. 312.

733L'article 706-53-13 du code de procédure pénale évoque en effet une « particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce [que les individus concernés] souffrent d'un trouble grave de la personnalité ».

734 Voir notamment l'introduction de Christian Debuyst in CH. DEBUYST (dir.), *op.cit.*, pp. 3-5.

735 La dangerosité en droit positif est définie à l'article 706-53-13 du code de procédure pénale (voir *supra*, note

part, conduisent à l'extensibilité de cette dernière, au point qu'utilisée d'abord pour des faits exceptionnellement graves, elle est susceptible de s'étendre à tout délinquant⁷³⁶. Et de légitimer une politique criminelle tournée vers le sécuritaire, donnant la priorité à la défense de la société et obéissant, pour se faire, à une idéologie précautionniste.

SECTION 2 : L'ÉMERGENCE D'UNE IDÉOLOGIE PÉNALE PRÉCAUTIONNISTE

323.- L'histoire pénale met en évidence l'imbrication de plusieurs logiques, scientifique, professionnelle et politique, qui ont concouru à l'élaboration du savoir expert criminologique. Le crime, devenu un objet scientifique tout autant qu'un objet politique, voit son traitement influencé par les discours sur lui et par les courants d'idées des différentes époques où il survient. Plus près de nous, la conception d'un nouveau rôle de l'État préventif aux côtés des citoyens⁷³⁷ s'est accompagnée d'une nouvelle idéologie pénale marquée par une approche victimaire et par la référence tant implicite qu'explicite à la notion de la dangerosité des délinquants⁷³⁸. Si elle n'est pas inédite - une forme de précaution face aux atteintes criminelles et à leur réitération a toujours existé⁷³⁹ - cette idéologie présente néanmoins la particularité de faire de cette précaution son centre névralgique. Les réformes pénales depuis une dizaine d'années sont clairement guidées par l'idée que la protection de la société invite à la prise de précautions vis-à-vis de ce qui est susceptible d'atteindre des victimes potentielles. Cette idéologie n'est pas seulement précautionneuse, c'est-à-dire prônant une action prudente et mesurée. Elle est précautionniste⁷⁴⁰ dans le sens où la précaution se déplace du rang des moyens de la lutte contre la délinquance au statut de fin en soi. L'idéologie pénale précautionniste poursuit l'utopie d'une société capable de n'encourir aucun risque. Sous-jacente aux nouvelles dispositions pénales et au discours ambiant sur la justice pénale et la délinquance, elle érige la précaution face à la dangerosité en l'ultime objectif à atteindre. Les

n°733). Une évaluation pluridisciplinaire de cette dangerosité est prévue par la loi. Mais il n'existe pas de critères statiques d'évaluation. Ainsi la détermination de la dangerosité ne peut être que casuistique, et en aucun cas scientifique et exacte. Ce flou de l'évaluation de la dangerosité, et le flou de la notion elle-même (voir *supra*), ont été contestés à l'occasion du déferrement de la loi du 25 février 2008 au Conseil constitutionnel en 2008.

736 Voir *supra* sur le « déplacement du curseur de la dangerosité ».

737 Voir *supra* (Partie 1, Titre 1, Chapitre 1).

738 Voir *supra* (Section précédente).

739 Voir *supra*.

740 Sur ce néologisme, voir *supra*.

finalités de réinsertion, de réhabilitation et d'amendement sont délaissées au profit d'une protection effective de la société, présentée comme le seul objectif louable et légitime⁷⁴¹.

324.- Cette idéologie a été générée par un nouveau langage, qui, axé sur les concepts de dangerosité et d'ennemi, a su modifier la conception sociale de la justice pénale (I). Mettre au cœur d'un discours répétitif des concepts aussi bellicistes que la dangerosité ou le caractère « ennemi » de certains individus engendre une appréhension particulière de la gestion de la délinquance, qui, désormais, est entendue comme un vecteur de précaution indispensable pour la société et à l'encontre de ceux, qui par l'expression ponctuelle ou réitérée d'une nocivité, s'en sont éloignés. Ainsi, se distançant de la vision humaniste du délinquant, l'idéologie pénale précautionniste promeut une politique criminelle et un droit pénal foncièrement construits sur l'idée du rejet, par précaution, de ceux qui sont porteurs d'un germe de dangerosité. Elle s'analyse en un triptyque lutte-éloignement-traitement dont chacun des volets n'a d'autre but que l'éradication de ce qui peut être vécu comme un danger par la société et qui, à ce seul titre, mériterait que soient prises toutes les précautions.

325.- Par cette résurgence constante du spectre de la dangerosité, la nouvelle idéologie pénale précautionniste rappelle l'école positiviste qui se positionnait comme l'instigatrice de mesures visant à extraire de la société les individus présentant un état dangereux. Elle se situe ainsi entre le passé et l'avenir, empruntant des caractéristiques du positivisme tout en arborant des spécificités nouvelles (II). Si certains auteurs y entrevoient, eux, un simple retour au positivisme, l'analyse démontre à la fois une radicalisation au sein de l'idéologie précautionniste de ce courant de pensée et, en même temps, une différenciation d'avec lui. Ce constat conduit à penser le précautionnisme, non pas comme une reprise à l'identique du discours positiviste mais comme un nouveau positivisme, dont les fondations se sont mues de la croyance dans les explications scientifiques à la prise en compte de l'incertitude.

⁷⁴¹Comme nous l'avons souligné plus haut, la récente loi du 15 août 2014 rompt, dans une certaine mesure, avec ce mouvement, mais nous ne disposons pas du recul nécessaire pour affirmer que cette rupture est définitive. Surtout, cette rupture n'est pas radicale comme nous l'évoquerons en conclusion de ce chapitre, puis en conclusion de ce titre. Voir *supra*.

I. LA GENÈSE D'UNE NOUVELLE IDÉOLOGIE PÉNALE PRÉCAUTIONNISTE

326.- L'hypothèse initiale du chapitre et des sections précédents est que le principe de précaution s'est étendu au droit pénal et à la politique criminelle tout en inscrivant sa logique dans la normalité du processus politique démocratique. Dans le domaine de la sécurité, il fait naturellement référence à la responsabilité de l'exécutif (de l'État) et son corollaire, la décision législative, qu'il influence tous deux. La légitimité politique d'assurer l'égalité et la sécurité des citoyens devant la loi trouve ainsi appui sur des pratiques de communication qui sous-tendent la solidarité sociale. En même temps qu'elles assurent la primauté à la sécurité pour défendre les libertés, ces pratiques utilisent un discours de sécurisation - le pouvoir du discours agit sur la construction d'une menace - et s'invitent en termes de discours de « guerre », comme nous le verrons dans ce développement. Le discours de « guerre », ainsi que le démontrent les travaux de Michel Foucault sur l'émergence de la société disciplinaire⁷⁴², est omniprésent dans les pratiques discursives et institutionnelles qui constituent le monde social : la guerre ou « le grondement de la bataille »⁷⁴³ n'est jamais bien loin de la gouvernementalité . Ces pratiques discursives sur la menace, à l'image de la guerre, privilégient des actions fondées sur l'antagonisme, la construction d'ennemis, insinuent la perception d'une menace existentielle, des alliances et des inimitiés, et affichent le souci de mettre un terme à la source de la menace⁷⁴⁴. L'analyse de la guerre ainsi que Michel Foucault l'appréhende permet une réflexion critique sur le présent, car elle révèle des pratiques gouvernementales au travers du prisme de la dangerosité qui vise immédiatement au contrôle des corps et des populations. Le discours de guerre met en évidence les mécanismes du pouvoir et leurs imbrications dans une certaine idéologie pénale précautionniste.

327.- Ainsi, à l'instar des réactions à des événements particuliers, comme les attentats du 11 septembre 2001 évoqués plus haut, il nous semble que le principe de précaution appliqué au domaine de la criminalité de droit commun, rendu urgent et nécessaire à l'occasion de faits criminels exceptionnels, poursuit un objectif démesuré de défense sociale. L'idéologie pénale précautionniste sous-jacente concurrencerait la prévention⁷⁴⁵, une des pierres de l'édifice de la justice pénale. Cette concurrence est remarquable dans cette nouvelle

742M. FOUCAULT, *Il faut défendre la société : cours au Collège de France 1975-1976*, Paris, Seuil, et M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité. La Volonté de savoir*, Paris, Gallimard, coll. « Tel », 1994.

743M. FOUCAULT, *Surveiller et punir : naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

744Ces pratiques discursives sur la guerre sont notamment étudiées par V. JABRI, « La guerre et l'État libéral démocratique », *Cultures & Conflits*, 61, 2006, pp. 9-34

745Voir *infra* (Titre 2, Chapitre 2).

pratique discursive sur la délinquance qui consiste à fixer le discours pénal sur l'idée de dangerosité et d'autres notions similaires (A). Dans des conditions construites en termes d'urgence, la dangerosité s'introduit dans les discours politiques, de sorte que ces derniers soient sujets aux restrictions et aux impératifs de la dangerosité, constitués en termes de demande de sécurité contre une menace existentielle, tels qu'ils s'imposeraient dans un contexte de guerre. Après avoir étudié ce qui a pu conduire à l'élaboration d'une telle idéologie, il conviendra d'en donner des éléments de définition de son application (B). Notre analyse argue que, bien qu'il soit crucial de reconnaître l'importance d'une politique criminelle maîtrisée, il est tout aussi important de rendre compte des explicites sous-tendus à l'application de ce principe de précaution à la matière pénale. Ces explicites ne sont pas simplement présents ou apparents d'un point de vue juridique (lois), mais comprennent des pratiques profondément ancrées et institutionnalisées.

A. UNE PRATIQUE DISCURSIVE POLITICO-JURIDIQUE AXÉE SUR LA DANGEROUSITÉ ET SUR D'AUTRES CONCEPTS VOISINS

328.- Un des éléments déterminants pour comprendre l'idéologie pénale précautionniste est la récurrence du discours juridico-politique sur lequel elle s'appuie pour favoriser et instaurer des mesures pénales (d'exclusion, d'intimidation, de contrôle, etc.). Celui-ci met en avant la dangerosité et d'autres notions voisines, empruntées au langage guerrier, notamment le concept d'« ennemi » évoqué plus haut. L'utilisation d'un langage désignant certains individus comme étant des ennemis, n'est pas spécifique à la France. On la retrouve aussi bien en droit international que dans d'autres droits nationaux⁷⁴⁶. Comme le souligne Michèle Papa, ce thème de l'ennemi doit être entendu comme « paradigme », c'est-à-dire que l'ennemi est vu comme « référence pour la construction d'un droit pénal nouveau, un droit pénal en mesure d'affronter les « terribles agressions » venant des « ennemis absolus » »⁷⁴⁷. Nous reprenons cette approche paradigmatique de l'ennemi pour l'appliquer à notre étude. Ainsi, la réapparition de la notion de dangerosité peut être regardée comme le point de départ d'une logique guerrière avec laquelle agirait notre droit pénal contre ceux perçus comme ennemis, dans un système de pensée où la précaution présiderait comme

⁷⁴⁶Comme nous le verrons, le concept d'ennemi était notamment présent dans la stratégie de lutte contre le terrorisme international après les attentats du 11 septembre 2001. Voir aussi *supra*.

⁷⁴⁷M. PAPA, « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international », *RSC* 2009/1, pp. 3-6. Ce paradigme de l'ennemi soulève « l'idée que les règles juridiques pour le citoyen ne peuvent s'appliquer à celui qui rejette les règles ».

préalable d'action face à toutes atteintes attribuées elles-mêmes aux non-amis (1). Une telle perspective suggère que les politiques de sécurité, qui comprennent la production de la peur ainsi que tout un ensemble de mesures d'exclusion, viennent au service de pratiques qui constituent la sécurisation et focalisent le discours sur le danger au centre de la politique. A force de martèlement, ce type de discours contribue à favoriser une certaine conception socio-politique de la justice pénale axée sur une politique criminelle et l'application d'un droit pénal garants de la prise de précautions maximales pour défendre la société (2). Aujourd'hui, depuis 2014, une déconstruction de ce discours a été amorcée, sans que l'on puisse avoir, à ce jour, le recul nécessaire pour sonder la réussite d'une telle entreprise.

1) La réapparition de la dangerosité dans le langage politico-juridique : le passage d'une logique pacificatrice des rapports sociaux à une logique guerrière du droit pénal

329.- La médiatisation importante du discours politique sur l'insécurité réactualise la dangerosité et sa menace au centre des impératifs législatifs pénaux, et l'érige en ennemi de l'État contre lequel une riposte « guerrière » s'impose. Dans son étude des relations entre la guerre et les médias, Carol Gluck montre bien comment se réalise cette désignation de la menace et le poids des mots utilisés. Dans la « guerre du bien contre le mal » menée par les États-Unis après les attentats du 11 septembre 2001⁷⁴⁸, l'auteur explique que « D'abord, le gouvernement était tenu de faire émerger « un nouveau type d'ennemi » pour justifier un plan antiterroriste d'envergure. Pourtant, « le terrorisme n'avait rien de particulièrement nouveau. Il continuait à être déterritorialisé, transnational et mis en œuvre par des civils politiquement et affectivement engagés. Mais lancer une guerre totale contre ce terrorisme nécessitait de le représenter non comme un criminel, mais comme un ennemi. En fait, le gouvernement s'en est vite donné un sur le modèle traditionnel, en faisant de Ben Laden l'homme à abattre, comme cela avait été le cas pour Saddam Hussein pendant la guerre du Golfe, ennemi que George Bush père avait en son temps comparé à Hitler. [...] Et comme aucun d'entre eux n'a été finalement « attrapé », le qualificatif de terroriste a été étendu aux pays d'un « Axe du mal » (Irak, Iran, Corée du Nord), ce qui lui permettait d'identifier de

⁷⁴⁸Mais ce débat remonte avant le 11 septembre, à la fin des années 90 avec la publication de l'essai de G. JAKOBS, «*Feindstrafrechts* ». M. PAPA, *op.cit.* Nous en parlerons *infra*.

façon plus familière l'ennemi à un État »⁷⁴⁹. L'auteur relève bien, ici, l'utilité politique de citer un ennemi, le terroriste, et de lui affecter une symbolique, le « mal ».

330.- Pour comprendre cette mutation du discours juridico-politique vers un langage guerrier, il faut se référer, comme le fait Mireille Delmas-Marty, à propos du droit pénal international⁷⁵⁰, aux thèses de Carl Schmitt. Partant du paradigme de l'exception, celui-ci élabore une théorie politique fondée sur le « décisionnisme » et le concept d'ennemi. « Est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle »⁷⁵¹ et cette situation est celle qui autorise, rend nécessaire même, l'évacuation de l'ordre juridique ordinaire - mais il ne s'agit par pour autant de chaos ou d'anarchie, il subsiste toujours un ordre, un autre ordre, politique ou souverain⁷⁵². Aussi, « celui qui détient la vraie puissance définit aussi les mots et les concepts »⁷⁵³. Il y aurait ainsi « une fonction performative de la souveraineté décisionnelle, car le souverain statue sur le caractère exceptionnel d'une situation (énonciation) cependant qu'il se voit ainsi habilité à prendre les mesures (action) pour la réduire et la résorber dans le droit commun [...]. Le souverain, qui n'est lié par aucune définition préalable, décide à la fois de et dans l'état d'exception : il « décide autant de l'existence du cas de nécessité extrême que

749C. GLUCK, « 11 Septembre. Guerre et télévision au XXI^e siècle », *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 2003/1, 58^e année, pp. 135-162., ici p. 146. L'auteure, qui étudie les liens entre la guerre et la télévision, relève que l'élément cinématographique le plus frappant était le langage « à la John Wayne » que le président a utilisé lorsqu'il a promis « d'attraper » Ben Laden, puis les membres d'Al-Qaida et le mollah Omar.

750M. DELMAS-MARTY, « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? » *RSC* 2007 p. 461 ; M. DELMAS-MARTY, « Violence et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *RSC* 2009/1 pp. 59-67.

751C. SCHMITT, « Souverän ist, wer über den Ausnahmestand entscheide », 1988 (1922), *Théologie politique I*, trad. J.-L. Schlegel, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », p. 16. Carl Schmitt donne ainsi une nouvelle définition de la souveraineté, basée sur la décision en situation d'exception. Pour plus de détails sur la signification donnée à « situation exceptionnelle », V. not. E. TUCHSCHERER, « Le décisionnisme de Carl Schmitt : théorie et rhétorique de la guerre », *Mots. Les langages du politique* [en ligne], 73 | 2004, mis en ligne le 09 octobre 2008. URL : <http://mots.revues.org/index15642.html>, pp. 26-27. « Carl Schmitt s'en explique successivement, dans une interpolation de la formule initiale : est souverain « celui qui décide en cas de conflit, en quoi consistent l'intérêt public et celui de l'État, la sûreté et l'ordre public, le salut public ». « Il faut observer que cette nouvelle définition déporte en quelque sorte la marque de la souveraineté d'un critère organique (la question est : qui décide ? quis judicabit ?) vers un critère matériel, spécifiant les circonstances (en situation de conflit) et les objets (l'intérêt public et celui de l'État) sur lesquels il lui appartient de statuer. À la faveur de ce déplacement, Carl Schmitt rabat sa définition décisionniste de la souveraineté sur un problème concret qu'il désigne ici provisoirement par le terme conflit (Konfliktsfall), qui ne fait pour l'instant l'objet d'aucune spécification, et qui peut recouvrir des situations les plus diverses ».

752« L'exception est un ordre spécifique parce qu'elle n'est pas une infraction à l'ordre juridico-politique mais un passage à la limite, à la frontière du droit et du non-droit, qui met celui-ci à l'épreuve et en révèle les mécanismes profonds. C'est ainsi que Carl Schmitt peut affirmer que, d'un point de vue méthodologique, « l'exception est plus intéressante que le cas normal. Le cas normal ne prouve rien, l'exception prouve tout ; elle ne fait que confirmer la règle ». L'exception exhibe le fondement de la légalité ou, comme le dit Carl Schmitt, « la règle ne vit que par l'exception¹ » (C. SCHMITT, *Théorie politique, op.cit.*, p. 25) », E. TUCHSCHERER, *op.cit.*, p. 29 .

753C. SCHMITT, 1990 (1932), « Les formes de l'impérialisme dans le droit international », trad. J.-L. Pesteil in *Du politique*, Puisseaux, Pardès, p. 99.

des mesures à prendre pour y mettre fin »⁷⁵⁴. S'agissant de notre domaine d'étude, force est de constater que c'est bien le politique, qui, par le biais du législateur⁷⁵⁵, désigne la dangerosité comme l'ennemi et incidemment comme l'exception légitimant l'usage de mesures particulières sur un mode de précaution et souvent peu garantistes des droits de l'homme⁷⁵⁶.

331.- Plus tard, Carl Schmitt donnera une définition de la souveraineté basée sur la distinction ami/ennemi qui apparaît comme le critère spécifique du politique⁷⁵⁷. Dans le décisionnisme schmittien, la guerre, qui n'était qu'une modalité des situations exceptionnelles est substituée progressivement à l'état d'exception. Mais quels sont donc cet ami et cet ennemi ?⁷⁵⁸. « Seul l'ennemi compte véritablement dans l'économie conceptuelle du décisionnisme politique, car il est celui qui cristallise l'essence polémique de toute relation collective [...]»⁷⁵⁹. Pour l'auteur, l'unité politique ne se construit et ne se conçoit qu'à travers la désignation, l'éviction et l'exclusion d'un pôle d'altérité radicale que constitue l'ennemi. C'est ainsi que dans l'idéologie pénale précautionniste sont expressément désignés ces Autres dangereux, la désignation de la société des amis ne s'établissant qu'implicitement, par opposition à cette première catégorie.

754E. TUCHSCHERER, *op.cit.*, p. 28. Citation de Carl Schmitt en fin de phrase : *Théorie politique, op.cit.*, p. 17.

755Et ceci a notamment été possible ces dernières années en raison de la triple voire quadruple adéquation politique au niveau présidentiel, gouvernemental, de l'assemblée générale et du sénat. Aujourd'hui, la situation est différente depuis l'élection d'un sénat majoritairement à gauche, donc dans l'opposition. Et les prochaines élections présidentielles en 2012 vont peut être encore changer la donne. Toutefois, ces modifications d'ordre politique sont soit trop récentes, soit qu'hypothétiques. Il est donc prématuré d'en tirer des conséquences.

756Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2 relatif aux influences de ce modèle à tendance précautionniste sur les principes du droit pénal.

757Il faut noter que pour Carl Schmitt, il n'y a pas forcément, entre amis et ennemis, antagonisme entre deux entités abstraites. Cette discrimination s'applique à une relation, « au plus haut degré d'intensité d'union (Verbindung) ou de désunion (Trennung), d'association ou de dissociation » (C. SCHMITT, *La Notion politique*, p. 64, cité et traduction modifiée par E. TUCHSCHERER, *op. cit.*, p. 30).

758Emmanuel Tuchscherer répond : « Il s'agit là du moyen terme typique d'un syllogisme guerrier, le moment particulier qui allie les deux pré-supposés universels de la guerre : je ne peux vivre politiquement sans ennemi. Or, l'ennemi ne peut être qu'un être réel, concret, qui me fait face et dont j'éprouve la résistance. Il m'appartient donc de le désigner comme tel et de le combattre.[...] [La] conception [schmittienne] de l'ami se donne en effet de manière purement négative, en creux, comme le contraire de l'ennemi. Il est le non-ennemi ou, comme Carl Schmitt s'en expliquera plus tard, « tout ce qui n'est pas ennemi porte eo ipso [le nom] d'ami » (CARL SCHMITT, 1938, Corollaire II à la « *Notion de politique* », NP, p. 165). (E. TUCHSCHERER, *op.cit.*, pp. 33-34).

759« Ni concurrent ni adversaire (Gegner), pas davantage rival personnel, objet d'une antipathie ou d'une haine personnelle, l'ennemi ne saurait être qu'un ensemble d'individus groupés, un « ennemi public » (Feind ist nur der öffentliche Feind), hostis par opposition à ennemi privé, inimicus. Qu'il soit identifié à un État étranger qui menace la souveraineté et l'intégrité territoriale d'un autre État ou à une faction séditionnelle susceptible de miner l'État de l'intérieur, l'ennemi est toujours la figure d'une altérité (Anderssein) radicale, qu'il faut tantôt réduire, tantôt expulser de l'unité politique organique ». E. TUCHSCHERER, *op. cit.*, pp. 33-34.

332.- On trouve dans l'analyse de Carl Schmitt des éléments de compréhension du discours contemporain sur l'homme dangereux. Depuis quelques années, les discours politiques relatifs à la sécurité s'enracinent dans la figure de l'homme dangereux. Nous avons déjà cité certains d'entre eux qui allaient jusqu'à qualifier le criminel « dangereux » de « monstre »⁷⁶⁰. Ces discours, mais également leur incarnation dans des règles spécifiques applicables aux « dangereux », ne seraient-ils pas, en effet, l'illustration d'une vision idéologique, qui opère une scission entre les non dangereux et les dangereux, entre les amis et les ennemis, entre les victimes (réelles ou potentielles) et les bourreaux (délinquants, malades mentaux) ? L'idéologie pénale précautionniste semble, en effet, participer de la logique schmittienne. A bien des égards, elle s'érige à la fois en lien social entre les victimes passées et futures et en rempart contre les autres, les dangereux⁷⁶¹. Et finalement, tous ceux qui ne sont pas désignés comme ennemis, sont « négativement », par défaut, des amis, pouvant donc être intégrés à l'unité sociale. Nous verrons que, poussée à l'extrême, cette logique, fondée sur la précaution face aux dangers et aux dangereux, pourrait conduire à un véritable schisme au sein de la société civile⁷⁶². Aussi, pour assurer une unité entre ceux qui font ou sont susceptibles de faire l'objet de victimisations, l'identification d'un ennemi s'avère être un des instruments privilégiés de l'idéologie précautionniste qui sous-tend la politique criminelle actuelle.

333.- Des auteurs ont, en effet, inscrit l'articulation entre la guerre et la politique dans un rapport instrumental. « La guerre », déclare Carl von Clausewitz, « n'est qu'une simple continuation de la politique avec d'autres moyens [...] Elle n'est pas seulement un acte de la politique mais un véritable instrument de celle-ci [...] » ; « la guerre est le moyen et le moyen ne peut jamais être pensé sans la fin »⁷⁶³. Dans le domaine qui nous intéresse, la guerre conduite contre l'homme dangereux peut être entendue comme le moyen d'une politique dont la fin est la sécurité et la protection de la société, et plus encore la précaution pour cette dernière⁷⁶⁴. Il ne faudrait donc pas négliger cette finalité de l'idéologie précautionniste lorsqu'on étudie le langage guerrier utilisé à l'encontre des « dangereux »⁷⁶⁵.

760 Voir *supra*.

761 Voir aussi *supra* sur le modèle précautionniste de politique criminelle.

762 Voir *infra*, Titre 2, « Vers un modèle précautionniste ? », figure 3.

763 E. WEIL, « Guerre et politique selon Clausewitz », *Revue française de science politique*, 5^{ème} année, n°2, 1955. pp.291-314.

764 La précaution devient bien plus une finalité qu'un seul moyen de lutter contre la délinquance, comme nous le signalions en introduction de cette section.

765 Sans quoi on entrerait dans le jeu politique constituant à rattacher au laxisme ou à un certain angélisme tout propos critique à l'égard de la lutte effrénée qu'il mène.

334.- Carl von Clausewitz poursuit : « [Les forces armées des adversaires] doivent être anéanties c'est-à-dire doivent être amenées au point où elles ne peuvent plus continuer la résistance »⁷⁶⁶. Appliquant cette théorie à la politique criminelle contemporaine, on s'aperçoit très vite qu'effectivement un certain nombre de mesures nouvelles visent l'anéantissement des criminels dangereux, non pas dans le sens d'un anéantissement matériel, d'une destruction ou d'une extermination, mais dans le sens où, contraints par un appareil de surveillance continue⁷⁶⁷, il leur devient presque impossible de continuer d'afficher les traits de l'ennemi, c'est-à-dire de violer la loi et/ou surtout de maintenir les « amis » dans la peur. La lutte menée contre les êtres dangereux s'avère donc être l'outil guerrier d'une politique de sécurité et de précaution qui démontre son efficacité à la mesure de l'effacement de ces êtres dangereux désignés comme ennemis, du moins de l'effacement de la dangerosité dont ils seraient porteurs. Et « Clausewitz, à d'innombrables endroits, n'a qu'ironie pour ceux qui pensent que la guerre puisse être enchaînée, adoucie, civilisée »⁷⁶⁸. C'est dans cette logique absolutiste et radicale que la notion de précaution a vu le jour en droit pénal. La lutte contre l'homme dangereux légitime à elle-même l'emploi de techniques s'éloignant de certains principes fondamentaux et du droit commun. Ainsi, nous le verrons, si la justice pénale a pour mission première de sanctionner la violation de la loi, la « guerre » contre les dangereux justifie, et doit même viser, pour le politique et le législateur de ces dernières années, l'instauration de mesures de précaution⁷⁶⁹. C'est dire que l'insertion de la précaution dans la justice pénale doit être regardée en relation avec l'apparition ou la réapparition d'un langage guerrier utilisé par les tenants de la politique criminelle d'aujourd'hui.

335.- En effet, dans l'idéologie précautionniste, la précaution est d'abord utilisée face à ceux qui sont considérés comme étant les ennemis de la société civile, même si elle tend à s'étendre à tous⁷⁷⁰. Elle s'inscrit, pour beaucoup, dans une finalité d'ostracisme vis-à-vis des « dangereux ». Et cette finalité se situe au centre de ce que l'on pourrait nommer un « droit pénal de l'ennemi », l'ennemi étant celui « qu'il est nécessaire de détruire, annihiler, pour sauver l'humanité, [l'ordre social, la société civile qui désormais jouit d'un droit à la sécurité⁷⁷¹] [...] ». Face à une telle menace, il n'est pas possible d'opposer un quelconque obstacle ou limite au pouvoir punitif : c'est un choix difficile entre tuer ou

766E. WEIL, *op.cit.*, p. 301.

767Voir *infra* sur la surveillance, not. Partie 2, Titre 2.

768E. WEIL, *op.cit.*, p.297.

769Voir *infra* (Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, puis Partie 2, Titre 2, Chapitre 2)

770Voir *infra* sur la société sous surveillance, not. Partie 2, Titre 2.

771Voir *supra*.

mourir »⁷⁷². La désignation d'un ennemi impose en quelque sorte un excès de pouvoir, un affranchissement des limites traditionnellement posées au pouvoir punitif⁷⁷³.

336.- Les marques d'identité du droit pénal de l'ennemi, selon Günther Jakobs, sont au nombre de trois : « l'augmentation de la gravité des peines au-delà de l'idée de proportionnalité permettant même l'application de peines draconiennes » ; « l'abolition ou réduction des minimums de garanties du procès » ; « la criminalisation de comportements qui en réalité ne supposent pas un vrai danger pour des biens juridiques concrets, en anticipant l'intervention du droit pénal avant même l'étape d'exécution du délit »⁷⁷⁴. L'auteur distingue l'ennemi de la personne en se fondant sur la notion de « personnalité ». S'agissant de l'ennemi, Günther Jakobs avance que « l'aspect personne fait un pas en arrière et l'aspect ennemi vient sur le devant de la scène quand les droits de la personne sont réduits, parce qu'on ne peut plus attendre de la personne un comportement conforme à la loi dans l'avenir et que ce comportement non conforme est quelque chose de durable. La personne n'est plus autonome et ses droits sont gérés par une personne étrangère. Cette gestion est contraire à la volonté, responsable, d'une personne et n'est pas compatible avec une personnalité. La personne subit une mutation et devient une source de danger »⁷⁷⁵. Certains autres auteurs, comme Carl von Grolman, estiment que ce phénomène, que l'on pourrait nommer « ennemification », se produit pour chaque infraction⁷⁷⁶. Mais la plupart des auteurs n'attribuent cette situation qu'à des cas exceptionnels.

337.- Francisco Munoz Conde, s'interroge sur ce concept d'ennemi et sa distinction avec le « citoyen normal ». D'un côté, si tous les délinquants peuvent être

772 Dans cette définition, Eugenio Raul Zaffaroni ajoutait : « quelqu'un qu'il est nécessaire de détruire, annihiler, pour sauver l'humanité, une nation, une race ou quoi que ce soit ; un danger certain et imminent ». Et l'auteur poursuit : « Dans ce contexte, le massacre de l'ennemi n'est pas une peine mais une mesure de contrainte administrative directe inévitable, indispensable pour conjurer le danger ». Tel est le cas des « mesures de sûreté » introduites pour les « dangereux ». E. R. ZAFFARONI, *op.cit.*

773 On pourrait aussi se demander si la désignation d'un ennemi ne constitue pas, par ailleurs, le prétexte d'une sorte de légitime défense à un danger à venir. La légitime défense en droit suppose une menace actuelle, réelle et certaine et une riposte proportionnelle (article 122-5 du code pénal). Or, dans notre cas, lorsqu'il est fait usage de précaution face à l'« ennemi », celui-ci n'a pas encore provoqué de dommage concret. Il ne peut s'agir dès lors que d'une légitime défense *a priori*. Eugenio Raul Zaffaroni écrit d'ailleurs : « Le pouvoir conjoncturel a identifié l'ennemi comme il le voulait. Il a appliqué l'étiquette à qui lui faisait face ou le dérangeait réellement, imaginativement ou potentiellement. Mais souvent aussi, cela a servi de prétexte pour utiliser ce pouvoir punitif à l'encontre d'autres qui le gênaient autant ou plus ». E. R. ZAFFARONI, *op.cit.*

774 Francisco Munoz Conde, rapportant les propos de Günther Jakobs. F. MUNOZ CONDE, Université de Séville, « Le droit pénal international est-il un « droit pénal de l'ennemi » ? », *RSC* 2009/1, pp. 19-30.

775 Francisco Munoz Conde, toujours à propos de Jakobs. F. MUNOZ CONDE, *op.cit.*

776 *Ibid.*

considérés comme ennemis, au sens de Carl von Grolman, alors « tout le droit pénal est un droit de l'ennemi »⁷⁷⁷ ; de l'autre, si on s'accorde à dire que seulement certains délinquants sont des ennemis, il faut en « préciser [les] caractéristiques avec la plus grande certitude possible »⁷⁷⁸. Et l'on se trouve vite confronté à la difficulté de donner une définition claire, fermée et donc statique de l'ennemi. Günther Jakobs propose comme définition de l'ennemi : « un individu qui, de manière qui n'est pas accidentelle, dans son comportement, ou dans sa profession, ou principalement par le biais d'une organisation, c'est-à-dire en tout cas d'une manière présumée durable, a fait abandon du droit, et, en conséquence, ne garantit pas le minimum cognitif de sécurité du comportement personnel et montre ce déficit avec son comportement »⁷⁷⁹. Le problème de cette définition comme de toutes celles qui ont été données réside dans son caractère d'ouverture, d'extensibilité. La catégorie « ennemi » n'est pas constante, elle peut s'élargir au gré des politiques et de l'idéologie dominante, tout comme celle de dangerosité⁷⁸⁰.

338.- Pour Eugénio Raul Zaffaroni, le passage à cette logique d' « ennemi » supplantant celle de « délinquant » s'explique, d'une part, par le fait que le droit pénal a toujours été un droit pénal « de l'auteur » et d'autre part, par l'existence d'un contrôle pénal différentiel. Selon lui, le droit pénal devrait être un droit pénal de l'acte⁷⁸¹ car « la légitimation d'un droit pénal de l'auteur conduit à celle d'un droit pénal de l'ennemi ». Dans un contexte de droit pénal de l'auteur, « quand le pouvoir n'est pas satisfait de détenir un pouvoir punitif limité, il proclame une situation d'urgence déclenchée par l'ennemi » et « l'ennemi [étant] toujours capable [par nature] de mettre la société en danger », « il doit être inévitablement anéanti »⁷⁸². Cela rejoint les propos de Carl Schmitt relatifs à la notion d'ennemi, subsumée sous celle de situations exceptionnelles. L'idéologie pénale précautionniste impose une

⁷⁷⁷*Ibid.*.

⁷⁷⁸*Ibid.*

⁷⁷⁹*Ibidem*. Voir également Günther Jakobs lui-même : G. JAKOBS, Université de Bonn, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2009-1, p. 7 : « Une personne en tant que construction seulement normative n'offre pas une orientation dans la vie pratique. Cette attente, qu'elle réalise ses obligations, doit plutôt être fondée de manière cognitive. Réaliser ce fondement est l'obligation élémentaire de chaque membre de la société civile. [...] Si ce fondement cognitif est absent, on doit recourir à la contrainte, ce qui est toujours une dépersonnalisation. La conséquence est le passage de la personne transitoirement dépersonnalisée vers un ennemi énergiquement dépersonnalisée. [...] Les anticipations de la punissabilité dépersonnalisent également, et cela au moins quand elles s'appliquent à l'auteur en tant que source de danger et non seulement à l'auteur d'un acte déjà commis ».

⁷⁸⁰Voir *supra*.

⁷⁸¹Nous verrons cependant qu'émerge une certaine politique criminelle de l'acte, qui est focalisée sur les actes compris comme illustration de la dangerosité de leurs auteurs, cette focalisation s'exerçant au détriment de la compréhension de la complexité de la personne et de l'objectif de sa résocialisation. Voir not. les réformes du droit pénal des mineurs.

⁷⁸²E. R. ZAFFARONI, *op.cit.*

certaine urgence face aux présumés dangereux⁷⁸³. Par la terreur qu'elle véhicule, la figure symbolisée d'un homme dangereux, incarné notamment par les criminels sexuels récidivistes, amène le pouvoir à instaurer le plus rapidement possible des mesures exceptionnelles capables de contenir ce danger.

339.- Le droit pénal de l'ennemi doit aussi être regardé dans la relation particulière qu'il entretient avec l'État de droit. Eugénio Raul Zaffaroni affirme que l'État de droit ne peut intégrer la notion d'ennemi, « le concept [correspondant] au modèle d'un État absolu »⁷⁸⁴, tout en déclarant, *in fine*, que cette incompatibilité radicale théorique souffre à l'épreuve de la réalité. « Ce phénomène [de pénétration de l'État de droit par le droit pénal de l'ennemi] s'explique parce que les États de droit réels ne sont pas des États de droit idéaux, lesquels n'existent pas dans ce monde. Tous les États de droit de ce monde sont en réalité un processus de contradiction permanente entre l'État de droit et l'État de police, c'est-à-dire que l'État absolu ne disparaît pas avec l'État de droit réel, mais l'État de police (dans une tension constante vers l'État absolu) reste enfermé à l'intérieur de l'État de droit, mais avec des pulsions constantes essayant de le perforer et, si possible, de le faire éclater. Aussitôt que la capsule contenant l'État de droit s'affaiblit, l'État de police émerge avec la tendance à dériver vers un État absolu [...]. De cette façon, les États de droit de ce monde ne sont pas quelque chose de statique ; mais ce sont des processus dynamiques »⁷⁸⁵.

340.- En effet, « La réalité législative actuelle » démontre qu' « un compromis a été proposé, au cours de ces dernières années, qui consiste à admettre l'existence d'un espace pour un droit pénal de l'ennemi, limité aux cas exceptionnels afin d'empêcher la contamination de l'ensemble du droit pénal »⁷⁸⁶. « Ce qui est proposé, c'est de limiter le

783 Voir *supra* sur l'urgence. Cette urgence à agir apparaît implicitement dans l'adoption de lois pénales imposant des mesures particulières pour les présumés dangereux.

784 Carl Schmitt écrivait bien : « Ennemi total, guerre totale, État total ». Eugénio Raul Zaffaroni poursuit : « Dans le contexte de la guerre froide, il ne s'agissait rien d'autre que d'une rationalisation qui permettait de suspendre provisoirement l'État de droit, en établissant temporairement l'État absolu, jusqu'à l'anéantissement de l'ennemi (tout dissident réel, potentiel ou suspecté de l'être) et de la neutralisation résultant de l'urgence. La thèse de Schmitt était cohérente avec ses travaux précédents : l'ennemi requérait un État absolu, bien qu'il ne fût pas permanent ni qu'il promit un Reich millénaire ». E. R. ZAFFARONI, *op.cit.*

785 *Ibidem*. Et voir *infra* sur les atteintes à l'État de droit.

786 Nous élargirons par la suite les propos de l'auteur, qui se référerait, lorsqu'il évoquait « la réalité législative actuelle », aux réformes qui ont fait suite aux attentats du 11 septembre 2001 : depuis la confrontation du droit pénal aux « crimes de destruction massive et indiscriminée du 11 septembre, du 11 mars et du 7 juillet 2001 » (« des crimes de lèse- humanité »), « Le pénaliste contemporain est confronté à une quantité de lois qui se développent contre les droits de l'homme et consacrent l'idée d'ennemi : qui permettent la répression d'actes préparatoires très éloignés de la consommation, qui créent d'incessants types de danger, avec des limites conceptuellement floues [etc.] [...]. Tout ce recul vers la législation pénale pré-moderne est une réalité

concept d'ennemi et d'introduire, pour ceux qui entreraient dans ce concept, des mesures différentes des peines »⁷⁸⁷. Dans ces cas exceptionnels, ces cas de dangerosité patente émanant de certains criminels, il n'y aurait finalement qu'une alternative : éloigner, évincer la dangerosité ou prendre le risque d'être confrontée à elle. « Si nous sommes confrontés à un choix difficile entre tuer ou mourir, rien ne doit entraver le pouvoir de l'État ; il doit être absolu, et tout obstacle est une capitulation ou une trahison de la cause de la sauvegarde de l'humanité, [de la sécurité des citoyens amis] »⁷⁸⁸. Tel est le fondement de l'idéologie précautionniste que l'on retrouve sous la forme de l'argument type avancé par les hommes politiques lorsqu'ils décident d'œuvrer contre la délinquance et pour la sécurité de leurs électeurs, et que partant ils instaurent un degré supérieur de coercition à l'encontre des « ennemis » (qui parfois finit par s'étendre à tous, ennemis comme amis).

341.- En outre, Eugénio Raul Zaffaroni donne une définition de l'« État absolu de sécurité nationale ».⁷⁸⁹ Celui-ci « se caractérise dans le champ pénal par un triplement du système pénal : d'abord le système pénal plus ou moins formel continue de fonctionner ; ensuite, un système pénal parallèle est mis en œuvre (des emprisonnements, sur invocation d'urgence, de nature administrative, indéterminés et sans droit à révision judiciaire) ; et, enfin, un système pénal souterrain recourt à la torture, aux séquestrations, aux disparitions forcées de personnes, prend des otages, effectue des exécutions sans procès et saisit des butins de guerre »⁷⁹⁰. Aujourd'hui, si l'on ne peut pas, bien entendu, affirmer que l'actuel système pénal français est symptomatique d'un État absolu de sécurité au sens d'Eugénio Raul Zaffaroni, force est d'observer la tendance à un doublement du système pénal : le système pénal classique (qui recouvre finalement le droit commun) perdure, mais se développe aussi un autre système pénal tangent recourant à des mesures spécifiques ainsi qu'à des notions utilisées dans une logique belliciste telles que le suggèrent la dangerosité et la précaution. Comme nous l'avons vu, l'instauration de ce système « parallèle » a été présentée

législative actuelle ». D'ailleurs, Eugénio Raul Zaffaroni décrit très bien l'extensibilité de la catégorie de l'ennemi, son déplacement envisageable du terroriste à d'autres criminels : « De plus, si le droit pénal de l'ennemi est admis pour les terroristes, il n'y aura pas de raison pour ne pas l'appliquer à d'autres criminels abominables, comme peuvent l'être les violeurs et assassins d'enfants, les pirates de l'air, les criminels qui assassinent des vieilles dames sans défense pour les voler, les violeurs en série, etc. Le cercle des ennemis sera toujours destiné à s'agrandir, spécialement par l'effet de la puissance des moyens massifs de communication sociale sur les politiques, qui sont otages du discours vindicatif (völkisch) des médias dans le monde virtuel dans lequel nous vivons ». E. R. ZAFFARONI, *op.cit.*

⁷⁸⁷*Ibid.*

⁷⁸⁸*Ibid.*

⁷⁸⁹*Ibid.*

⁷⁹⁰*Ibidem.*

comme étant une exception à la règle. Ce système est décrit comme légitime parce que réservé aux « ennemis », aux « monstres, aux « fauves »⁷⁹¹. La « double voie »⁷⁹² que poursuit ainsi le droit pénal est justifiée par l'extrême, l'exceptionnelle dangerosité des ennemis et par le fait que le « droit pénal de l'ennemi » « serait habilité à côté du droit pénal libéral »⁷⁹³ applicable aux seuls « amis ». C'est bien le caractère exceptionnel⁷⁹⁴ invoqué qui « introduit et légitime le concept d'ennemi dans l'État de droit »⁷⁹⁵.

342.- C'est aussi cette dangerosité exceptionnelle qui légitime l'adoption de mesures de sûreté. Celles-ci sont décrites par Günther Jakobs comme étant révélatrices du mode de fonctionnement de ce système parallèle. La détention de sûreté allemande *Sicherungsverwahrung*, dit-il, « n'est pas une peine », son seul objectif étant « la prévention contre d'autres faits pénaux »⁷⁹⁶. Revenant à sa définition de l'ennemi reposant sur le critère de la « personnalité », il précise, à propos de cette mesure qu'elle sous-entend que « l'attente normative que le détenu se comportera comme une personne et donc remplira ses obligations manque de fondements cognitifs adéquats »⁷⁹⁷. Dans ce cas, l'aspect « personne » est en retrait, (« la personne détenue n'est pas complètement dépersonnalisée [elle possède « encore le droit à l'intégrité physique, à la propriété »⁷⁹⁸ etc., (encore que ceux-ci ne soient, à notre sens, que formels et non plus réels, en application de la distinction marxiste entre droits formels et droits réels⁷⁹⁹)] mais ces droits [sont] inutilisables en détention »), cet aspect cède au profit de celui de dangerosité⁸⁰⁰. La personne détenue est ennemie de la société. Selon Günther Jakobs,

791 Voir *supra* sur ce type de discours.

792 Christine Lazerges évoque un « dédoublement du droit pénal dans ses fondements [...] avec la consécration de la dangerosité comme justification de mesures qui échappent au droit des peines [...] ». CH. LAZERGES in G. GIUDICELLI-DELAGÉ et CH. LAZERGES (dir.), *op.cit.*, p. 87.

793 E. R. ZAFFARONI, *op.cit.*

794 Voir *infra* sur l'état d'exception.

795 E. R. ZAFFARONI, *op.cit.* Par exemple, la rétention de sûreté a été présentée comme légitime et a été validée par le Conseil constitutionnel car elle a vocation à s'appliquer à des individus dont la dangerosité est exceptionnelle.

796 G. JAKOBS, *op.cit.*, p.7

797 *Ibidem*.

798 *Ibidem*.

799 Sur point, voir par exemple, CL. LECLERCQ, *Libertés Publiques*, Paris, Litec, 1994, p. 17.

800 *Idem*. Selon Günther Jakobs, cette mesure montre que l'exclusion de l'auteur et une exclusion de soi-même ; elle est la conséquence de faits commis dont il est coupable et de l'attente de faits dont il pourrait se rendre coupable dans l'avenir. A l'inverse, quand le criminel montre lui-même des garanties cognitives minimales pour entretenir des rapports personnels avec soi-même, il perd la qualité d'ennemi. D'ailleurs, chaque citoyen a le devoir ou au moins a à remplir l'obligation de se présenter tant bien que mal comme cognitivement fiable. Selon l'auteur, on ne peut éviter des situations totalitaires que lorsqu'on peut estimer que la tâche de cette fiabilité est remplie par chacun, parce qu'une société dans laquelle seule la police peut garantir des fondements cognitifs suffisants du droit, doit instaurer un État de surveillance tellement dense et hermétique qu'il n'y a plus de place pour la liberté. On doit pouvoir attendre du citoyen une conduite légale, moins encore, on devrait pouvoir la supposer.

« Un État, qui doit et veut protéger ses citoyens contre des crimes prévisibles [auquel il faut ajouter aujourd'hui, selon nous, les crimes imprévisibles], ne peut pas se passer d'une telle institution »⁸⁰¹. Cette phrase résume à elle seule le défi de l'idéologie pénale précautionniste. C'est bien cette idéologie qui a conduit, notamment, à l'instauration de la rétention de sûreté en 2008 en France. La politique sécuritaire se parant d'une logique d'ennemi et faisant prévaloir ainsi la sécurité des amis, se devait, si l'on en croit Günther Jakobs, de créer cette mesure particulière, fondée sur la dangerosité, laquelle est entendue comme signe d'appartenance à la classe « ennemie ».

343.- Pour conclure, l'idéologie pénale de précaution entretient des rapports de réciprocité sinon d'inhérence avec le droit pénal de l'ennemi. L'un(e) appelle l'autre. Pour se déployer, la précaution doit viser des menaces « ennemies » (ce que nous verrons *infra*) ; le droit pénal de l'ennemi, quant à lui, impose que l'on prenne des précautions face à l'ennemi. Günther Jakobs relève bien cette complémentarité entre logique d'ennemi et logique de précaution, sans toutefois nommer cette dernière : « La punition d'actes commis est applicable au citoyen, la défense contre des actes futurs à l'ennemi »⁸⁰². Par conséquent, dès que le droit pénal entend agir en amont de la commission d'infraction, donc sur un mode « précautionniste », il revêt presque automatiquement les caractères d'une logique de lutte contre l'ennemi, d'une logique guerrière⁸⁰³.

344.- Günther Jakobs précise que le « droit pénal de l'ennemi est un droit d'exception »⁸⁰⁴, auquel il est favorable dans la mesure où il n'est applicable qu'aux seuls criminels graves. Il insiste, par ailleurs, sur le fait qu'« on doit le qualifier comme tel afin d'exclure des malentendus avec le droit commun du citoyen »⁸⁰⁵. En effet, on ne peut affirmer, aujourd'hui, que l'ensemble du droit pénal endosse une logique d'ennemi, mais la fondation

801G. JAKOBS, *op.cit.*

802*Ibidem.*

803S'agissant de son droit national, le droit allemand, Günther Jakobs précise que « des règles du droit pénal de l'ennemi se trouvent dans le droit pénal matériel aussi bien que formel ». En droit positif français, l'observation nous conduit à la même conclusion. D'un point de vue matériel, des délits ont été créés sur un mode de pénalisation de comportements jugés menaçants sans que ceux-ci soient à l'origine de dommages concrets, exceptée la menace qu'ils incarnent (si tant est qu'elle est concrète) ; des sanctions ont été aggravées à l'encontre de ceux qui sont les « ennemis de la République », les récidivistes ; des mesures de sûreté ou « *sui generis* » sont désormais applicables aux « dangereux ». Et d'un point de vue formel, certains « ennemis » (les terroristes et les délinquants et criminels organisés) sont contraints à des procédures « bis », au cours desquelles, pour le dire succinctement, les droits de la défense sont réduits par rapport à ceux imposés dans la procédure traditionnelle.

804*Ibidem.*

805G. JAKOBS, *op.cit.*

d'un droit pénal de l'ennemi, fût-il exceptionnel⁸⁰⁶, peut avoir des conséquences néfastes sur la philosophie-même de la justice pénale. On peut craindre que l'idéologie pénale précautionniste, qui imprègne les récents textes pénaux, bouleverse la rationalité pénale⁸⁰⁷.

345.- D'ailleurs, Eugénio Raul Zaffaroni, dénonce, lui, l'existence d'une étendue réelle de la logique de l'ennemi. Pour lui, « le pouvoir punitif [est] un fait politique et non juridique »⁸⁰⁸. L'instauration du concept d'ennemi provient d'un fait politique. Elle participe de l'idéologie dominant du pouvoir politique en place. Et même si ce concept n'est appliqué, initialement, qu'à des cas jugés exceptionnels à la mesure de leur dangerosité, son extension n'est pas à exclure, tant la définition de l'ennemi est lacunaire en raison de son caractère ouvert. A l'instar des figures de la dangerosité, « les figures des ennemis se déplacent très rapidement »⁸⁰⁹. Dès lors que le droit pénal de l'ennemi est légitimé, « il est impossible de contenir le pouvoir punitif de l'ennemi dans cet espace, tant en extension qu'en intensité »⁸¹⁰. En effet, il n'est pas possible de parvenir à enfermer la logique d'ennemi dans l'exception. Par conséquent, les dérives sont aisément envisageables et se sont déjà maintes fois manifestées⁸¹¹. Il semblerait que, déjà aujourd'hui, ce droit pénal de l'ennemi s'applique à d'autres que les terroristes, initialement visés⁸¹² en raison de l'utilisation de la notion tout aussi extensible de dangerosité⁸¹³. Ainsi, dans une idéologie précautionniste, il s'applique à tous ceux dont la dangerosité est supposée ou à tous ceux dont l'innocuité ne peut être démontrée. L'idéologie précautionniste incite au passage d'un droit pénal de l'ennemi d'exception à un droit pénal de précaution dans son ensemble (à un droit pénal commun de précaution).

346.- Aussi, à la question « que peuvent faire les pénalistes face à l'érection d'un droit pénal de l'ennemi ? », Eugénio Raul Zaffaroni répond que « dans le domaine normatif d'aucun État de droit, il n'y a de conciliation possible avec la théorisation d'un droit

806 Voir *infra* sur l'état d'exception (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2).

807 Voir *infra*, Partie 1, Titre 2.

808 E. R. ZAFFARONI, *op.cit.*

809 *Ibid.*

810 *Ibid.*

811 Eugénio Raul Zaffaroni souligne que « L'histoire démontre, tout au long de ces huit cents ans, que tout droit pénal de l'ennemi s'introduit par une voie exceptionnelle et jamais générale, mais que, tout de suite, l'exceptionnel est devenu normal et général, parce qu'est inévitable le déplacement de l'exercice du pouvoir punitif. [...] ». E. R. ZAFFARONI, *op.cit.* Voir aussi *supra*.

812 Voir *supra*.

813 Voir *supra* sur la notion de dangerosité (Section précédente).

pénal de l'ennemi » et que « l'article 1^{er} de la DUDH⁸¹⁴ n'admet aucune exception »⁸¹⁵. Il faut comprendre ici qu'aucun droit de l'ennemi, y compris exceptionnel, ne doit être légitimé ni même admis. Et que c'est là, la tâche des juristes de délégitimer tout droit pénal de l'ennemi. Car « À partir du moment où l'on accepte la thèse du compromis, le savoir juridique pénal se retire pour toujours du champ de lutte permanente que tout processus d'État de droit de ce monde ou réel exige »⁸¹⁶. Par conséquent, afin de conserver intact l'État de droit, nous avons le devoir de combattre à la racine l'idéologie précautionniste, qui promeut, *in fine*, l'extension perpétuelle de l'exception. Et Eugénio Raul Zaffaroni de préciser : « Les lois continuent d'exister, mais la science juridique pénale doit les délégitimer et proposer leur inconstitutionnalité, en soulignant leur irrationalité, fournir les arguments pour qu'elles soient disqualifiées par les juridictions nationales et internationales, par l'opinion publique nationale et internationale, démasquer leur condition de lois d'État absolu, montrer leur incompatibilité avec l'État de droit. C'est la puissance du discours, qui est l'unique force qu'exerce le savoir juridique. Il n'y a pas de pouvoir qui subsiste sans le discours qui le légitime ; ou, du moins, il s'affaiblit dans une bonne mesure »⁸¹⁷.

347.- Déconstruire le discours de l'idéologie précautionniste passe déjà par la prise de conscience des mécanismes conduisant à l'ancrage de cette dernière.

2) L'impact du langage sur la conception sociale de la justice pénale

348.- Certaines études montrent la force des discours idéologiques et leur impact sur notre jugement et notre appréhension des événements. L'idéologie précautionniste, en présentant un discours répétitif sur le danger, parvient à faire intégrer dans les esprits l'incontestable existence de ce dernier. Le linguiste Noam Chomsky explique le mécanisme de cette adhésion par la force insidieuse de l'idéologie à l'œuvre dans la société.

349.- L'auteur distingue la société totalitaire de la société démocratique en ce que dans la première, la ligne du parti dominant est définie, et tout individu est forcé de s'y soumettre, tandis que dans la seconde, la ligne du parti dominant est sous-entendue, elle est

814 Cet article dispose que : « *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité.* »

815 E. R. ZAFFARONI, *op.cit.*

816 *Ibidem.*

817 *Ibidem.*

sous-jacente⁸¹⁸. Dans la société démocratique, approfondit-il, il existe certes un débat mais celui-ci porte sur les présupposés de l'idéologie dominante. Ce qui donne l'impression que les sujets débattus sont des sujets portés à la contestation alors qu'en réalité ce sont des sujets prédéfinis par la ligne de pensée dominante. Il rejoint les propos de Pierre Bourdieu auxquels nous nous référons plus haut concernant l'imposition de problématiques par le fonctionnement des sondages d'opinion⁸¹⁹. Aujourd'hui, lorsque des thématiques sécuritaires sont soumises au débat public, elles font partie d'une idéologie pénale portée par le politique dominant pour qui la sécurité doit être considérée par tous comme une priorité absolue. Ainsi la « fabrique du consentement »⁸²⁰ a pu s'opérer sur des thématiques telles la délinquance des mineurs, la pédophilie, la maladie mentale ou encore le multi-récidivisme.

350.- Pour le journaliste Walter Lippman à qui nous empruntons l'expression, « fabriquer du consentement c'est [...] obtenir l'adhésion et la soumission de l'opinion en créant des illusions nécessaires, des illusions qui peuvent être la création de besoins artificiels ou bien, au contraire, la création de peur, d'insécurité ou de terreur, bref des illusions qui créent des désillusions »⁸²¹.

351.- Prenons, pour notre recherche, l'exemple éloquent de la criminalité des malades mentaux. Pour ces personnes, « le geste violent le plus extrême, l'homicide, représente un cas particulier. Il s'agit d'un acte rare dont la fréquence varie d'un pays à l'autre. Dans la très grande majorité des pays industrialisés, les taux d'homicides sont de faibles à modérés, c'est-à-dire qu'ils représentent un à cinq cas pour 100 000 habitants par année. Le risque qu'un individu commette un meurtre varie donc de 0,001 à 0,005 %. On estime que les troubles mentaux graves seraient responsables de 0,16 cas d'homicide par 100 000 habitants, soit un taux de 0,00016 % »⁸²². « L'essentiel de la violence dans la société

818N. CHOMSKY, *De la propagande*, Entretiens avec David Barshevan, 10/18, 2001.

819P. BOURDIEU, Exposé fait à Norroît (Arras) en janvier 1972 et paru dans *Les temps modernes*, 318, janvier 1973, pp. 1292-1309, repris dans P. BOURDIEU, *Questions de sociologie*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1984, pp. 222-235.

820W. LIPPMAN, « Public opinion », disponible sur xroads.virginia.edu/~hyper2/CDFinal/Lippman/cover.html

821Ibidem.

822J.-L. DUBREUCQ, C.C. JOYAL, F. MILLAUD, « Risque de violence et troubles mentaux graves » (Risk of violence and serious mental disorders), *Annales Médico Psychologiques* 163 (2005) 852-865, p. 855 (document disponible à http://laurent-mucchielli.org/public/Risque_de_violence_et_troubles_graves.pdf). Les auteurs se réfèrent à l'étude suivante : J. COID, « The epidemiology of abnormal homicide and murder followed by suicide », *Psychol Med* 1983 ; 6(3-15):855-60. Voir également, J.-L. SÉNON, « Violences, schyzophrénie et troubles mentaux graves », Université de Poitiers, CRIMCUP, disponible <http://www.senon-online.com>.

n'est pas dû aux malades mentaux. Il faut le dire et le répéter »⁸²³. Pourtant, l'accent est régulièrement mis sur la dangerosité criminelle de personnes souffrant de troubles mentaux (par le discours politique et par les médias) sans qu'une corrélation entre les deux puisse être scientifiquement démontrée. La conséquence est que l'opinion publique donne son assentiment (un assentiment tacite dans la mesure où elle ne se révolte pas) à des mesures permettant d'enfermer le plus longtemps possible ceux dont la dangerosité (psychiatrique) est présumée. Pour ce faire, il est fait usage de mots « racoleurs ». Ainsi, le langage s'avère un outil politique puissant. Et la réussite de cette entreprise d'endoctrinement est d'autant plus importante que, comme le souligne Jean Bricmont à propos des conflits internationaux, certains éléments ne sont pas portés à la connaissance du public⁸²⁴ (ici la minorité des homicides commis par des personnes atteintes de troubles mentaux graves par exemple).

352.- Inspiré par les travaux de Noam Chomsky, Normand Baillargeon⁸²⁵ rappelle que le langage sert à nommer un objet, mais aussi à le connoter. Le langage peut donc donner à l'objet désigné une dimension majorante ou minorante ou encore neutre. L'exemple du langage journalistique relatif à la guerre est donné (« frappes chirurgicales » qui donnent à certaines attaques une dimension majorante, éloignée de la violence inhérente à la guerre ; « pertes collatérales » plutôt que morts de civils innocents, ce qui minore l'aspect injuste de la guerre). Seront ainsi utilisés des mots à connotation positive ou négative selon le sujet traité et l'émotion que l'on veut susciter⁸²⁶. Ce qui démontre, là encore, la différence de domination dans une société démocratique et celle qui s'effectue au sein du totalitarisme. Dans notre société démocratique, la domination s'exerce par une intériorisation de la vision dominante du monde. S'agissant de notre sujet d'étude, les mots sont tout aussi évocateurs d'une contamination des esprits par le langage.

823 *Ibid.*, p. 864 et les auteurs poursuivent : « Une politique nationale qui voudrait s'attaquer aux racines de la violence ne devrait pas se centrer sur la psychiatrie. Il faut s'occuper de la psychiatrie pour d'autres raisons. D'abord par solidarité humaine, et donc pour les patients eux-mêmes ainsi que leurs proches. Ensuite, parce que les maladies qui affectent le discernement de ces personnes les exposent à des dangers dont le moins négligeable est la rupture ou l'insuffisance des soins, malheureusement souvent doublées d'une rupture sociale. La prison a été évoquée précédemment, mais la rue et la grande pauvreté sont aussi le sort qui leur est réservé au nom du respect de l'autonomie ».

824 Voir par exemple J. BRICMONT, *Universalis* 2004, *Encyclopædia Universalis*, 2004, p. 355 (recension de l'ouvrage de E. HERMAN et N. CHOMSKY, *La Fabrication du consentement*, 1988).

825 N. BAILLARGEON est l'auteur d'un *Petit cours d'auto défense intellectuelle*, paru aux éditions Broché en 2006.

826 L'auteur donne pour illustration la commande par Monsanto d'études journalistiques pour connaître quels mots utiliser pour donner une connotation positive à son maïs.

353.- En effet, le langage guerrier, que nous décrivions plus haut⁸²⁷, participe de l'endoctrinement de la masse. L'utilisation répétée de termes comme dangerosité, monstruosité, extrême violence, « folie meurtrière », animalité, bestialité (« fauves en liberté »⁸²⁸), atrocité, inhumanité, bercent l'auditeur au son sinistre et alarmiste d'une logique de lutte contre l'ennemi délinquant et l'ennemi fou. Elle insinue des dispositions particulières dans les esprits, des façons de penser et d'agir, qui, à force d'être intériorisées, sont susceptibles de déterminer nos opinions.

354.- Et cela fonctionne avec d'autant d'efficacité que la lutte contre la dangerosité est présentée comme justifiée par le fait qu'elle doit son existence à l'objectif louable de protéger la société⁸²⁹. Jean Bricmont souligne que ceux qui exercent le pouvoir sur d'autres l'exercent toujours pour le « Bien »⁸³⁰ et cette invocation légitimante de ce « Bien » commun facilite l'intériorisation de la politique de sécurité et de l'idéologie précautionniste.

355.- Selon d'autres auteurs, ces mécanismes qui conduisent à insuffler un idéal politique, celui dominant, rappellent ceux de la propagande. De même que pour la propagande allemande contre les juifs, la répétition de mots simples et leur association subreptice à des sentiments sont des techniques largement utilisées, aujourd'hui, dans l'idéologie de lutte et de précaution contre la dangerosité des criminels. C'est ce qui se produit notamment pour les pédophiles et pour les récidivistes. Mais, comme le soulignait Edward Bernays, le terme même de « propagande » a mauvaise réputation. Aussi, il proposait de lui substituer l'expression plus neutre historiquement de « gestion des relations publiques »⁸³¹. Dans les années 1920, on parlait de « techniques modernes des relations publiques ». On ne pouvait plus régner sur les individus par la violence, il fallait ainsi trouver d'autres outils. Mais le fond reste le même, « fabriquer du consentement »⁸³². En effet, il s'agit toujours d'un contrôle idéologique visant à travailler les foules, qui comme l'exprimait Freud⁸³³, sont marquées par la passion et les pulsions. Et le langage est sans doute le meilleur outil pour

827 Voir *supra*.

828 Voir *infra*, Introduction.

829 Voir *supra*.

830 J. BRICMONT, « La mauvaise réputation de Noam Chomsky », *Le Monde diplomatique*, avril 2001, p. 9 ; préface du recueil de textes de N. CHOMSKY, *De la guerre comme politique étrangère des Etats-Unis*, Agone, Marseille, 2001.

831 E. BERNAYS, *Propaganda*, Horace Liveright, 1928. Traduit en français sous le titre *Propaganda, Comment manipuler l'opinion en démocratie*, Zones, 2007. Préface de Normand Baillargeon.

832 Voir *supra*.

833 S. FREUD, *Malaise dans la civilisation* (1929), Paris, Payot, coll. « Petite Bibliothèque Payot », 2010

mener à bien cet objectif, qu'il s'agisse du langage verbal ou de communications non verbales, qui, par des images, des sons, une atmosphère sont susceptibles de faire intérioriser de manière subliminale une certaine conception du monde⁸³⁴.

356.- Un dernier aspect de cette inoculation d'une certaine politique ou idéologie par le langage peut être évoqué. Pour Noam Chomsky, l'opinion publique « éduquée » serait la plus touchée par ce phénomène de contamination de la pensée. Les intellectuels, explique-t-il, sont les plus atteints par l'endoctrinement, car en travaillant sur l'idéologie, on finit par l'intérioriser. Ainsi, l'opinion publique éduquée recouvrirait celle de la politique dominante. Cela rejoint à maints égards la critique fréquemment formulée à propos des élites, qui participeraient, parfois malgré elles, au maintien du pouvoir dominant.

357.- Par conséquent, nous prendrons le plus grand soin pour que notre étude ne renforce pas cette hypothèse développée par Noam Chomsky. Nous étudierons la politique criminelle de sécurité, aujourd'hui dominante, en tentant au maximum de nous détacher des conceptions qui nous sont quotidiennement transmises par le langage ambiant.

B. LA DÉFINITION DE L'IDÉOLOGIE PÉNALE DE PRÉCAUTION

358.- Dans l'idéologie précautionniste, la précaution s'exerce pour la société et contre les éléments susceptibles de l'atteindre. Elle est à la fois un moyen de sécurisation de la société et une finalité idéalisée. Les axes d'action revendiqués par cette idéologie ont tous pour objectif de réaliser la précaution. En fait, il s'agit d'atteindre le degré maximal de précaution entendu comme le seul capable d'assurer la sécurité et ainsi de rendre effectif le droit à la sécurité⁸³⁵. Trois axes sont principalement proposés par l'idéologie précautionniste mais ces différents axes, n'existant que parce que poursuivant la même finalité de précaution, doivent être étudiés ensemble. Ils forment un tryptique (1). Cette identité d'objectif nous conduit à nous interroger sur l'abandon, par l'idéologie précautionniste, d'autres finalités telle que l'humanisme (2). Comme nous l'avons souligné plus haut, et comme nous l'étudierons

⁸³⁴Par conséquent, lors d'un changement de politique postérieur à des élections, les vainqueurs doivent changer l'opinion publique pour que celle-ci s'adapte et adhère au nouveau programme. Normand Baillargeon relève qu'un laboratoire a été créé à cet effet aux États-Unis, la Commission CREAL, après l'élection de Georges Bush pour préparer les esprits à une guerre que l'ancien président ne souhaitait pas. N. BAILLARGEON, *op.cit.*

⁸³⁵Voir *supra* sur le droit à la sécurité.

plus en détails, on observe avec la loi du 15 août 2014 un certain relent d'humanisme avec l'espoir placé dans la réinsertion⁸³⁶.

1) *Le triptyque lutte-éloignement-traitement*⁸³⁷

359.- La figure du triptyque s'adapte parfaitement aux trois axes repérables dans l'idéologie précautionniste : la lutte, l'éloignement et le traitement y sont uniquement entendus comme les moyens d'atteindre la précaution, propulsée au rang de finalité interne ultime.

360.- S'agissant de la lutte, nous avons déjà décrit le langage guerrier à l'œuvre dans l'idéologie précautionniste ainsi que le caractère effréné et systématique du combat mené contre la délinquance, et notamment contre les figures de la dangerosité. La précaution optimale et linéaire visée par l'idéologie précautionniste nécessite de lutter chaque instant, sans relâche et de manière visible contre le moindre risque de dangerosité⁸³⁸.

361.- Ensuite, l'éloignement consiste, dans l'idéologie précautionniste, à enfermer le danger par pure précaution afin que son éventuelle manifestation dans la société ne puisse exister. Plutôt que d'agir sur différents facteurs de la délinquance, notamment des facteurs socio-économiques, plutôt que de rechercher une socialisation du délinquant, l'idéologie précautionniste privilégie, à l'encontre de la dangerosité, un rapport d'exclusion⁸³⁹. Notons que la loi du 15 août 2014, en instaurant la contrainte pénale⁸⁴⁰, peine s'exécutant en milieu ouvert, marque un retrait avec ce pilier de l'idéologie précautionniste, que constitue l'éloignement (dans sa version matérielle en tout cas).

836 Voir *supra* et *infra*. Toutefois, nous verrons que la réinsertion y est peut-être regardée plus comme un moyen efficace de lutter contre la récidive que comme un objectif humaniste. Voir *infra* (Partie 2, Titre 2, Chapitre 1).

837 En premier lieu, il nous faut préciser que nous étudierons la politique criminelle guidée par l'idéologie précautionniste dans le Titre 2. Il s'agira donc ici seulement de donner quelques éléments de définition de cette idéologie, non exhaustifs, pour entrevoir les enjeux philosophiques de son exercice et de sa victoire en matière pénale.

838 Voir *supra*.

839 Voir *supra* et également *infra* (Partie 1, Titre 2, Chapitre 1).

840 Voir *supra* sur la nouvelle contrainte pénale (Partie 2, Titre 2, Chapitre 1)

362.- Le traitement, quant à lui, est appréhendée par l'idéologie précautionniste d'une manière singulière. Il ne semble pas avoir pour objectif de guérir et de prodiguer des soins mais il vise plutôt la contention, par précaution, de la dangerosité⁸⁴¹.

363.- Selon ces trois axes formant le triptyque de l'idéologie précautionniste, la précaution est atteinte et se concrétise par la « mise sous quarantaine » de la dangerosité. D'après l'idéologie précautionniste, combattue, évincée, immobilisée, maîtrisée, la dangerosité s'évaporerait.

364.- De surcroît, l'idéologie précautionniste instaure une échelle particulière de valeurs dans la vie humaine : ceux considérés comme porteurs de dangerosité présenteraient une valeur moins élevée que les autres. Par conséquent, la précaution s'exerce pour les seconds et contre les premiers. La précaution étant susceptible d'attenter aux libertés, l'idéologie précautionniste entend déterminer ceux qui, en raison de leur nocivité potentielle, pourront la subir pour la préservation des libertés de tous les autres. Cette gradation se retrouve aussi au niveau des droits et libertés accordés à chacun : le droit à la sécurité⁸⁴² des uns apparaît de plus grande valeur, pour l'idéologie précautionniste, que le droit à la dignité et la liberté individuelle des autres. Dans ce cadre de pensée, toute vision humaniste ou tendant à reconnaître en ces autres leur humanité, qu'il faut préserver, semble vaine. La hiérarchisation des individus produites par l'idéologie précautionniste s'accommode mal d'une conception humaniste du délinquant.

2) Vers un abandon des thèses humanistes relatives à la délinquance ?

365.- Au sein de l'idéologie pénale précautionniste, la « monstruosité » de certains individus s'érige en justification de l'éviction des thèses humanistes, consistant à reconnaître en tout être humain, quels que soient leurs actes, une once d'humanité qu'il s'agit de révéler. Lorsque la pensée humaniste de l'après-guerre suggérait qu'en dépit de leur dangerosité, même les plus grands criminels sont des hommes avant tout, et ambitionnait, notamment par le traitement, de les resocialiser de manière à redonner corps à leur

841 Sur les rapport entre le soin et le droit pénal, voir *infra* (Partie 2, Titre 2, Chapitre 1)

842 Sur le droit à la sécurité, voir *supra* (Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1).

humanité⁸⁴³, l'idéologie pénale précautionniste, qui se répand aujourd'hui, entend exclure ceux qu'elle considère comme intrinsèquement et quasi irrémédiablement dangereux.

366.- Dans ce but de refoulement assumé, plusieurs moyens sont mis en œuvre, tous concourant à une forme d'enfermement. Ce dernier peut être physique, donc radical et visible (emprisonnement, rétention, détention). Mais il peut aussi s'exercer d'une manière plus insidieuse. En effet, à défaut d'enfermement physique, un enfermement virtuel est envisagé par l'idéologie précautionniste (multiplication des contrôles et de la surveillance⁸⁴⁴ ; obligation de soins⁸⁴⁵ ; enfermement dans des centres médico-socio-judiciaires⁸⁴⁶).

367.- Ainsi, le traitement tel qu'il est aujourd'hui appréhendé dans l'idéologie précautionniste s'éloigne de l'idée véhiculée par la Défense sociale nouvelle. Alors que pour cette dernière, le traitement avait vocation à la socialisation de l'individu, à son ré-ancrage dans sa propre humanité et dans l'humanité au sein de laquelle il vit⁸⁴⁷, aujourd'hui, il poursuit un tout autre objectif : éloigner à tout prix le danger représenté par certains individus.

368.- En outre, pour Marc Ancel, le traitement s'entendait comme une alternative à la sanction pénale, comme une nouvelle réponse à la dangerosité criminelle. Il ne s'agissait plus par lui de punir l'individu à qui on l'astreignait. C'est dans une visée résolument humaniste que le traitement devait être prescrit en lieu et place de la peine proprement dite⁸⁴⁸. Or, dans l'idéologie pénale précautionniste, le traitement n'est plus optionnel aux côtés de la sanction pénale. Au contraire, il vient la redoubler, la renforcer ou encore lui succéder⁸⁴⁹. Et il s'exerce non pas pour réintégrer la personne à la communauté mais bien pour que cette dernière ait le sentiment d'être en sécurité. Avec le traitement, la dangerosité serait en quelque sorte médicalement et socialement maîtrisée. C'est la précaution par l'« inoffensivité » des criminels dangereux qui est ainsi recherchée et non pas leur socialisation. On attend du traitement qu'il gomme les caractères dangereux que l'individu a

843 Voir *supra* sur la Défense sociale nouvelle.

844 Voir *infra* (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2 puis Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2).

845 Voir *infra* (Partie 2, Titre 2, Chapitre 1).

846 Voir *infra* (Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2).

847 Voir *supra*.

848 *Idem*.

849 Voir *infra* (Partie 2, Titre 2, Chapitre 1).

pu extérioriser par son ou ses passage(s) à l'acte afin que cet individu « sous contrôle » ne soit plus susceptible d'inquiéter.

369.- Mais la stratégie d'éviction des personnalités dangereuses n'est pas propre à l'idéologie précautionniste ; elle n'est pas née avec elle. D'autres écoles de pensée, notamment les positivistes italiens, y faisaient référence⁸⁵⁰. Alors, nous devons nous demander en quoi l'idéologie précautionniste diffère du positivisme, et nous interroger sur son innovation et son originalité par rapport aux courants précédents, qui déjà, pour protéger la société, voulaient en extirper les individus dangereux.

370.- Soulignons avant de nous interroger sur ce point, le positionnement de la récente loi du 15 août 2014, qui tend à se démarquer de l'idéologie précautionniste, notamment du rejet de l'humanisme sous-tendu par cette idéologie⁸⁵¹. On observe ce retrait en particulier avec la création de la contrainte pénale, peine exécutée en milieu ouvert⁸⁵², et avec l'accent mis sur la réinsertion, présentée comme finalité essentielle de la peine⁸⁵³.

II. L'IDÉOLOGIE PÉNALE PRÉCAUTIONNISTE ENTRE RÉTROGRADATION ET INNOVATION

371.- L'influence d'une doctrine sur le législateur peut être difficile à vérifier en raison de l'absence de références explicites dans les travaux parlementaires⁸⁵⁴. Mais l'usage récurrent de certains termes (principe de précaution, devoir de précaution, victimes potentielles, droit à la sécurité...) dans les discours et les exposés des motifs des lois⁸⁵⁵, et la poursuite effrénée de certains objectifs affichés ou suggérés démontrent une affiliation à une idéologie de la précaution. Si presque aucune mention expresse d'auteurs positivistes n'est faite, le constat d'une similitude entre l'idéologie précautionniste et le courant positiviste italien est frappant. C'est ainsi que peut être développée, dans un premier temps, l'hypothèse selon laquelle l'idéologie précautionniste signerait un retour pur et simple au positivisme (A).

850 *Idem*.

851 Voir *supra* et *infra* (Conclusion du chapitre et conclusion du titre).

852A propos de la contrainte pénale, voir *infra* (Partie 2, Titre 2, Chapitre 2).

853 Sur les finalités de la peine dans la rationalité de précaution et sur l'esprit de la réforme du 15 août 2014 sur ce point, voir *infra* (Partie 2, Titre 2, Chapitre 2).

854 Voir sur ce point notamment Bruno Dreyfus, se référant à Raymond Gassin. B. DREYFUS, *op.cit.*, Introduction.

855 Voir *supra*.

Cependant, une comparaison entre ces deux conceptions de la lutte contre la délinquance et de la délinquance elle-même met en évidence, dans un second temps, certains éléments de différenciation, permettant de conclure à une démarcation entre l'idéologie précautionniste et le positivisme du 19^{ème} siècle. De là, l'idée que cette idéologie précautionniste n'est pas une copie à l'identique de la doctrine italienne mais constituerait un nouveau positivisme (B).

A. L'HYPOTHÈSE D'UN RETOUR AU POSITIVISME

372.- L'intérêt suscité par la dangerosité et l'extrême méfiance nourrie à son égard vont dans le sens d'une adéquation de l'idéologie précautionniste aux thèses positivistes (1). Il peut même être observé une certaine exacerbation, au sein de l'idéologie précautionniste, des idées portées par les positivistes italiens (2).

1) Une évidente réappropriation politique actuelle de la pensée positiviste : la remise au jour de la dangerosité et du déterminisme

373.- La montée en puissance de l'idéologie précautionniste impose un premier constat, celui de la réapparition de la notion de dangerosité et des explications déterministes initiées par les positivistes italiens⁸⁵⁶. Pour ne citer qu'un exemple, dans une étude, d'ailleurs très controversée, de l'INSERM en 2005, sur le dépistage précoce de comportements agressifs chez des enfants de trois ans⁸⁵⁷, le nom de Lombroso prétendait expliquer certains déterminismes. Comme le souligne Jean-Christophe Coffin, « Force est de reconnaître que la prégnance de cette approche [celle de Lombroso] ne nous demeure pas, encore de nos jours, totalement étrangère. Si de nombreux travaux issus des sciences sociales ont tenté de bannir toute naturalisation de la violence et *a fortiori* des comportements psychocriminels, on peut aisément constater que cette orientation n'a pas dissipé certaines convictions sur cette violence qui serait réellement en nous. [...] La thématique de la naturalisation des comportements violents a repris de la vigueur au cours de ces dernières années »⁸⁵⁸.

856 Voir *supra* sur les thèses positivistes et leur définition de la dangerosité.

857 INSERM, « Troubles des conduites chez l'enfant et l'adolescent », 2005. Jean-Christophe Coffin précise toutefois que la présence du nom de Lombroso dans cette étude ne signifie pas forcément « accord avec ses idées », J.-C. COFFIN, « Oublier Cesare Lombroso ? » in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, p. 136.

858 J.-CH. COFFIN in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, p. 144.

374.- En effet, émerge une politique criminelle guidée par l'idéologie précautionniste remettant en cause les explications sociales du crime comme, en son temps, Raffaele Garofalo, « rejette l'explication du crime par la mauvaise organisation de la société, balayant d'un revers de manche l'argumentation que le jeune socialiste Filippo Turati (1857-1932) [soutenait] dans un petit essai, *Il delitti e la question sociale* (1833), suivant laquelle ce sont la misère et le chômage qui poussent au crime les gens du peuple. Plus encore, Garofalo développe l'idée que la société se divise de plus en plus, sous l'effet du progrès de la civilisation, en deux classes : « La classe des délinquants [...] se dessine chaque jour de façon plus marquée et toujours plus dissemblable de la population au milieu de laquelle elle vit et à laquelle elle fait la guerre, une guerre dans laquelle, vainqueur ou vaincue, elle est toujours spoliatrice car libre, elle vit de son butin, prisonnière, elle vit en parasite »⁸⁵⁹. Les tenants de l'idéologie précautionniste pourraient aujourd'hui adhérer à de tels propos, voire les prononcer. La dichotomisation de la société entre les dangereux et les autres, promue par l'idéologie précautionniste, rappelle ainsi la distinction établie par Garofalo entre les délinquants et les non délinquants.

375.- Dans le même sens, comme le souligne Pierre Darbeda, Ferri regrettait que l'École classique soit « arrivée à une dangereuse sensiblerie pour les malfaiteurs, née de la confusion entre les causes qui expliquent les crimes et celles qui les justifient ou les excusent »⁸⁶⁰. De même, pour l'idéologie précautionniste, il n'est pas nécessaire de regarder les causes et les circonstances de la criminalité car ce qui importe est la précaution et la sécurisation de la société. Elle préconise, comme certains positivistes l'ont suggéré pour le

859J.-Y. FRÉTIgnÉ in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.* p. 152, citant R. GAROFALO, *op.cit.* p. 123. Voir aussi Raffaele Garofalo : « Les socialistes nous disent que la plus grande partie des délits disparaîtrait si on parvenait à détruire certaines institutions, si on pouvait réaliser leur idéal. En faisant disparaître l'ignorance et le désœuvrement, en payant d'une manière équitable toute sorte de travail, en assurant l'existence matérielle aux incapables, en détruisant le contraste de la grande fortune et de l'excès de misère, on supprimerait tout désir d'en vouloir à son prochain, toute culpabilité malsaine, toute activité antisociale ». Pour Eugène Beret, « Le sentiment de la cupidité existe dans tous les hommes à un degré plus ou moins grand. Mais pour que ce sentiment puisse entraîner au crime, il faut que l'individu se trouve non pas dans une condition économique spéciale, mais dans une condition psychique toute particulière, dans laquelle il y ait absence ou diminution de l'instinct de probité, et en même temps, insouciance de la bonne réputation, que l'on désire souvent garder intacte, soit par amour-propre, soit par intérêt, ce qui fait que plusieurs personnes, tout en n'ayant pas un instinct inné de probité, savent résister aux tentations criminelles. Or, de pareilles conditions psychiques spéciales subsisteraient ». E. BERET, *De la misère des classes laborieuses*, Bruxelles, 1842.

860P. DARBEDA in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, p. 165. L'auteur poursuit : « La conséquence en est, dénonce Ferri, que les criminels les plus dangereux sont les moins sévèrement punis, car pour eux, la forte impulsion à commettre le crime est toujours évidente. Alors que pour les délinquants occasionnels et moins dangereux, l'évidence moindre des impulsions ôte le bénéfice des atténuations ».

traitement des « inadaptés » évoqué plus haut⁸⁶¹, une responsabilisation de quiconque cause ou est susceptible de causer du tort, peu importe qu'il soit mineur ou malade mental⁸⁶².

376.- L'idéologie précautionniste et les positivistes se rejoignent ainsi dans leur souci commun d'éviction des individus considérés comme dangereux. Mais l'idéologie précautionniste semble accroître sa radicalité et son retentissement dans le droit pénal.

2) Vers une radicalisation du positivisme?

377.- L'aspect « surpositiviste » dans le sens d'une radicalisation actuelle de la pensée positiviste se retrouve, premièrement, dans l'importance qui est donnée à la protection de la société. Certes, les positivistes plaçaient au centre de leur politique criminelle la défense sociale. Mais cette défense sociale n'avait pas la même ampleur qu'aujourd'hui. Jean-Christophe Coffin estime que « le thème de la protection et la sécurité des citoyens n'[a] sans doute pas encore acquis [à l'époque des positivistes] la centralité qu'il a désormais dans notre monde contemporain »⁸⁶³.

378.- En outre, « l'impatience démontrée par Lombroso [qui] renverse l'ordre des causalités, la nécessité sociale (ici prendre en charge le criminel) [supplantant] parfois la nécessité de développer une argumentation scientifique sur laquelle on pourrait s'appuyer pour amorcer une politique criminelle et pénale »⁸⁶⁴, peut aussi être observée chez le législateur contemporain animé par l'idéologie précautionniste, et ce de manière, plus intense encore⁸⁶⁵ (voir notamment *supra* sur le nouveau rapport au temps).

379.- Par ailleurs, Ferri critiquant l'École classique, affirmait qu'« en ne songeant qu'au crime déjà commis et à sa répression, [elle] en oublie les moyens plus efficaces de la répression »⁸⁶⁶. Aujourd'hui, la politique criminelle a intégré la critique au

861J.-Y. FRÉSIGNÉ in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, p. 152. Et voir *infra* Partie 2, Chapitre 1, Section 2 sur le libre arbitre, l'élément moral et la responsabilité.

862Voir *supra* sur la notion de responsabilité sociale et *infra* sur l'évolution de la responsabilité sous l'influence du principe de précaution (Partie 2, Titre 1).

863J.-CH. COFFIN in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, p. 145.

864*Ibid.*, p. 146.

865Voir not. *supra* sur le nouveau rapport au temps (Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1).

866P. DARBEDA in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, p. 165.

point de fonctionner sur un mode de précaution⁸⁶⁷. Ferri précise d'ailleurs que « la société, égarée par les généreuses exagérations de [l'École classique] doit retrouver la bonne direction et équilibrer la philanthropie à l'égard des criminels et la philanthropie bien plus légitime pour les honnêtes gens »⁸⁶⁸. Cela n'est pas sans rappeler les motifs des projets de lois pénales récemment adoptées qui, comme nous l'avons déjà exposé, soutiennent l'objectif de protéger la société considérée comme abritant en son sein des victimes potentielles, et qui entendent mettre fin à l'inégalité « choquante » entre les droits du mis en cause et ceux de la victime⁸⁶⁹.

380.- Enfin, et déjà en 1886, une réserve quant à l'application de la doctrine positiviste est émise : car cette application supposerait « une organisation sociale très différente de celle actuelle, impliquant une telle ingérence de l'État dans la vie privée qu'elle rendrait trop chers les bénéfices, si tant est qu'il y en ait, de cette mise sous tutelle »⁸⁷⁰. Faisant fi de ces mises en garde, l'idéologie précautionniste contemporaine semble aller au-delà du positivisme du 19^{ème} siècle. L'ingérence de l'État dans le quotidien, non seulement des individus considérés comme dangereux mais aussi de la société dans son ensemble, accroît, au regard des libertés individuelles⁸⁷¹, le prix de bénéfices pour la défense sociale qui n'ont jamais été prouvés.

381.- Ainsi, certains aspects de l'idéologie précautionniste peuvent conduire à penser cette dernière comme un « surpositivisme ». Mais des éléments de distinction entre elle et le positivisme italien du 19^{ème} siècle nous invitent à privilégier la thèse de l'émergence, avec l'idéologie précautionniste, d'un positivisme inédit.

867Comme nous le verrons *infra* (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2).

868P. DARBEDA *in* INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, p. 166.

869Voir *supra*.

870A. GABELLI, « Sulla scuola positiva del diritto penale in Italia », article publié dans la *Rivista penale* en 1886, cité par J.-F. FRÉTIGNÉ *in* INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, p. 156.

871Voir *infra*, Titre 2.

382.- S'agissant des points de rupture entre l'idéologie précautionniste et les positivistes, on en dénombre au moins deux. L'idéologie précautionniste, bien que s'inspirant à maints égards de la pensée positiviste, ne poursuit pas pour autant l'intégralité du projet de cette école de pensée.

383.- Une première différence peut être observée quant à la focalisation accrue sur l'acte délinquant au détriment de la personne délinquante elle-même. Nous étudierons, plus tard, l'émergence de cette politique de l'acte⁸⁷³. Dans cette présente partie, il s'agit de démontrer en quoi elle diffère du projet positiviste.

384.- Rappelons que les positivistes, au nom d'une politique criminelle « réaliste », entendaient se détacher de l'abstraction juridique classique qui se focalisait, pour résumer, sur l'infraction et sa gravité, afin d'en déduire un niveau de culpabilité. Comme le soulignent Françoise Tulkens et Françoise Degniffe, on aurait pu s'attendre à ce que les positivistes axent leur politique criminelle sur l'acte délinquant et non sur la personne, conformément à leur négation de tout libre arbitre, ou bien sur le milieu physique et social du délinquant. Mais, « Au contraire, pour étudier le délit non comme une abstraction juridique mais comme une action humaine, et, d'autre part, pour assurer une défense efficace et accrue

872A titre préliminaire, il faut préciser ici que nous ne pensons pas que le précautionnisme puisse être une résurgence de la Défense sociale nouvelle (Voir Jean Danet en ce sens, qui toutefois ne parle pas de précautionnisme : J. DANET, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle », *RSC* 1/2010, janvier-mars 2010, p. 49) car le traitement que cette dernière préconisait, et que l'on retrouve aussi effectivement aujourd'hui dans de nombreuses réformes, ne poursuit pas la même finalité dans l'un et l'autre cas. Respectivement, le traitement devait poursuivre, pour la Défense sociale nouvelle, la resocialisation de l'individu, tandis qu'aujourd'hui, il tend plus à le stigmatiser et le marginaliser. Si l'aspect curatif est bien hérité de ce courant d'idées, il ne poursuit pas les objectifs initialement escomptés (Voir *supra*). Il sert inversement à maintenir l'individu dangereux sous contrôle et cette surveillance continue apparaît à bien des égards incompatibles avec une normalisation et une socialisation. En outre, la Défense sociale nouvelle, dans son élan humaniste, entend substituer le traitement à la peine. Aujourd'hui, il ne s'agit aucunement de remplacer la peine par un traitement, mais de la doubler par lui, concomitamment ou successivement (Voir *supra*). Certains ont reconnu des effets pervers de la doctrine de la Défense sociale nouvelle dans l'utilisation contemporaine du traitement à des fins sécuritaires de contrôle. Voir en ce sens B. DREYFUS, *op.cit.*, Seconde partie. Mais puisque le projet de la défense sociale était véritablement la resocialisation de l'homme, sa réintégration dans la société formée par ses semblables, il nous semble qu'associer la politique criminelle actuelle à la Défense sociale nouvelle reviendrait à dénaturer cette dernière. Comme le souligne Carl Schmitt, que nous avons déjà cité *supra*, « le moyen ne peut jamais être pensé sans la fin ». Aussi, le traitement, moyen de resocialisation dans la défense sociale nouvelle, est devenu, à maints égards, un moyen de contrôle dans la politique sécuritaire actuelle.

873 Voir *supra*.

de la société, il importe [pour les positivistes] de concentrer la réaction sociale sur l'homme, l'homme criminel, le délinquant et non point sur un délit, construction jugée anachronique d'un classicisme obscur »⁸⁷⁴. Si l'idéologie précautionniste, quant à elle, se focalise certes sur des individus qu'elle considère dangereux, cette dangerosité est, pour beaucoup, appréhendée en fonction de l'acte commis⁸⁷⁵. En outre, elle entend sanctionner l'acte en tant que tel, parce qu'il a causé ou est susceptible de causer un préjudice et, dans cette visée, les considérations liées à l'auteur et ses particularités (par exemple, sa minorité ou son trouble mental) n'ont pas d'importance⁸⁷⁶.

385.- Cette conception est dénoncée par Ferri qui s'oppose au passage d'un état de crise à un état chronique de la délinquance favorisé par le législateur, incapable d'anéantir le phénomène criminel (en l'étouffant à ses racines). « Lorsque les parlementaires constatent l'apparition d'un phénomène de pathologie sociale, ils s'empressent de voter une loi répressive spéciale qui apaise momentanément l'opinion publique et fait passer le phénomène criminel de l'état aigu à l'état chronique »⁸⁷⁷. Alors que Ferri, au nom des positivistes, entendait réformer en profondeur la société pour empêcher la survenance de la délinquance, il semblerait, à première vue, que législateur contemporain idéologiquement précautionniste agisse au coup par coup, instaurant des mesures contre des menaces ciblées et ayant très souvent recours à une législation spéciale au côté du droit commun⁸⁷⁸. L'idéologie précautionniste fonctionne par un empilement de mesures de précaution, résultant du « brandissement » de la précaution à chaque fois qu'une « menace » se révèle.

386.- Néanmoins, malgré ces différences profondes entre les positivistes italiens du 19^{ème} siècle et l'idéologie précautionniste d'aujourd'hui, il existe des similitudes entre ces deux façons de penser le droit pénal et la justice pénale⁸⁷⁹. Pour autant, l'analyse

874F. TULKENS et F. DEGNIEFFE in CH. DEBUYST (dir.), *op.cit.*, p. 195. Voir *supra*.

875Voir *supra* sur la dangerosité aujourd'hui.

876Voir *infra* sur la politique de l'acte et sur l'automatisation des peines via l'instauration de peines plancher, allant à l'encontre du principe d'individualisation des peines (Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1). Et soulignons que ces peines plancher ont été abrogées par la loi du 15 juin 2014. Voir aussi *infra* sur la dilution de l'élément moral de l'infraction (Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2).

877Pierre Darbeda, à propos de Ferri, qui « brocarde les différences pratiques entre les écoles positivistes et classiques du droit pénal ». P. DARBEDA in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, p. 166.

878Mais nous verrons qu'il est possible de voir, dans toutes ces petites retouches opérées sur le droit pénal, une philosophie d'ensemble, guidée par un fonctionnement précautionneux, voire précautionniste, qui à force de concrétisations parcellaires et ponctuelles, peut faire émerger un nouveau modèle de politique criminelle, que nous qualifierons de précautionniste. Voir *infra*.

879Voir *supra* (A- du présent II).

nous conduit à concevoir l'idéologie précautionniste davantage comme un nouveau positivisme qu'une copie ou un prolongement du positivisme d'antan.

387.- En effet, tout positivisme repose sur la science. Alors que les positivistes du 19^{ème} se fondaient sur l'expérience et la validation scientifiques de données, l'idéologie précautionniste adosse, elle, sa pensée à l'incertitude scientifique comprise comme inéluctable et ne devant néanmoins laisser aucune situation de risque hypothétique perdurer⁸⁸⁰. Quand les positivistes du 19^{ème} exposaient l'aspect positif de la science, dans le sens de ses apports et de ses démonstrations⁸⁸¹, l'idéologie précautionniste met en avant l'aspect « négatif » de la science, c'est-à-dire son incapacité, à l'instant où une décision doit être prise, de fournir une explication exhaustive⁸⁸². Cette idéologie précautionniste n'en demeure pas moins un positivisme si l'on considère son rapport à l'incertain. Sa prise de conscience que l'humain conservera toujours une part d'incertain du point de vue scientifique et son appel au recours à la science pour tenter tout de même d'évaluer cet incertain⁸⁸³ - en sachant pourtant que recourir à la science pour expliquer ce qu'on sait inexplicable est tout aussi aléatoire - en font un positivisme inédit faisant entrer, dans la prise de décision, non plus une croyance en la certitude mais l'acceptation de l'incertitude inéluctable - même si bien souvent cette acceptation n'est que de façade. Car elle persiste à vouloir évaluer ce qu'elle sait non évaluable avec exactitude⁸⁸⁴.

CONCLUSION

388. L'usage de la notion de dangerosité et l'émergence progressive d'une véritable idéologie précautionniste ont servi d'appui idéologique à l'application du principe de précaution en droit pénal. **Cette idéologie précautionniste** s'est construite, avec l'emploi de termes significatifs et un objectif précis de protection de la société, **au service de l'application d'un principe de précaution conjugué au pénal**. Si l'histoire du droit pénal et

880 Voir *supra*, Introduction : le principe de précaution est un principe d'action, s'éloignant du fatalisme.

881 Bien que la validité des expériences positivistes soit douteuse.

882 Dans les deux cas, l'intérêt pour la dangerosité procède d'« une illusion scientiste dangereuse », tant la dangerosité est une notion floue qui « revêt un caractère général, sans limites précises, laissant à l'appréciation de chacun la circonscription exacte de son champ d'application, le manque de consensus de la littérature scientifique quant à sa définition étant patent ». X. LAMEYRE in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, pp. 316-317.

883 A propos de l'évaluation, voir *infra* (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2).

884 Voir *infra* sur l'évaluation de la dangerosité (Partie 1, Titre 2, Chapitre 1).

de la criminologie atteste de sa présence ancienne dans les différentes écoles de pensée, l'idée de précaution acquiert, aujourd'hui, une place centrale.

389.- C'est donc d'abord par la réactivation de la notion de dangerosité que l'idéologie précautionniste a vu le jour. La dangerosité a été mise en avant par les positivistes italiens du 19^{ème} siècle⁸⁸⁵, opposés à l'idée d'un libre arbitre au cœur de la pensée classique. Pour ces derniers, la dangerosité s'explique par des déterminants⁸⁸⁶ et elle est un état immuable⁸⁸⁷. Aussi, l'idée de réadaptation cédera la place au souci d'éviction des individus dangereux⁸⁸⁸, dans un objectif de protection de la société. Au 20^{ème} siècle, la notion de dangerosité est revisitée, d'abord, par la Défense sociale, qui ne rompra pas véritablement avec les positivistes, puis par la Défense sociale nouvelle, qui évoquera pour la première fois, le caractère réversible de l'état dangereux⁸⁸⁹, avec la croyance en un possible traitement de ce dernier. Aujourd'hui, la notion de dangerosité ré-émerge aussi bien pour désigner des produits ou techniques potentiellement nocifs que pour désigner l'état de certains individus dont le comportement est redouté. Dans les deux cas, une attitude de précaution est préconisée afin de contenir ce danger et de protéger la société. L'objectif de défense sociale qui a traversé les époques est toujours présent et légitime l'usage de la précaution.

390.- Si le nouveau code pénal de 1992 privilégie un système unitaire où peines et mesures de sûreté, infraction et état dangereux se fondent dans une catégorie unique soumise au régime propre à la peine, celui-ci étant plus protecteur des droits de l'individu concerné, on observe depuis une quinzaine d'année une tendance à une autonomisation de la réponse à la dangerosité par rapport au droit pénal⁸⁹⁰. Et à partir du 21^{ème} siècle, la dangerosité sera visée par le législateur, que ce soit de manière implicite comme explicite. Le Conseil constitutionnel apportera sa pierre à l'édifice de la construction d'une notion juridique de dangerosité en validant les lois y faisant référence. En 2005 et en 2008, il consacre expressément l'existence de cette notion juridique. Ainsi, la dangerosité devient un critère de la législation aux côtés de la commission d'infraction, même si un lien est établi entre infraction et dangerosité par le législateur⁸⁹¹. Ce mouvement a émergé dans un monde marqué

885 Voir *supra*.

886 Sur la notion de témétabilité et l'approche de E. Ferri, voir *supra*.

887 R. GAROFALO, *op.cit.*

888 Voir notamment les substituts pénaux préconisés par E. Ferri, *supra*.

889 Dès 1934 avec Gramatica, puis avec Marc Ancel, voir *supra*.

890 Loi 22 novembre 1978 et loi 1^{er} février 1994 précitées.

891 Ce lien n'est qu'illusoire selon certains auteurs dont J. ALIX, *op.cit.*

par les craintes, les risques et les incertitudes plurielles. Sont alors désignés des menaces, des « figures de dangerosité », qu'il est possible, pour certaines, de regarder en miroir des « figures de la victime »⁸⁹². La précaution a ainsi trouvé à s'appliquer à la dangerosité d'individus cristallisant les peurs, comme le principe de précaution s'applique à des produits et techniques dont l'innocuité ne peut être démontrée. Finalement, le réemploi de la notion de dangerosité s'est produit à la fois dans l'objectif de protéger la société et d'accéder à ses demandes de sécurité et pour légitimer la fondation d'une idéologie précautionniste, alors même que cette notion recèle elle-même des dangers de par son extensibilité et son absence de définition statique.

391.- C'est donc parallèlement à la résurgence de la notion de dangerosité que s'est construite l'idéologie précautionniste. Mais cette dernière doit aussi sa naissance à une modification des pratiques discursives et notamment à un discours juridico-politique empruntant au langage guerrier avec l'utilisation du concept d'ennemi et la construction implicite d'un droit pénal de l'ennemi⁸⁹³. Les personnes considérées comme dangereuses sont appréhendées tels des ennemis, face auxquels une riposte et une anticipation deviennent des exigences pour la préservation de la société des amis, conçue négativement par rapport au concept d'ennemi. Le recours à la notion d'ennemi légitime l'usage de mesures de type précautionniste. Et l'idéologie précautionniste crée ainsi un lien social et d'unification entre les victimes passées et futures en érigeant un rempart contre les autres, dangereux, ennemis. Elle fonctionne par la désignation de menaces ennemies et cette mise à l'index d'ennemis, conjuguée à l'utilisation répétée de termes particuliers tel que celui de dangerosité, insinue des dispositions dans l'opinion collective qui finissent par être intériorisées. De la sorte, le consentement à l'idéologie précautionniste est « fabriqué »⁸⁹⁴, et ce, d'autant plus facilement, que la finalité présentée de cette idéologie est la protection de la société des victimes, la poursuite du « Bien »⁸⁹⁵, donc un objectif louable et socialement incontestable.

392.- L'idéologie précautionniste peut ainsi se définir comme l'idéologie qui utilise la précaution au service de la défense sociale et au service de la précaution elle-même. Au sein de cette idéologie, qui poursuit le rêve inatteignable d'une société exempt de dangers,

892 Voir *supra*.

893 Voir *supra* sur le droit pénal de l'ennemi.

894 W. LIPPAM, *op.cit.*

895 J. BRICMONT, *op.cit.*

la précaution est à la fois moyen et fin. L'idéologie précautionniste s'illustre à travers la mise en place d'un triptyque « lutte-éloignement-traitement » et se caractérise enfin par une hiérarchisation assumée entre les individus, avec au sommet les individus victimes réelles et potentielles et en bas, les ennemis et dangereux.

393.- La référence à la dangerosité et le souci d'éviction des dangereux dans l'idéologie précautionniste la rapprochent de l'école de pensée positiviste. Toutefois, l'idéologie précautionniste correspond à une radicalisation de la pensée positiviste, la défense sociale devenant encore plus centrale⁸⁹⁶. Et elle va même au-delà en introduisant des éléments inédits tels que la prise en considération de l'incertitude. Alors que les positivistes du 19^{ème} siècle fondent leur raisonnement sur l'expérience et la validation par la science de données, donc sur un apport positif de la science, l'idéologie précautionniste adosse sa logique à l'incertitude scientifique et œuvre en contexte d'absence de démonstration scientifique. Aussi, l'idéologie précautionniste ne repose pas sur une croyance en la science mais sur l'acceptation de l'inéluctabilité de l'incertitude, tout en promouvant l'évaluation de ce qu'elle sait inévaluable.

896J.-M. COFFIN, *op.cit.*

CONCLUSION DU TITRE 1

394.- Le principe de précaution est né d'une prise de conscience des dangers que peuvent représenter pour l'environnement et la santé humaine certains produits ou certaines techniques développés par le progrès. Il a été consacré pour la préservation de l'environnement et des générations futures. Cette finalité fait l'objet d'un consensus. Personne ne souhaite dégrader l'environnement ou nuire à l'espèce humaine. Le projet politique porté par le principe de précaution possède une dimension humaniste et est tourné vers le « Bien ». Ce principe favorise l'adoption d'attitudes responsables pour éviter le mal, les menaces, les dangers.

395.- Par conséquent, si le principe de précaution est entièrement tourné vers des objectifs louables, universellement admis, et qu'il promeut une attitude responsabilisante pour protéger l'environnement et la santé des hommes futurs comme des hommes présents, la volonté de l'appliquer à tout domaine où un objet est à protéger est naturelle. En matière pénale, il s'agit également de protéger les hommes, incarnés en victimes réelles et potentielles des menaces d'atteintes à leur intégrité ou à leur vie. Cette protection de la société possède la même visée humaniste et consensuelle que celle du principe de précaution. Tout le monde s'accorde à préférer la sécurité à la crainte irrationnelle ou justifiée du danger que représente la délinquance. Aussi, dans ce contexte, l'application de ce principe dans le domaine de la gestion du risque délinquant était presque inévitable.

396.- Cette application a été quadruplement légitimée, par le nouveau rôle donné à l'État de gérer toutes les formes de risques et la naissance d'un devoir de précaution pendant au droit à la sécurité, par une approche victimaire qui place les victimes au centre des préoccupations tels l'environnement et la santé pour le principe de précaution, par l'usage de la notion de dangerosité, qui, située au cœur de la pensée positiviste du 19^{ème} siècle, se trouve aujourd'hui appliquée à des individus comme aux techniques et produits visés par le principe de précaution, et enfin par une idéologie précautionniste (repérable dans les discours, pratiques, programmes et réformes pénales) qui promeut l'usage à l'extrême de la précaution dans un objectif de défense sociale, présenté comme la poursuite du « Bien ».

397.- Cette adhésion philosophique à l'application du principe de précaution en droit pénal et en politique criminelle se manifeste concrètement à travers l'émergence d'une rationalité pénale de précaution et la construction d'une modèle précautionniste de politique criminelle.

TITRE 2 : VERS UNE THEORISATION DE L'APPLICATION DU PRINCIPE DE PRECAUTION EN DROIT PENAL ET EN POLITIQUE CRIMINELLE

398.- Pour saisir concrètement les enjeux de l'application du principe de précaution en droit pénal et en politique criminelle, il est nécessaire de donner des éléments de modélisation du droit pénal et de la politique criminelle actuels qui, comme nous l'avons étudié, se sont naturellement tournés, en raison de différents facteurs, vers une intégration du principe de précaution à leur matière⁸⁹⁷. L'application du principe de précaution en droit pénal conduit à la construction d'une nouvelle rationalité pénale. Un nouveau mode de pensée et d'agir circule dans le droit pénal et influence sa philosophie profonde. S'il ne s'est pas produit de révolution au sens de grande réforme d'ensemble permettant d'accueillir le principe de précaution au sein de la matière pénale, les retouches successives, impliquant plus ou moins directement un devoir de précaution⁸⁹⁸, n'ont pas laissé inchangée la philosophie du droit pénal et de la politique criminelle. Observant le nouveau code pénal en 2012, soit à son vingtième anniversaire, Philippe Conte fait remarquer que le droit pénal d'aujourd'hui se distingue nettement de celui de 1992⁸⁹⁹. Les multiples modifications et insertions dans le code pénal traduisent des transformations radicales du droit pénal sans que toutefois celui-ci ait subi une refonte, une métamorphose instantanée. Avec un regard critique plus appuyé, Denis Salas évoque, lui, un « moment historique » qu'il qualifie de « période sombre » qu'a connu « notre justice » au cours du quinquennat présidentiel de 2007 à 2012⁹⁰⁰.

897 Voir *supra* (Partie 1, Titre 1).

898 Voir *supra* sur l'émergence de ce devoir de précaution.

899 PH. CONTE, « 1992-2012 : regard effaré sur vingt ans de droit pénal », *JCP, La Semaine Juridique*, Édition générale, supplément au n°7, 13 février 2012, pp. 3-6.

900 D. SALAS, *La Justice dévoyée, Critique des utopies sécuritaires*, Paris, Les arènes, 2012, p. 9. NB : les mouvements que nous analysons dans notre étude remontent aux années 2002. Interrogé à propos de la rétention de sûreté, Robert Badinter avait également évoqué une « période sombre », *Libération* du 23 février

399.- Déjà dans les années 1980, Michel Foucault insistait sur l'utilisation grandissante d'outils de gestion et d'actuariat, révélant une nouvelle gouvernamentalité⁹⁰¹. A travers la notion de gouvernamentalité, Michel Foucault met l'accent sur « l'ensemble des dispositifs qui, en deçà de la loi et plus qu'elle, gouvernent les individus »⁹⁰². Il met, par ailleurs, en évidence la relation entre le néolibéralisme et l'émergence d'un nouveau concept de sécurité lié à celui de risque⁹⁰³, le néolibéralisme façonnant l'individu sur le modèle d'un être entrepreneur et acteur de ses choix donc capable de gérer lui-même les risques qu'il encourt⁹⁰⁴. Cette analyse foucauldienne, que l'on retrouve chez d'autres auteurs, ne peut qu'étayer notre thèse sur l'impératif de précaution et de responsabilisation des individus en matière pénale. En effet, aujourd'hui, d'autres modalités de gestion sont mobilisées afin de parvenir à une sécurisation toujours plus marquée. Les nouvelles modalités de prise en charge du risque délinquant que nous nous proposons d'étudier correspondent à l'émergence de la justice néolibérale, décrite également par Antoine Garapon et Denis Salas⁹⁰⁵.

400.- Pour Denis Salas, la mobilisation d'autres ressources est aussi liée à l'affaiblissement de la puissance de la loi : « Aujourd'hui, à vouloir capter l'écho de l'inquiétude collective⁹⁰⁶, la loi est victime de son propre monopole. Sous la pression de l'opinion publique, elle affronte une réalité toujours mouvante, imprévisible, menaçante. Sa prédication démesurée s'affaiblit. [...] Elle s'épuise dans une vaine réactivité, alors que l'insécurité est inépuisable dans ses occurrences. A la recherche de relais, elle mobilise des savoirs pour suppléer cette défaillance : surveillance, biométrie, échelle de risque »⁹⁰⁷. Plus loin, l'auteur évoque l'émergence d'un gouvernement par le rêve, expliquant que « la peur et le rêve sont les deux faces d'un même gouvernement par l'imaginaire »⁹⁰⁸. L'appropriation du principe de précaution par les pouvoirs publics œuvrant en matière pénale participe pour nous de cette même logique, une logique de promotion du rêve d'une

2008.

901M. FOUCAULT, *Sécurité, Territoire, Population : Cours au Collège de France. 1977-1978*, Paris, Seuil, Gallimard, 2004. L'auteur précise : « Par gouvernamentalité, j'entends l'ensemble constitué par les institutions, analyses et réflexions, qui permettent d'exercer cette forme bien spécifique, quoique très complexe, de pouvoir qui a pour cible principale la population, pour forme majeure de savoir l'économie politique, pour instrument technique essentiel les dispositions » (p.253).

902M. FOESSEL, *État de vigilance, Critique de la banalité sécuritaire*, Le bord de l'eau, Coll. Diagnostics, 2010, p.38, à propos de Michel Foucault.

903M. FOUCAULT, *op.cit* et M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique : Cours au Collège de France (1978-1979)*, Seuil-Gallimard, 2004.

904Cela n'est pas sans rappeler la théorie du « *rational choice* » que nous évoquerons *infra*.

905A. GARAPON et D. SALAS, *op.cit*. Voir également *supra*, Introduction.

906Voir *supra* sur ce point.

907D. SALAS, 2012, *op.cit.*, p. 30.

908*Ibid.*, p. 36.

société sans délinquants et de focalisation sur les peurs. Elle est une promesse vers un avenir inatteignable.

401.- C'est en effet dans une lutte effrénée contre l'insécurité que de nouveaux principes tels que le principe de précaution sont convoqués dans le processus décisionnel de gestion du risque délinquant. L'application du principe de précaution en matière pénale se révèle alors à travers la construction d'une nouvelle rationalité pénale (**Chapitre 1**) complétée et soutenue par une politique criminelle qui se veut innovante (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : L'IDENTIFICATION D'UNE NOUVELLE RATIONALITE PENALE

402.- L'observation des différentes réformes pénales des dernières années nous a conduit à identifier, au sein d'elles, une rationalité pénale différente de celle du nouveau code pénal adopté en 1992 et entré en vigueur en 1994. Cette nouvelle rationalité s'est construite graduellement, franchissant des étapes vers toujours plus de sécurité, en tout cas vers l'illusion d'un accroissement de sécurité⁹⁰⁹.

403.- Depuis le premier code pénal révolutionnaire de 1791, le droit pénal est guidé par une rationalité dite moderne par opposition à celle de l'ancien régime. Cette rationalité puise ses principes directeurs dans la philosophie des Lumières et tire sa légitimité de la révolte du peuple et des professionnels du droit contre un système injuste, arbitraire et inégal⁹¹⁰. En particulier, la rationalité moderne qui gouverne toujours le droit pénal issu du nouveau code pénal de 1992 se construit autour du principe de légalité⁹¹¹, théorisé par Cesare Beccaria dont la pensée a été répandue en France par Jean-Jacques Rousseau⁹¹².

909Pour Christine Lazerges, « on btit sur du sable une société de la peur », *Libération* 20 février 2012, propos recueillis par Sonya Faure.

910Voir not. P. LASCOURMES, P. PONCELA et P. LENOËL, *Au nom de l'ordre, histoire politique du Code pénal*, Paris, Hachette, p. 21s Voir *infra* également.

911Voir *infra* sur le principe de légalité (Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1).

912A la différence de Beccaria, Rousseau, attaché à l'idée du contrat social, pense le délinquant comme un « ennemi » du peuple, qui n'est plus membre du corps social. Aussi, il vaut mieux, pour Rousseau, se débarrasser

404.- Aujourd'hui, la rationalité pénale, si elle ne rompt pas de manière franche avec ce principe de légalité⁹¹³, s'en détourne au profit d'autres concepts comme le risque et plus récemment la précaution. S'agissant du risque, dès lors que le problème de l'insécurité est envisagé par la notion de risque, « il ne s'agit plus de définir un domaine du licite et de l'illicite [...] mais d'évaluer le seuil de ce qui est tolérable [...] et de limiter ses effets à ce qui est acceptable [...] [supposant donc] un calcul sur des risques (donc une mathématisation du social) »⁹¹⁴. S'agissant de la précaution, dès lors que le phénomène de la délinquance est appréhendé comme un danger plus que comme une violation de la loi, la réplique se déplace de la réponse traditionnelle qu'est la peine vers des mesures de sûreté ou de précaution. Nous pouvons donc identifier une nouvelle rationalité pénale qui se distingue à plusieurs égards de la rationalité pénale moderne. Comme précisé plus haut, elle n'est pas le fruit d'une révolution bruyante et nette mais d'une évolution certes relativement rapide mais progressive du droit pénal.

405.- Après avoir étudié la manière dont s'est élaborée cette rationalité (**Section 1**), nous en donnerons des éléments de définition qui permettront de souligner ses caractères nouveaux et sa parenté avec le principe de précaution (**Section 2**).

SECTION 1 : LE PROCESSUS D'ÉLABORATION D'UNE RATIONALITÉ PÉNALE DE PRÉCAUTION

406.- Les prémices de cette évolution du droit pénal étaient visibles avant même la promotion d'une rationalité pénale de précaution. La prise en compte du risque par la rationalité de précaution, qui est exacerbée, pour certains exagérée⁹¹⁵, a existé avant la naissance de cette dernière. Le risque délinquant a toujours suscité l'attention des pouvoirs publics, mais à un degré divers selon les époques⁹¹⁶. Aussi, la réaction du droit pénal face à ce risque délinquant n'a pas toujours été celle de la voie de la précaution. C'est progressivement qu'a émergé la rationalité de précaution. Déjà, sœur aînée de la rationalité de

ce cet ennemi que de mettre en danger la patrie.

913Néanmoins, nous étudierons *infra* les nombreuses atteintes à ce principe par l'application du principe de précaution au droit pénal (Voir Partie 2, Titre 1).

914M. FOESSEL, *op.cit.*, p. 39.

915Voir par exemple, François Ewald pour lequel « le principe de précaution oblige à exagérer la menace », *in Le Monde, op.cit.*

916Voir *supra*.

précaution, une rationalité de risque a été développée face à la criminalité (I). A notre sens, cette rationalité de risque diffère de celle de précaution qui est l'objet de notre étude. C'est pourquoi il faudra préciser le passage de l'une à l'autre (II).

I. LA CONSTRUCTION D'UNE RATIONALITÉ DE RISQUE PRÉFIGURANT L'ÉMERGENCE D'UNE RATIONALITÉ DE PRÉCAUTION

407.- Une rationalité de risque a précédé l'émergence de la rationalité de précaution. Il s'agira d'étudier comment et pourquoi cette rationalité de risque a vu le jour dans une matière fondée sur la sanction d'un fait passé et avéré. La virtualité du dommage et/ou du trouble a rejoint le champ d'application du droit pénal, dans un contexte de rationalisation de toute action⁹¹⁷ et de volonté d'adosser l'action publique à la science et dans un contexte, aussi, de nécessité de prévenir la réalisation de risques pour l'individu. L'introduction du paramètre risque dans le champ pénal apparaît comme une illustration de la volonté exprimée par l'État d'agir contre toute forme de risque⁹¹⁸ et partagée par une opinion publique toujours plus réfractaire à la confrontation aux risques⁹¹⁹. En outre, la rationalité pénale de risque correspond, d'un point de vue criminologique, à la théorie du *rational choice*⁹²⁰ et d'un point de vue sociologique, à la conception de *l'homo oeconomicus*⁹²¹. Elle est une « utopie [réduisant] l'homme déviant à un schéma stable, rationnel et prévisible »⁹²².

917A propos de cette volonté de tout rationaliser, nous pouvons nous référer à Denis Salas, qui rappelle que l'optimiste Leibniz souhaitait créer un tableau sur lequel les hommes pourraient prendre connaissance de toutes les lois en un seul coup d'œil. D. SALAS, 2012, *op.cit.*, p. 31.

918Voir *supra*, Titre 1, Chapitre 1.

919Voir *supra*, Introduction.

920Voir M. CUSSON, *Criminologie, op.cit.* Gary Becker est l'un des fondateurs de cette théorie du *rational choice* en matière de criminalité avec son article « *Crime and punishment: an economic approach* » datant de 1968. Gary Becker considère que les criminels agissent de manière purement rationnelle, c'est-à-dire en effectuant un subtil calcul entre le profit réalisé grâce au crime, d'une part, et les probabilités d'arrestation et la lourdeur de la sanction, d'autre part. Voir aussi par exemple Ludwig von Mises (théoricien du néolibéralisme) pour lequel « le comportement apparemment irrationnel d'un « criminel » ou d'un « névrosé » demeure une action imputable puisque tous deux visent certaines fins orientées par leur intérêt, même mal compris », M. FOESSEL, *op.cit.*, p. 49, à propos de L. VON MISES, *L'Action humaine, traité d'économie*, Paris, Les Belles Lettres, 2004, p. 33.

921Voir par exemple Michaël Foessel qui écrit rappelle que cette conception repose sur « une théorie de la motivation axée sur le concept d'intérêt : l'homme économique est celui qui, toujours, tend à maximiser ses profits et à minimiser ses pertes ». M. FOESSEL, *op.cit.*, p. 44.

922D. SALAS, 2012, *op.cit.*, p. 64.

408.- Par ailleurs, comme le soulignent Jean-François Cauchie et Gilles Chantraine, « l'outil risque est mobilisé dans le champ du contrôle du crime (prévention, prédiction, traitement du crime etc.) » et une « grande polymorphie normative [...] peut être faite de l'usage du risque »⁹²³. De l'émergence d'une « nouvelle pénologie »⁹²⁴ caractérisée par une justice actuarielle à une utilisation plus sectorielle de l'actuariat, le risque, qu'il soit appréhendé comme seul critère de décision ou comme un facteur parmi d'autres, est devenu un élément crucial dans la détermination de l'action publique en matière de protection de la société.

409.- L'histoire de l'élaboration de la rationalité de risque en matière pénale doit être retracée, dans ses grandes lignes (A), avant d'étudier comment celle-ci s'est concrétisée (B).

A. L'ÉLABORATION D'UNE RATIONALITÉ DU RISQUE EN MATIÈRE PÉNALE

410.- L'attitude vis-à-vis du risque délinquant a évolué, parallèlement à la construction d'un système assurantiel, vers une gestion de type actuariel. Selon certains auteurs, un changement de paradigme se serait opéré, du paradigme de la prévention de la délinquance à celui de gestion des risques⁹²⁵. Pour Antoine Garapon, « la prévention change de signification : celle-ci ne passe plus par un travail sur les individus, sur leur histoire et sur les causes du passage à l'acte délinquant, mais sur une évaluation des risques pour les victimes potentielles et par un calcul sophistiqué des risques pour les citoyens »⁹²⁶. François Bailleau explique que ce changement de paradigme ne signifie pas pour autant que le paradigme antérieur disparaît totalement mais que l'on peut observer une restructuration des éléments qui le constituent⁹²⁷. La technique de prévention primaire, qui a émergé au 19^{ème}

923J.-F. CAUCHIE et G.CHANTRAINE, « De l'usage du risque dans le gouvernement du crime », *Champ pénal*, Vol. II, 2005, mis en ligne le 13 mai 2005, p. 1.

924Voir *infra*.

925F. BAILLEAU, « Prévention de la délinquance ou gestion du risque ? » Un changement de paradigme, *Les Cahiers Dynamiques*, 2011/2 n°51, pp. 6-15. Sur l'emploi du terme « paradigme », certains auteurs estiment que « la notion de risque, dans une perspective gouvernementaliste, est davantage une porte d'entrée qu'un point d'orgue (ou pire un paradigme) [...]. Elle postule que bien qu'il soit le socle d'une forme de savoir, un « risque » n'a pas de signification en soi : il ne prend réellement sens qu'en s'insérant dans un champ sémantique de la notion de gouvernement », entendue au sens large de techniques et procédures destinées à diriger la conduite des hommes (M. FOUCAULT, 1980) ». J.-F. CAUCHIE et G. CHANTRAINE, *op.cit.*, pp. 1-2.

926A. GARAPON, *La raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, Odile Jacob, 2010, p. 116, cité par F. BAILLEAU, *op.cit.*, p. 6. Voir *infra* sur la notion de prévention (Chapitre 2).

927F. BAILLEAU, *op.cit.*, p. 7.

siècle, est fondée sur la notion de danger et s'appuie sur un repérage diagnostique des caractéristiques, liées aux conditions de vie, susceptibles de faciliter le passage à l'acte⁹²⁸. Elle aboutit à la mise en œuvre d'interventions généralistes visant la population dans son ensemble (aide sociale, école...). Dans les années 1970 et 1980, ce modèle est critiqué, notamment en raison du coût de cette action jugée trop généraliste. Pour l'auteur, cette critique sera le point de départ de l'introduction de la notion de risque et de gestion des risques en matière de délinquance. Cette modification des approches coïncidera avec l'essor du modèle assurantiel (1). Outre-atlantique, le passage à une gestion d'individus empruntant aux techniques de gestion du risque est largement décrit par les auteurs, ce qui nous invitera à nous interroger sur la naissance d'un nouveau type d'action pénale, qui, dans une certaine mesure, peut aussi être décelé, depuis quelques années, en France (2).

1) La montée en puissance d'un système assurantiel

411.- L'utilisation de la notion de risque a émergé, à la fin du 19^{ème} siècle, dans le domaine de l'assurance, ce que François Ewald décrit en évoquant la naissance d'une « société de l'assurance »⁹²⁹. Avec la préoccupation de savoir comment assurer une personne, ont été mis en place des calculs statistiques sur les facteurs de risques, leur taux d'occurrence et les corrélations entre ces deux éléments. Ce mode de gestion de risques multifactoriels sera appliqué à bien d'autres domaines, notamment le risque d'entreprise, jusqu'à trouver un usage dans la gestion des individus et des risques qu'ils sont susceptibles de porter.

412.- Dans le domaine pénal, la référence au modèle assurantiel se traduit par une conception particulière du crime. Le crime y est appréhendé comme un accident, « non pas comme un événement unique causé par une personne mais bien comme un événement statistiquement prévisible dont le responsable fait partie d'un groupe identifiable en fonction de certaines caractéristiques »⁹³⁰. Dans les années 1920, le chercheur américain Hornell Hart estimait qu'une commission des libertés conditionnelles pouvait appliquer « la même méthode scientifique que celle employée par les compagnies d'assurances lorsqu'elles estiment le coût probable de l'assurance de nouveaux adhérents sur la base de leur

928 Voir *infra* (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1).

929 F. EWALD, *L'État providence*, 1986, *op.cit.*

930 TH. SLINGENEYER, « La nouvelle pénologie, une grille d'analyse des transformations des discours, des techniques et des objectifs dans la pénalité », *Champ pénal*, Vol. IV, 2007, Varia, p. 6.

expérience passée, des taux de décès des personnes assurées présentant les mêmes caractéristiques »⁹³¹. A cette époque, marquée par une croyance dans le progrès et la science, se fait ressentir, aux États-Unis, l'idée de recourir à des techniques actuarielles avec notamment les travaux d'Ernest Burgess de l'Université de Chicago⁹³². De la même façon, pour Georges Vold dans les années 1930, « Le principe de prédiction de la conduite humaine dans l'avenir [...] semble sensé et utile. Les compagnies d'assurances ont construit de grandes entreprises sur ce principe de prédire l'avenir à partir du passé. [On peut aussi] établir la validité de ce principe général pour d'autres aspects de la conduite humaine »⁹³³.

413.- Selon Bernard E. Harcourt, l'introduction de l'actuariat dans la justice pénale américaine est liée à la volonté d'individualisation de la peine⁹³⁴. « Les lois du hasard ont précisément constitué le terreau sur lequel l'individualisation de la peine a germé au tournant du 20^{ème} siècle »⁹³⁵. Pour l'auteur, si l'actuariat relève de la gouvernamentalité⁹³⁶, il correspond aussi au souhait d'individualiser la prédiction et, par conséquent, d'individualiser aussi les mesures prises en fonction de cette prévision⁹³⁷.

414.- Mais le transfert du système assurantiel vers la matière pénale apparaît également correspondre à la « managérialisation »⁹³⁸ de l'institution judiciaire. L'introduction de paramètres issus du monde de l'entreprise, tels que l'efficacité et le coût, va de pair avec l'utilisation de l'actuariat dans la lutte contre la délinquance. Une conception probabiliste de la délinquance et une gestion actuarielle des risques qu'elle présente traduisent aussi une volonté d'efficacité et d'efficacité mesurable ou plutôt

931H. HART, « Predicting Parole Success », *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, vol.14, 1923, 3, p. 411, cité par B. E. HARCOURT, « Surveiller et punir à l'ge actuariel. Généalogie et critique », *Déviance et société*, 2011, vol. 35, n°1, pp. 5-33, ici p. 10.

932Ernest Burgess s'est intéressé en 1929 au « taux de réussite » de la libération conditionnelle, entendu comme l'absence de récidive, dans l'Illinois. La « méthode Burgess » a été mise en pratique. Voir M. FLECK, « L'étude et le traitement judiciaire de la récidive à Chicago, 1920 – 1940 », *Champ pénal/Penal field* [En ligne], Vol. V | 2008, mis en ligne le 26 novembre 2008, <http://champpenal.revues.org/6863>.

933G. B. VOLD, *Prediction Methods and Parole*, Hanover, NH, Sociological Press, 1931, p. 103. Cité par B. E. HARCOURT, *op.cit.*, p. 11.

934*Idem.*

935*Ibid.*, p. 9.

936Au sens foucauldien de gestion des populations.

937*Ibid.*, p. 10.

938Le management introduit dans la justice pénale se traduit notamment par une standardisation de la justice à l'aide de nouveaux outils informatiques, de trames de jugement, de barèmes, qui, s'éloignant de l'individualisation du jugement et d'une étude casuistique approfondie, tend vers une systématisation et une uniformisation de la réponse pénale. Voir notamment J. DANET, *Justice pénale entre rituel et management*, *op.cit.* ; C. VIGOUR, chargée de recherche au CNRS, « Accélération du temps judiciaire et logique gestionnaire. Identités et légitimité professionnelles en tension », Séminaire Droit et Changement Social, Faculté de droit et sciences politiques, Université Nantes, MSH, lundi 30 janvier 2012.

d'efficacité, de telles méthodes s'avérant alors utilitaristes⁹³⁹. En effet, ce mode de gestion du risque délinquant apparaît à un moment où ont été remis en question le diagnostic clinique et la réussite du traitement des délinquants⁹⁴⁰.

415.- D'ailleurs, avec l'actuariat, le système pénal, présenté comme un système scientifique et rationnel, se prémunit des critiques venant de l'extérieur. Il se dote lui-même d'outils permettant d'évaluer ses performances⁹⁴¹, « la gestion du système pénal devient un objectif en soi »⁹⁴² ouvrant la voie à une « internalisation des fins »⁹⁴³.

416.- Pour Philippe Mary, une des raisons de l'introduction de l'actuariat dans le domaine pénal est à trouver dans la focalisation sur certains types de délinquance⁹⁴⁴, qui conduit à un nouveau modèle de gestion des risques⁹⁴⁵.

2) L'introduction d'un nouveau type d'action pénale fondé sur une gestion actuarielle des risques

417.- Concrètement, la mise en œuvre d'une « gestion de risque » en matière de délinquance se matérialise par la collecte de données « objectives »⁹⁴⁶ et la construction de modèles statistiques, l'objectif étant alors de déterminer, de prédire, en

939Pour Michaël Foessel, « c'est bien le marché qui sert de modèle à toutes les autres institutions. L'extension des normes de gestion managériale à l'ensemble des administrations publiques, y compris la justice, est un signe marquant de ce triomphe de la rationalité économique ». M. FOESSEL, *op.cit.*, p. 55. Voir aussi sur l'utilitarisme, M. MASSÉ, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Coll. « Droit et justice », PUF, 2009, *op.cit.*

940Sur ce point, voir notamment TH. SLINGENEYER, *op.cit.*, p. 12.

941Par exemple, dans ce contexte, la récidive n'est plus conçue comme un échec/succès d'un traitement ou d'une réinsertion mais comme élément de mesure de la capacité du système à prédire la commission de nouvelles infractions. Voir sur ce point PH. MARY, « Pénalité et gestion des risques : vers une justice « actuarielle » en Europe ? », *Justice actuarielle, Déviance et société*, vol. 25, n° 1, 2001, p. 4. Avec cette perspective d'auto-évaluation, la légitimité du système se mesurerait à sa capacité à évaluer ses performances chiffrables. Voir en ce sens, J.-F. CAUCHIE, G. CHANTRAINE, *op.cit.*, p. 5. Les auteurs citent ensuite D. GARLAND (1998, 60) : « Les nouveaux indicateurs de performance mesurent ce que l'organisation « fait » plutôt que, faute de mieux, ce qu'elle « réussit » ».

942Ibid., p. 13.

943Idem. Et Jean-François Cauchie et Gilles Chantraine d'interroger : « La légitimité du système pénal passerait-elle désormais par un *assoupissement* d'objectifs aussi valeureux qu'aléatoires (comme l'aide aux infracteurs), assoupissement qui serait couplé au *réveil* d'objectifs strictement endogènes comme la productivité interne, l'efficacité et le consumérisme (KAMINSKI, 2002)? ». J.-F. CAUCHIE et G. CHANTRAINE, *op.cit.*, p. 3.

944Voir *supra* sur les figures de la dangerosité

945PH. MARY, « Les figures du risque et de l'insécurité », *L'impact sur le contrôle, Informations sociales*, 2005/6, n° 126, pp. 16-25.

946F. BAILLEAU, *op.cit.*, p. 13. Ce sont des « variables « objectives », c'est-à-dire non-basées sur un face à face. On sait si tel type de famille, avec tel type d'environnement, avec tel type de socialisation, avec tel niveau de vie, permettra d'isoler la personne qui peut poser problème [...] ».

fonction de ces corrélations établies, qui risque de commettre une infraction. La notion de risque est construite sur des facteurs extérieurs à la personne, liés à son environnement, ce qui permet de tracer des combinaisons de facteurs sans contact avec l'individu concerné, marquant ainsi une certaine déshumanisation au profit d'une mathématisation dans la manière de traiter le risque délinquant. Ainsi, s'opère une « dissolution du sujet, de l'individu, et son remplacement par une combinatoire de facteurs »⁹⁴⁷. Avec une justice actuarielle, on ne part plus de l'individu pour déterminer sa dangerosité mais des statistiques pour reconstruire l'individu⁹⁴⁸.

418.- L'émergence d'une telle justice a été observée aux Etats-Unis où elle est analysée par les auteurs comme parallèle à une nouvelle pénologie, *the new penology*⁹⁴⁹. Théorisée par Simon et Feeley en 1992, la *new penology* serait « axée sur la gestion de groupes à risques, leur surveillance et leur contrôle afin de réguler les niveaux d'une délinquance considérée comme un risque normal dans la société [quand l'ancienne pénologie était] axée sur l'individu, sa punition et/ou son traitement »⁹⁵⁰. Selon ces auteurs, la nouvelle pénologie « conduit peu à peu à l'abandon des fins sociales et substantielles de la pénalité (normalisation, punition) au profit de fins managériales, et qui encourage ainsi un *continuum* gardien, à savoir un ensemble de ressources à allouer en fonction du *degré de contrôle* requis par le profil de risque des individus pénalisés, mais aussi en fonction de leur *coût* »⁹⁵¹. Ainsi, deux aspects ressortent de cette nouvelle pénologie : une pénalité vidée de sa substance morale et une gestion comptable des ressources pénales.

419.- Pour Thibaut Slingeneyer, « L'ancienne pénologie s'est essoufflée en raison d'un affaiblissement des finalités sociales traditionnellement attribuées à la pénalité et

947TH. SLINGENEYER, *op.cit.*, p. 5.

948Pour Thibaut Slingeneyer, « La seule reconstruction de l'individu possible est une reconstruction probabiliste dans laquelle les chiffres génèrent directement le sujet [...] ». *Ibidem*.

949Voir les travaux de Simon et Feeley précités. Pour certains auteurs, il ne s'agit pas véritablement d'une nouveauté, mais plutôt de la pérennité de paradigmes anciens. Pour David Garland, les éléments de l'approche actuarielle existaient déjà dans le mouvement eugénique (D. GARLAND, « Penal modernism and postmodernism » in T.G. BLOMBERG, S. COHEN, Ed., *Punishment and social control. Essays in honor of Sheldon L. Messinger*, New-York, Adline De Gruyter, 1995, p. 201). Le développement de l'actuariat aurait simplement été favorisé par les progrès technologiques. Ainsi, il s'agirait, selon ces thèses, d'un « réaménagement de projets séculaires rendus possibles par des changements technologiques majeurs » (PH. MARY, 2001, *op.cit.*, p. 15). Ce qui n'est pas sans rappeler le constat de Gary T. Marx à propos de « la fausse idée que les moyens ne déterminent jamais les fins » (G. T. MARX, « La société de sécurité maximale », *Déviance et société*, vol. 12, n° 2, 1988, p. 161, cité par PH. MARY, 2001, *op.cit.*, p. 15).

950PH. MARY, 2001, *op.cit.*, p. 3 (se référant à FEELEY ET SIMON, 1992, 1994, *op.cit.*).

951F. BRION, « Réflexions sur les fonctions et la nature de la libération conditionnelle », *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 4-5, 2001, pp. 409-433. Cité aussi par J.-F. CAUCHIE et G. CHANTRAINE, *op.cit.*, p. 5.

particulièrement en raison d'un « désenchantement » en matière de traitement des délinquants »⁹⁵². Dans la nouvelle pénologie, la pénalité n'a pour finalité que la gestion du risque représenté par la délinquance pour la société. La nouvelle pénologie entend rationaliser, « mathématiser », « scientificiser » la protection de la société et, par là-même, l'uniformiser, la standardiser et la rendre visible. Plus exactement, il s'agit d'allouer les ressources pénales de manière rationnelle, c'est-à-dire non plus en fonction de paramètres individuels mais en fonction du profil de risque des délinquants. Le choix de la mesure ainsi que la durée de la mesure dépendront non plus d'une finalité extérieure telle que la réinsertion mais uniquement de ce profil de risque établi mathématiquement⁹⁵³. Ainsi, la conception de la dangerosité se déplace de l'attention portée aux crimes passés et avérés vers une focalisation sur les crimes que l'individu pourrait, dans un futur hypothétique, commettre⁹⁵⁴.

420.- Nous pouvons nous interroger, avec Philippe Mary, sur l'adéquation de cette grille de lecture de la nouvelle pénologie états-unienne aux transformations que connaissent les systèmes pénaux des pays européens, et en particulier de la France. Une première observation s'impose : même pour Feeley et Simon, les transformations des deux côtés de l'atlantique ne signifient pas qu'il existe « une stratégie hégémonique de politique criminelle qui redessinerait l'ensemble de la pénalité »⁹⁵⁵. En tout état de cause, les pratiques actuelles en Europe ne sont pas attachées au même degré à l'actuariat. Les statistiques n'y sont pas utilisées aussi systématiquement et surtout les profils de risques n'y sont pas établis de manière aussi distancée de l'individu (le diagnostic clinicien ayant conservé sa place). Toutefois, comme le souligne Philippe Mary, certains aspects des modifications de la réponse donnée au crime démontrent une introduction progressive de la probabilité et de la conception durkheimienne du crime comme un risque normal dont il faut « s'assurer » : l'essor de la prévention situationnelle consistant en la réduction des risques de commission d'infraction ou en l'augmentation des possibilités d'arrestation⁹⁵⁶, la « technologisation » et la privatisation de la sécurité conduisant à appréhender le contrôle

952 *Ibid.*, p. 8.

953 Ainsi, l'établissement de ces profils de risques vont permettre d'exercer un contrôle intensif pour les délinquants « à haut risque », tandis que le contrôle sera moins lourd (et moins onéreux) pour ceux « à bas risque ». Voir notamment PH. MARY, 2001, *op.cit.*, p. 4.

954 Voir *infra* sur la temporalité pénale (Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2).

955 PH. MARY, 2001, *op.cit.*, p. 6.

956 Voir *infra* sur les mutations de la prévention (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1).

social en termes de gestion des risques⁹⁵⁷, le succès des politiques de « tolérance 0 » traduisant une volonté de n'être confronté à aucun risque délinquant...

421.- Ainsi, en France, à l'heure actuelle, les tables de prédiction informatisées ne sont pas encore ou très peu utilisées⁹⁵⁸. Mais depuis 2011, dans deux Centres Nationaux d'Évaluation (CNE), à Rhéau et à Fresnes, ce type de techniques est utilisé dans l'établissement d'un diagnostic à visée criminologique (ci-après DAVC). Élaboré par la pratique des conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation (CPIP), ce DAVC a été défini par une circulaire de l'administration pénitentiaire du 8 novembre 2011⁹⁵⁹, prise après l'adoption d'un décret en Conseil d'État en date du 7 novembre 2011 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « application des peines, probation et insertion » (APPI). Selon la circulaire précitée, « *le DAVC se décompose en cinq champs distincts relatifs à :*

- *la situation pénale et le respect de la mesure ou de la peine et de ses obligations,*
- *l'appropriation de la condamnation et la reconnaissance de l'acte commis,*
- *l'inscription dans l'environnement social et familial et les capacités au changement,*
- *la situation médicale et sa compatibilité avec le projet d'insertion,*
- *la conclusion du diagnostic »⁹⁶⁰.*

422.- Mais pour Martine Herzog Evans, l'outil DAVC ne correspond pas réellement à de l'actuariat car il ne se fonde pas sur des données acquises de la science mais sur des présupposés issus de la méthode clinique⁹⁶¹. Et de nombreux auteurs expriment des doutes quant à la fiabilité des modèles d'évaluation de ce type⁹⁶².

957 Voir notamment J.-P. BRODEUR, « Le contrôle social : privatisation et technocratie », *Déviance et société*, 1995, 19, 2, pp. 127-147 ; PH. MARY, 2001, *op.cit.*, p. 8.

958 Nous y reviendrons *infra*.

959 Circulaire du 8 novembre, JUSK1140051C.

960 Circulaire précitée.

961 M. HERZOG-EVANS, « Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique », *AJ Pénal* 2012.63, p. 75s.

962 Voir par exemple, E. GARÇON et V. PELTIER, « Commentaire de la loi n°2002-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines », *Droit pénal* n°6, juin 2012, 11, pp. 9-18. Les auteures écrivent : « Peu importe que, par l'un de ces modes d'évaluation, on détermine que [la personne évaluée] appartient à une catégorie d'individus dont 30 % passent de nouveau à l'acte, cela ne permet pas de savoir si cette personne va récidiver : fait-elle partie de ce tiers toujours « dangereux » ou des 70 % restants qui n'ont plus fait parler d'eux ? » (p. 15). Pour elles, « les méthodes actuarielles [...] ne sont que la triste confirmation du renouveau des idées positivistes qui prétendent éradiquer le danger représenté par certains, considérés comme asociaux, anormaux, déviants ou microbes sociaux, en se fondant, non sur ce qu'ils ont pu faire mais sur ce qu'ils sont » (*Idem.*).

423.- Dans tous les cas, même si l'actuariat pur n'est pas encore utilisé en France, de nouvelles « figures du risques »⁹⁶³ émergent. Pour autant, ces dernières ne sont pas exactement les résultats de calculs probabilistes, elles sont « définies politiquement sur la base d'une représentation réductrice de l'insécurité, à partir de critères tels que l'ethnie (les « étrangers »), l'âge (les « jeunes »), le comportement (les « toxicomanes », les « pédophiles ») ou l'habitat (les « quartiers »)⁹⁶⁴. Si la détermination du risque n'est pas encore une production scientifique⁹⁶⁵, elle s'avère néanmoins le fondement de certains dispositifs de contrôle et de surveillance mais aussi d'incriminations pénales. Et quoiqu'il en soit, la désignation de certains groupes d'individus jugés « à risque » (rassemblés en fonction de critères personnels, géographiques, comportementaux...) témoigne d'une volonté d'enrayer le risque délinquantiel voire le risque seulement déviant plutôt que de traiter ou de réhabiliter les délinquants⁹⁶⁶.

B. LA CONCRÉTISATION DE LA VOLONTÉ D'ENRAYER LE RISQUE DÉLINQUANTIEL

424.- Nous retrouvons cette désignation du danger et des populations à risque s'agissant de la gestion publique des problèmes sociaux. Comme l'indique François Bailleau, avec la notion de risque, on entre « dans ce que l'on pourrait appeler une gestion sécuritaire des problèmes sociaux. L'objectif n'est plus forcément de mettre fin à [des] comportements [déviants ou asociaux], mais de gérer au mieux les risques collectifs que ces comportements représentent. A travers cette description, on voit se dessiner une nouvelle image du social. C'est un espace fait de circuits que les gens doivent emprunter volontairement selon leurs capacités et, s'ils ne peuvent emprunter ces circuits, ils sont parqués et entretenus aux marges du social »⁹⁶⁷. Ainsi, lorsque le législateur décide d'incriminer des comportements jugés risqués, n'est-ce pas la rationalité de risque qui s'exprime (1) ? Et dans ce cas, n'est-elle pas à l'origine de ce que certains auteurs ont appelé « la fabrication de populations problématiques »⁹⁶⁸ (2) ?

963 Voir aussi *supra*, les figures de la dangerosité (Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1).

964 PH. MARY, 2001, *op.cit.*, p. 9.

965 C'est pourquoi Philippe Mary préfère parler de l'inscription, en Europe, dans une logique des risques, plutôt que dans « une logique actuarielle au sens propre du terme (en raison principalement du degré de sophistication relativement faible [de ce côté de l'Atlantique] des techniques utilisées) ». PH. MARY, 2001, *op.cit.*, p. 11.

966 Voir *infra* sur le déplacement des fonctions du droit pénal et de ses principes directeurs.

967 F. BAILLEAU, *op.cit.*, pp. 14-15.

968 Voir par exemple « La fabrique de populations problématiques par les politiques publiques », Séminaire Nantes MSH, 2007, *op.cit.*

1) L'incrimination de comportements à risque en l'absence de réalisation de dommages : en lien avec la rationalité de risque ?

425.- La rationalité de risque repose sur la perception neutre de la délinquance comme risque normal. Mais, comme le souligne Philippe Mary, « La définition de [...] nouvelles figures du risque que sont les étrangers, les jeunes ou les toxicomanes, et parallèlement, le renouveau de la notion de dangerosité⁹⁶⁹, souvent favorisé par la grande médiatisation de certaines affaires criminelles, en particulier de délinquance dite « sexuelle », montrent bien la persistance de représentations qui renvoient à une criminologie classique de la différence, voire qui tendent à remettre celle-ci à l'avant-plan de la scène criminologique »⁹⁷⁰.

426.- En France, l'incrimination de comportements jugés à risque participe bien de cette double logique, à la fois de « normalisation » du risque (le risque y est entendu comme provoqué par un facteur comportemental désigné) et de « stigmatisation » de ses facteurs (tel comportement est supposé engendrer systématiquement tel risque). Un certain nombre d'infractions dites de prévention⁹⁷¹ ont ainsi été créées dans le but de sanctionner la prise de risques.

427.- Nous verrons quelques infractions illustrant cette rationalité de risque : la mise en danger **(a)**, les infractions formelles **(b)**, les infractions obstacles **(c)**, les infractions routières **(d)** et la pénalisation d'attitudes jugées risquées **(e)**. Nous envisageons ici ces infractions sous le paradigme du risque. Nous les réétudierons plus tard sous celui de précaution⁹⁷².

969 Voir *supra*, Titre 2, Chapitre 2 .

970 PH. MARY, 2001, *op.cit.*, p. 13. NB : Philippe Mary évoque le cas de la Belgique.

971 « Ces infractions de prévention, qui ne supposent ainsi, ni dommage présent ou imminent, ni intention criminelle sous-jacente [...] », selon Jean-Paul Doucet. J.-P. DOUCET, « Les infractions de prévention », *Gazette du Palais* 1973, II, Doct. p. 764.

972 Voir *infra* (Partie 2, Titre 1, Chapitre 1).

a) *L'infraction de mise en danger*

428.- Le point de départ de l'usage d'une rationalité de risque en matière pénale peut en effet être situé dans la création d'infractions reposant sur la prise de risques et l'exposition au risque sans qu'un dommage ne s'en suive. Par conséquent, ces infractions s'éloignent d'une conception traditionnelle d'un droit pénal réprimant des comportements ayant entraîné un résultat dommageable (pour une victime et/ou pour l'ordre public). La sanction de la mise en danger délibérée d'autrui est emblématique de ce mouvement de prise en compte de la notion de risque⁹⁷³. En punissant « *le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement* », l'article 223-1 du code pénal vise directement la prise de risque dès lors que celle-ci est volontaire - le texte évoque la violation manifestement délibérée d'une obligation préexistante.

429.- Ainsi, le droit pénal réprime ce que la doctrine appelle le « dol éventuel », se situant entre les fautes intentionnelles et les fautes non intentionnelles sur l'échelle des fautes pénales⁹⁷⁴. Si le droit pénal moderne adosse plus ou moins directement la répression à la production d'un résultat⁹⁷⁵, ici, le législateur sanctionne le risque, comme s'il était lui-même le résultat du comportement de l'agent⁹⁷⁶.

973 Les infractions non intentionnelles prennent également en considération la prise de risque mais suppose la réalisation d'un dommage. Dès lors, elles ne reposent pas uniquement sur le risque en tant que tel, mais plutôt sur un dommage qui aura été provoquée par une conduite risquée. Par conséquent, nous ne les rattachons pas directement à la «rationalité de risque», qui, elle, se base uniquement sur le risque, sans égard à sa réalisation.

974 Voir *supra*, Introduction.

975 Pour plus de détails sur la notion de résultat, voir *infra* (Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, D).

976 Voir J. CHACORNAC, « Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger : les limites de la distinction des infractions matérielles et formelles », *RSC* 2008/4, p. 849. L'auteur soulève le fait que, dans plusieurs infractions formelles, censées ne pas nécessiter la caractérisation d'un résultat pour leur répression, en tant qu'appartenant à une catégorie d'infractions supposées indépendantes de tout résultat, il faut cependant prouver un certain résultat qui est celui de la création d'une situation de risque. En effet, la jurisprudence fait preuve d'une technique des juges du fond qui doivent vérifier, au vu de l'analyse d'éléments extérieurs à la conduite de l'agent proprement dite, que la situation de danger ou de risque a bien été créée. Il s'agit en fait d'une vérification de la hausse de probabilité du danger ou du risque dans la situation observée. Les doctrines italiennes et allemandes utilisent une autre notion que celle d'infraction formelle sans résultat : l'infraction de danger. La doctrine allemande évoque alors le résultat du danger créé. Toutefois, pour l'auteur, cette distinction provenant de l'étranger n'est pas encore suffisante pour révéler toute la logique de répression anticipative de notre droit pénal spécial. Il propose donc la création d'une nouvelle catégorie d'infractions, à la lisière entre infractions formelles et infractions matérielles : les infractions de risque.

b) Les infractions formelles

430.- La prise en compte du risque par le droit pénal révèle ainsi une autre distinction, celle existant entre les infractions matérielles nécessitant la production d'un résultat et qui sont majoritaires dans le code pénal, et les infractions formelles qui sanctionnent un comportement indépendamment de la survenance d'un résultat. L'exemple type des infractions formelles est celui de l'empoisonnement défini à l'article 221-5 du code pénal comme « *le fait d'attenter à la vie d'autrui par l'emploi ou l'administration de substances de nature à entraîner la mort constitue un empoisonnement* ». La sanction de l'auteur d'un empoisonnement ne repose donc non pas sur la mort effective de la victime, autrement dit sur la réussite du procédé, mais sur l'action d'empoisonner elle-même. Ceci est contenu dans la formulation « *substances de nature à entraîner la mort* ». Dès lors, c'est bien ici le risque de mort qui retient l'attention, et non pas le résultat.

431.- Il faut alors souligner que la sanction prévue est la même que la mort de la victime survienne ou qu'elle ne reste qu'éventuelle, c'est-à-dire qu'elle ait échoué dans les faits. Il en est de même des différents délits de provocation, qui sont qualifiés comme tels que la provocation soit suivie d'effet ou non⁹⁷⁷, et de manière plus générale de la répression de la tentative⁹⁷⁸.

c) Les infractions obstacles

432.- Une autre catégorie d'infractions ne nécessitant pas la production d'un résultat pour être constituées sont aussi révélatrices, dans une certaine mesure, de la prise en considération du risque : les infractions obstacles. Ces dernières, certes très proches des infractions formelles, se distinguent par le fait que le résultat, dans ces infractions, ne

⁹⁷⁷Voir les différents délits de provocation issus de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, le délit de provocation au suicide (article 223-13 du code pénal) et le délit de provocation à l'avortement (loi du 31 juillet 1920 réprimant la provocation à l'avortement et à la propagande anticonceptionnelle).

⁹⁷⁸La tentative étant définie, selon l'article 121-5 du code pénal par un commencement d'exécution (caractérisé par des actes tendant immédiatement et directement à l'infraction d'après l'arrêt de la chambre criminelle 25 octobre 1964 Lacour, Shieb et Benamar, ces actes devant manifesté de manière non équivoque la volonté de l'auteur de commettre l'infraction, d'après l'arrêt Ramel de 1974) et un échec ou une suspension indépendante de la volonté de l'auteur. L'article 121-4 du code pénal réprime la tentative -de tous les crimes et des délits lorsque la loi le prévoit, comme l'infraction elle-même. Il s'agit donc, outre de sanctionner la volonté criminelle de l'auteur, de prendre en considération le risque qui existait que l'infraction soit consommée.

s'est effectivement pas produit. Pour les infractions formelles, peu importe que le résultat existe ou pas ; pour les infractions obstacles, il s'agit de réprimer un comportement, une intention, quand bien même le résultat ne s'est pas réalisé⁹⁷⁹. La mise en danger délibérée, évoquée plus haut, est une infraction obstacle lorsqu'elle est réprimée en tant que telle⁹⁸⁰.

433.- Une autre infraction obstacle récemment créée mérite d'être citée ici : le « mandat criminel », inséré dans le code pénal à l'article 221-5-1 par la loi Perben 2 du 9 mars 2004⁹⁸¹. En effet, avec cette disposition, peut désormais être puni de 10 ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende « *le fait de faire à une personne des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques afin qu'elle commette un assassinat ou un empoisonnement* ». On constate ici que c'est le risque que la personne mandatée effectue l'action commanditée (assassinat ou empoisonnement) qui est sanctionné (ce risque étant bien sûr intentionnel de la part du commanditaire, et révélant une dangerosité que le législateur souhaite réprimer).

434.- On observe cependant une différence fondamentale entre les infractions formelles et les infractions obstacles qui réside dans le degré de sanction prévu par la loi. Les infractions obstacles sont moins sévèrement punies que si le résultat avait été atteint. Par exemple, si la personne mandatée n'a pas commis le crime, le mandataire encourt 10 ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende tandis que si le crime a été réalisé, le mandataire est considéré comme un complice par instigation (par fourniture d'instruction, dons, ordre ou provocation, au sens de l'article 121-7 du code pénal) et encourt alors, en vertu de l'article 121-6, la même peine que s'il avait été auteur principal de l'infraction⁹⁸². Ainsi, si le crime projeté et réalisé est un assassinat, l'instigateur, comme l'auteur principal, encourt la réclusion criminelle à perpétuité (article 221-3 du code pénal). Les infractions formelles, quant à elles, sont sanctionnées de la même manière que le résultat soit réalisé ou non⁹⁸³.

979Mais notons qu'une jurisprudence tend à assimiler les dommages extrêmement légers à l'absence de résultat lorsque le dommage ne peut être quantifié par une ITT.

980La mise en danger délibérée peut être une infraction quand le résultat ne s'est pas produit (la seule exposition d'autrui au risque compte) et une circonstance aggravante lorsque le résultat s'est produit (circonstance aggravante de fautes non intentionnelles). Voir *supra* (Introduction).

981Notons que cette infraction a été créée pour pallier des insuffisances dans la répression, suite aux arrêts Lacour, Shieb et Benamar précités où l'instigateur d'un assassinat avait échappé à la sanction en l'absence de fait principal punissable (l'auteur principal n'avait pas commis de tentative d'assassinat car n'avait pas réalisé de commencement d'exécution ; or la complicité nécessite l'existence d'un fait principal punissable).

982Selon l'article 121-6 du code pénal, le complice est puni comme auteur.

983Voir *supra*.

d) L'exemple des infractions routières

435.- Au-delà de ces distinctions doctrinales, il est un domaine qui a été très nettement irrigué par la rationalité de risque, celui de la délinquance routière. Les infractions et la politique de prévention routières s'appuient sur des statistiques relatives aux accidents de la route et aux facteurs de risques de ces accidents (tels que l'âge du conducteur, la vitesse, l'alcoolémie, l'usage de stupéfiants ou encore la qualité de la route, la situation géographique...). Notamment, un Observatoire national interministériel de la sécurité routière (ONISR) récolte les données statistiques en la matière, lesquelles serviront à la prise de décision. Récemment publié, un Rapport d'information fait au nom de la mission d'information relative à l'analyse des causes des accidents de la circulation et à la prévention routière illustre la référence aux statistiques produites sur les causes des accidents⁹⁸⁴. Par exemple, sur la base de statistiques mettant en relation la survenue d'accident et l'ivresse des conducteurs responsables, est sanctionnée la conduite d'un véhicule sous l'empire d'un état alcoolique même si celle-ci n'a pas occasionné d'accident (article R-234-1 code de la route).

e) La pénalisation d'attitudes jugées porteuses de risques

436.- Enfin, même en l'absence d'utilisation de tables actuarielles proprement dites, plusieurs incriminations récentes puisent aussi leur source dans une rationalité de risque : le racolage passif, la demande de fonds sous contrainte (communément appelée « mendicité agressive »⁹⁸⁵), le délit d'entrave à la libre circulation dans les halls d'immeubles, tous trois issus de la loi pour la sécurité intérieure du 18 mars 2003 ; la participation à une bande violente issue de la loi du 2 mars 2010 « renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public », etc. A propos de la création de ce type d'infractions, Denis Salas

984Rapport N° 3864, Assemblée Nationale, enregistré à la présidence de l'assemblée nationale le 19 octobre 2011, Rapport d'information fait au nom de la mission d'information relative à l'analyse des causes des accidents de la circulation et à la prévention routière, Tome I : rapport et annexes, Président M. Armand Jung, Rapporteur, M. Philippe Houillon. Les travaux de l'IFSTTAR (Institut Français des Sciences et Technologies des Transports, de l'Aménagement et des Réseaux) sont notamment cités. Voir IFSTTAR, *L'insécurité routière, facteurs et mesures. Des enseignements pour la France* (en annexe II, p. 14 du Rapport).

985Cette expression a été lancée par le législateur. La loi du 29 août 2002 indiquait que : « Le Gouvernement se fixe pour objectif de mieux réprimer des comportements qui affectent particulièrement la vie quotidienne de nos concitoyens et se sont multipliés au cours des dernières années, tels que la mendicité agressive [...] ».

écrit qu' « en voulant embrasser tous les comportements réels ou menaçants, on pourrait croire que nous savons prévenir les risques, tous les risques »⁹⁸⁶. Ainsi, ces infractions récentes donnerait l'illusion de maîtriser un risque plus ou moins établi de délinquance.

437.- Nous prendrons pour exemple le délit de demande de fonds sous contrainte issu de l'article 312-12-1 du code pénal (créé par la loi n°2003-239 du 18 mars 2003), qui dispose : « *Le fait, en réunion et de manière agressive, ou sous la menace d'un animal dangereux, de solliciter, sur la voie publique, la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien est puni de six mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende* ». Selon cette disposition, l'élément matériel de la demande de fonds sous contrainte serait constitué par le fait de solliciter sur la voie publique la remise de fonds en réunion et de manière agressive ou sous la menace d'un animal dangereux ; l'élément intentionnel, quant à lui, serait constitué d'un dol général (la volonté de commettre l'infraction) doublé d'un dol spécial (le fait de solliciter et donc d'utiliser l'agressivité ou l'animal de manière consciente et volontaire).

438.- Ainsi, il semblerait qu'aux termes de cet article, la sollicitation de fonds sur la voie publique présente un risque dès lors qu'elle est réalisée en réunion et de manière agressive, ou sous la menace d'un animal dangereux⁹⁸⁷. Autrement dit, le dol spécial pourrait se déduire de l'agressivité ressentie par autrui (même si elle n'est pas exercée volontairement par l'agent) ou de la présence d'un animal.

439.- En fait, la mendicité n'étant plus pénalement sanctionnée depuis 1994⁹⁸⁸, il est apparu nécessaire au législateur de créer une infraction capable de faire cesser les troubles occasionnés pour la société même en l'absence de violence aux personnes⁹⁸⁹. Ainsi, il est possible de rapprocher le délit de demande de fonds sous

986D. SALAS, *La justice dévoyée*, 2012, *op.cit.*, p. 38.

987Notons le caractère vague de la définition de l'infraction de demande de fonds sous contrainte. Ce flou conduit à penser cette infraction comme étant « déclarative » d'une intention politique de montrer à l'opinion publique qu'il œuvre contre son sentiment d'insécurité. Voir *supra* sur la fonction déclarative de la loi pénale, décrite par CH. LAZERGES, *op.cit.*

988L'ancien code pénal incriminait le vagabondage et la mendicité (article 269s). Notamment, l'article 276 prévoyait pour sa part : « Tous mendiants, même invalides, qui auront usé de menaces ou seront entrés, sans permission du propriétaire ou des personnes de sa maison, soit dans une habitation, soit dans un enclos en dépendant, ou qui feindront des plaies ou infirmités, ou qui mendieront en réunion, à moins que ce ne soient le mari et la femme, le père ou la mère et leurs jeunes enfants, l'aveugle et son conducteur, seront punis d'un emprisonnement de six mois à deux ans ».

989L'exposé des motifs du projet de la loi pour la sécurité intérieure exprime cette idée en ces termes :

contrainte de la volonté d'intégrer la notion de risque à la pénalisation et donc de sanctionner des comportements à risque sans trouble palpable, sans dommage mesurable. Ce que traduit bien le rapporteur, Jean-Patrick Courtois : « Certaines communes sont aujourd'hui confrontées à des phénomènes de mendicité qui portent sérieusement atteinte à la tranquillité publique à cause de l'agressivité des personnes concernées. La création de la présente incrimination pourrait permettre de limiter ce type de situations »⁹⁹⁰. L'infraction, présentée comme protégeant la tranquillité publique, entend donc restreindre les situations de risque - ou les situations jugées risquées, causées par certaines attitudes. Un lien est insidieusement établi entre un type de comportement, un profil d'individus, et la possibilité de trouble aux personnes⁹⁹¹. *De facto*, le fait de mendier en réunion ou accompagné d'un animal est considéré comme un facteur de risque de réalisation de trouble. L'élément matériel suffirait presque à lui seul à constituer l'infraction, tant l'élément intentionnel - soit la volonté d'agressivité - apparaît difficile à démontrer⁹⁹².

440.- La frontière apparaît alors mince entre ce type d'incrimination de comportements à risque et la fabrication de populations problématiques. En effet, le fondement de la demande de fonds sous contrainte comme de toutes les infractions citées plus haut consiste dans la correspondance préétablie entre un type de comportement et une potentialité de risque. Ainsi, tous ceux qui adoptent le comportement désigné sont considérés comme porteurs de risques. Dans cette mesure, la rationalité de risque est susceptible de générer des groupes problématiques d'individus.

« Maintes fois dénoncée, aussi bien par les élus locaux que par les services de l'État, la demande de fonds sous contrainte n'est cependant plus prise en compte par la loi pénale depuis l'abandon de l'incrimination générale de mendicité en 1994. En l'absence de violence à l'égard des personnes, l'intervention des services de police pour faire cesser les troubles réels qu'elle occasionne n'est donc possible que par le biais de dispositions très limitées, telles que celles qui ont trait à la protection des mineurs ou à la préservation de certains périmètres déterminés ».

990Rapport sénat n° 34, session ordinaire de 2002-2003, Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi pour la sécurité intérieure, Par M. Jean-Patrick Courtois, Sénateur, p. 87s.

991Nous verrons que l'incrimination de comportements à risque a pour conséquence de stigmatiser certaines populations. Voir *infra*.

992Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2 sur l'intentionnalité.

2) Le ciblage de « populations dites à risque » ou la fabrication de « populations problématiques » par la rationalité de risque

441.- Certes, pour certains auteurs, Bernard E. Harcourt, notamment, la rationalité de risque serait fondée sur le désir d'individualiser la prédiction et les mesures⁹⁹³. Mais, dans la pratique, cette rationalité peut entraîner des effets bien différents.

442.- Nous avons souligné *supra* la « démoralisation » de la conception du crime au profit d'une vision neutre et objective (scientifique) dans la rationalité de risque. Pour autant, en pratique, cette objectivation de la délinquance n'est pas exempte de possibles préjugés moralisants, en tout cas de certaines considérations morales. Jean-François Cauchie et Gilles Chantraine démontrent que « les territoires respectifs des dimensions morales et techniques sont moins étanches qu'il n'y paraît »⁹⁹⁴ relevant qu'« un premier usage du risque dans le gouvernement de crime » est finalement de « donner à l'imposition d'un ordre moral l'apparence d'un simple agencement technique »⁹⁹⁵.

443.- Ce constat n'est pas isolé et est appuyé par d'autres auteurs comme Thibaut Slingeneyer, qui souligne que « l'utilisation de techniques actuarielles est à l'origine de la classification des délinquants en groupes »⁹⁹⁶. L'objectivation de l'individu par l'utilisation de critères extérieurs pour définir son taux de risque comporte l'effet pervers de catégoriser les personnes en fonction de ce taux. Le croisement de facteurs extérieurs, sans égards pour les individualités, conduit, en effet, à construire des hypothèses scientifiques amenant à l'élaboration de stéréotypes. L'individu est, dès lors, « objectivé comme un membre d'une sous-population particulière. L'individu n'est pas décrit à travers ses caractéristiques morales ou cliniques mais via des distributions statistiques appliquées à des sous-populations »⁹⁹⁷. Aussi, les personnes classées dans les groupes à haut risque (dont le taux de risque est élevé selon les statistiques) seront celles qui retiendront la plus grande attention des pouvoirs publics.

993 Voir *supra*.

994 J.-F. CAUCHIE et G. CHANTRAINE, *op.cit.*, p. 6.

995 *Ibid.*, p. 7.

996 TH. SLINGENEYER, *op.cit.*, p. 6.

997 *Idem*. L'auteur fait s'appuyer, ici, sur les travaux de Feeley et Simon. Voir M. FEELEY et J. SIMON, « The New Penology : Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications », *Criminology*, 30/4, 1992, pp. 449-474 ; « Actuarial Justice : the Emerging New Criminal Law », in D. NELKEN (dir.), *The Futures of Criminology*, Sage, London, 1994, pp. 173-201.

444.- D'ailleurs, pour les pères de la théorie de la *new penology*, Simon et Feeley, cette dernière serait apparue concomitamment à une appréhension de la pauvreté aux États-Unis réutilisant le terme « *underclass* » et considérant la prison comme « instrument de management social »⁹⁹⁸ pour contrôler la partie la plus dangereuse de cette classe.

445.- Les incriminations de comportements à risques évoquées plus haut visent aussi des groupes de la population déterminés en fonction de leur mode de vie et qui apparaissent comme socialement défavorisés⁹⁹⁹. Elles conduisent dès lors à construire une vision problématique de ces individus, s'appuyant non pas sur des faits dommageables mais sur des attitudes. Concernant la stigmatisation qui en découle, Alessandro Baratta montre que « les personnes vulnérables ou blessées qui souffrent de lésions de leurs droits à caractère « faible » (droits économiques et sociaux), deviennent des agresseurs potentiels des droits « forts » (intégrité de la personne, droit de propriété...) des sujets socialement mieux protégés »¹⁰⁰⁰.

446.- Ainsi, cette focalisation sur une partie de la population (des groupes à risques) par les pouvoirs publics, dont l'usage, plus ou moins direct, de la rationalité de risque, est manifeste, conduit à ériger des groupes isolés en groupes problématiques. Cette même construction, par le droit pénal, de groupes problématiques doit néanmoins être distinguée de la désignation de figures de dangerosité¹⁰⁰¹, qui, elles, ne reposent pas sur des calculs scientifiques ni même pseudo-scientifiques, mais davantage sur des sentiments subjectifs, parfois irrationnels¹⁰⁰².

447.- Surtout, ce qui permet de distinguer ces groupes problématiques des figures de dangerosité, c'est l'échelle avec laquelle sont appréhendées ces différentes

998PH. MARY, 2001, *op.cit.*, p. 5. Voir aussi sur ce point, N. CHRISTIE, *L'industrie de la punition. Prison et politique pénale en Occident*, coll. « Frontières », Autrement, 2003. Le constat d'un nombre important de détenus provenant des classes défavorisées amène à s'interroger sur le rôle de la prison comme lieu d'exclusion des personnes considérées comme inutiles.

999Notamment, la loi du 18 mars 2003 a été dénoncée pour la stigmatisation des gens du voyage qu'elle entraîne.

1000A. BARATTA, « Droits de l'homme et politique criminelle », *Déviance et société*, vol. 23, n°3, 1999, p. 243, cité par PH. MARY, 2001, *op.cit.*, p. 19.

1001Voir *supra*.

1002Voir *supra* sur la notion de dangerosité. Et nous pouvons rappeler avec Denis Salas que la figure dangereuse du pédophile, par exemple, est irradiée par une peur complètement irrationnelle si l'on prend en compte les études révélant l'infime nombre de pédophile et le fait qu'ils proviennent la plupart du temps de l'entourage immédiat de la victime et non pas de ces Autres. In *Les sorcières de Salem*, *op.cit.*

personnes. Les groupes à risques ressortent d'une vision globalisante des personnes censées les composer tandis que les figures dangereuses sont la plupart du temps considérées à l'échelle de l'individu¹⁰⁰³. Cette différence de perception est aussi un élément de différenciation entre la rationalité de risque et la rationalité de précaution¹⁰⁰⁴.

II. LE PASSAGE DE LA RATIONALITÉ DE RISQUE À LA RATIONALITÉ DE PRÉCAUTION

448.- A l'évidence, certains points communs unissent les rationalités de risque et de précaution¹⁰⁰⁵. Ces deux types de rationalité se rejoignent notamment dans « l'absence de but de la pénologie [...], absence couverte par l'accent mis sur la protection de la société comme but premier du système pénal¹⁰⁰⁶ et par la réinterprétation des buts traditionnels que le système ne rencontre pas (prévention générale, individuelle, réhabilitation...) comme moyens de ce but premier¹⁰⁰⁷. Ainsi, la protection de la société est invoquée pour couvrir l'inconsistance des politiques menées, cette innovation suscite une demande accrue de protection de la part du public, demande qui amène à l'invoquer encore davantage, etc. »¹⁰⁰⁸.

449.- Toutefois, plusieurs éléments permettent de distinguer les deux rationalités (A) et surtout conduisent à concevoir la seconde comme l'expression d'une exacerbation sécuritaire (B).

A. LA DISTINCTION DU RISQUE ET DE LA PRÉCAUTION

450.- Si, dans une rationalité du risque, « le crime est abordé principalement comme un risque normal et un problème technique »¹⁰⁰⁹(1), dans celle de

1003 Sur la distinction entre l'échelle du groupe et celle de l'individu, voir *infra* (Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1).

1004 Voir *infra*.

1005 Certains auteurs n'établissent pas clairement de distinction entre les rationalités de risque et de précaution. Par exemple, voir D. SALAS, « Un nouveau modèle : le risque et la précaution », *Journal français de psychiatrie*, 3/2004, n°23, p. 30-31.

1006 Voir *supra*.

1007 Voir *supra* sur la définition de l'idéologie précautionniste (Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2).

1008 PH. MARY, 2001, *op.cit.*, pp. 15-16.

1009 TH. SLINGENEYER, *op.cit.*, p. 3.

précaution, le risque visé est considéré comme terrorisant, inacceptable et imprévisible (2). L'amoralité qui disparaît de la conception du crime dans la rationalité de risque¹⁰¹⁰ retrouve donc une certaine place dans la rationalité de précaution. En fait, et comme le souligne Claude-Olivier Doron, ces deux types de rationalité reposent sur des conceptions très différentes de l'incertitude (pour l'une, l'incertitude peut et doit être calculée et prédite ; l'autre agit dans l'incertitude même non quantifiée) et exposent des relations à l'incertain foncièrement distinctes, ce qui en fait, dès lors, des logiques dont les ordres ne peuvent être étudiés sur un même plan¹⁰¹¹.

1) Une rationalité de risque fondée sur des risques connus et prévisibles

451.- La rationalité du risque est fondée sur l'observation de corrélations entre des comportements et le passage à l'acte délinquant. Dès lors, elle entend enrayer des risques supposés admis et donc prévisibles. Ainsi, elle repose sur l'introduction de paramètres d'évaluation apparemment scientifiques et conduit à l'utilisation de grilles actuarielles¹⁰¹².

452.- Notons que, récemment, certains praticiens ont exprimé la nécessité d'utiliser des outils actuariels de détection des risques de récidive. Le politique a également marqué sa volonté en ce sens en introduisant, après la médiatisation de l'affaire « Agnès »¹⁰¹³, dans un projet de loi, des dispositions visant à généraliser l'usage de grilles dans le diagnostic de dangerosité. Reprenant la distinction entre dangerosité criminologique et dangerosité psychiatrique (sans toutefois définir ces notions) déjà évoquée par les Rapports Gareau et Brugelin¹⁰¹⁴, le rapport annexé à ce projet de loi estime que si l'expertise

1010 Concernant cette disparition de l'amoralité du crime dans la rationalité du risque, Jean-François Cauchie et Gilles Chantraine font remarquer qu'il y a, en réalité, un double mouvement : « D'un côté, l'usage du risque semble déconnecter la prévention et le traitement du crime des questions « morales ». [...] « De l'autre, on observe un processus de (re)moralisation distillée à travers une responsabilisation accrue à la fois des délinquants et des victimes potentielles » (V. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1 sur cette responsabilisation). J.-F. CAUCHIE et G. CHANTRAINE, *op.cit.*, p. 3. Les auteurs estiment aussi que « la concurrence des dimensions *morales, émotives et moralisantes* par des dimensions plus *techniques et managériales* n'a pas attendu l'émergence de l'outil « risque » pour exister et modeler le gouvernement du crime ». *Ibidem*.

1011 C.-O. DORON, « L'au-delà du risque: précaution et attention », *Psychiatries. Revue de recherche et d'échanges*, n°155, sept. 2011, pp. 103-118.

1012 Voir *supra* sur l'usage de l'actuariat par la justice pénale.

1013 Agnès, une adolescente de 14 ans, a été violée et tuée par un jeune de 18 ans, qui avait déjà été poursuivi pour viol. Ce fait divers a relancé plusieurs débats : celui concernant la détention provisoire des mineurs dans un centre éducatif fermé, celui relatif au diagnostic de dangerosité et de risque de récidive et aux outils dont disposent les professionnels, enfin un débat sur le secret professionnel, qui, selon certains, devrait être partagé entre les professionnels de l'éducation nationale et l'institution judiciaire.

1014 Voir *supra*.

psychiatrique est bien utilisée dans le cadre de l'évaluation de la dangerosité psychiatrique, d'autres outils issus des pratiques actuarielles anglo-saxonnes doivent être favorisés dans l'évaluation de la dangerosité criminologique¹⁰¹⁵. Ce projet de loi de programmation relatif à l'exécution des peines a été adopté le 26 mars 2012. Ainsi, la très récente loi prévoit entre autres de généraliser l'emploi de l'outil DAVC¹⁰¹⁶, démontrant une certaine croyance en l'utilité de l'actuariat. Le rapport précité, qui a été validé, précise que bien que « complexe », l'évaluation de la dangerosité des condamnés « n'en demeure pas moins possible et incontournable pour lutter efficacement contre la récidive »¹⁰¹⁷.

453.- Ainsi, la rationalité du risque est celle qui s'exprime face à des risques censés être repérés et quantifiés. Elle définit une certaine gestion de l'incertain en l'entourant de certitudes, recueillies sur la base de l'actuariat, se prévalant ainsi de la « connaissance » de certains risques.

454.- De plus, le savoir sur le risque suppose que l'on raisonne en termes quantifiables, donc en terme de population, d'où l'effet de création de groupes problématiques/à risque¹⁰¹⁸. Aussi, la rationalité du risque définit un seuil de risque à partir duquel l'action publique doit être mise en œuvre (en d'autres termes, elle délimite le risque acceptable et le risque inacceptable).

455.- Avec la rationalité de précaution, une autre étape est franchie, dans la mesure où c'est la non connaissance qui impose l'action. La rationalité de précaution constitue un nouveau défi dans la prise de décision en incluant les situations d'incertitudes et en remplaçant l'individu comme valeur de référence quand la/les population(s) constituai(en)t le niveau d'observation dans la rationalité de risque.

1015 Rapport définissant les objectifs de la politique d'exécution des peines annexé à la loi n°2012-409 du 27 mars 2012. II, A, 3.

1016 Pour un compte-rendu de la loi de programmation relative à l'exécution des peines du 26 mars 2012, voir E. GARÇON et V. PELTIER, *op.cit.* Comme rappelé plus haut, le DAVC était utilisé jusque là dans les deux CNE de Rhéau et de Fresnes. Le rapport annexé à la loi prévoit de rendre valable cet outil pour tous les condamnés et deux créer trois nouvelles structures d'évaluation nationale sur le modèle de celles de Fresnes et de Rhéau (Rapport précité, II, A, 1).

1017 Rapport précité, II, A, 3.

1018 Voir *supra*.

2) Une rationalité de précaution fondée sur des dangers et des menaces

Des menaces imprévisibles et indomptables : la reconnaissance de l'incertitude et de la faillibilité de la science

456.- La rationalité de précaution signe, elle, la prise de conscience de l'incapacité de la science à tout expliquer¹⁰¹⁹ et réside dans un nouveau mode de gestion des « risques » adapté à des dangers imprévisibles et non mesurables rationnellement. Elle marque l'introduction de l'incertitude scientifique dans le processus décisionnel¹⁰²⁰. Telles les utopies étudiées par Denis Salas, la rationalité de précaution « [incarne] l'image d'un temps désiré qui n'hésite pas à sacrifier le présent à un avenir improbable »¹⁰²¹ à la différence de la rationalité de risque, marquée, elle, par la volonté de tout prévoir.

457.- Comme signalé en introduction, le principe de précaution préconise la prise de mesures dans les situations où un risque est possible sans toutefois qu'il existe de certitude scientifique quant à sa réalisation¹⁰²². En matière pénale, il ne s'agira donc plus, comme dans le cas de la rationalité de risque, d'essayer de déterminer statistiquement la probabilité de concrétisation du risque, mais de prendre des mesures dès que l'once d'un risque existe ou peut exister, dans la mesure où la science n'est pas capable de prouver son absence. Ainsi, la rationalité pénale de précaution œuvre face à des dangers, plus que face à des risques¹⁰²³. Elle se donne pour objectif d'éradiquer la dangerosité, conçue plus comme l'absence de certitude d'innocuité que comme un état découlant d'une combinaison de facteurs déterminés. Il s'agit, à la différence de la gestion de risque, de gouverner l'incertain en tant que tel, non plus de tenter à tout prix de le rationaliser pour le rendre gouvernable.

458.- Dans cette perspective précautionniste, et comme nous l'étudierons *in fine*¹⁰²⁴, ceux sur qui repose la décision se devront d'adopter des mesures capables de protéger la société même si la dangerosité ne peut être établie avec certitude. Par exemple, à l'époque où a été instaurée la rétention de sûreté, l'évaluation de la dangerosité ne répondait pas à des critères préétablis et le flou de la notion-même de dangerosité avait été

1019 Voir *supra*, Introduction sur l'émergence du principe de précaution.

1020 Voir *supra*, Introduction.

1021 D. SALAS, 2012, *op.cit.*, p. 31.

1022 Voir *supra*.

1023 Voir *supra*, sur la distinction entre risques et dangers.

1024 Voir *infra*, Partie , Titre 2.

dénoncé par les auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel¹⁰²⁵. Il n'était pas question, au moment de l'introduction de cette mesure, d'adosser la prise de décision de cet enfermement à une quelconque détermination mathématique du risque.

459.- Si une exigence d'évaluation du risque dangereux existe dans la rationalité de précaution, elle ne semble pas poursuivre les mêmes fins que dans celle de risque. Tandis que dans la seconde, elle est le fondement de la décision, dans la première, elle est peut être plus une justification de la décision qui s'imposerait dans des situations où l'incertitude peut se révéler source d'angoisses¹⁰²⁶. L'outil « scientifique » servirait alors à développer un argument d'efficacité de certaines mesures. Par ailleurs, Denis Salas, lorsqu'il étudie le quinquennat présidentiel 2007-2012, affirme que « la carence ou le laxisme supposé des magistrats aura été le *leitmotiv* »¹⁰²⁷. Dans une rationalité de précaution, l'évaluation de la dangerosité peut aussi se révéler être un moyen de contrôler, d'orienter la décision de magistrats jugés trop cléments.

460.- La rationalité de précaution repose donc sur la prise en compte de l'incertitude (prise en compte liée notamment à l'amenuisement de la croyance en l'omnipotence de la science)¹⁰²⁸ mais également sur la référence à l'échelle individuelle¹⁰²⁹. La moindre souffrance (même potentielle) d'un individu légitime à elle-seule l'action sans qu'il soit foncièrement utile, dans une gestion précautionniste, d'étayer une argumentation de type scientifique avec des calculs à l'échelle du groupe ou de la population.

461.- Comme le souligne Alain Papaux, dans la logique du principe de précaution, « L'incertitude n'est donc plus résiduelle mais bel et bien principielle »¹⁰³⁰ et comme Jonas l'exprimait à propos de son principe responsabilité¹⁰³¹, « Il se peut qu'ici l'incertitude soit notre destin permanent - *ce qui a des conséquences morales* »¹⁰³².

1025 Voir *supra*.

1026 Voir *infra*.

1027 D. SALAS, 2012, *op.cit.*, p. 14.

1028 Voir *supra* sur le néo-positivisme que constitue l'idéologie précautionniste.

1029 Voir *infra* sur le déplacement de l'échelle de référence de la population à l'individu.

1030 A. PAPAUX, « De l'inavouable efficacité du principe responsabilité à la préoccupante inefficacité du principe de précaution », intervention au Colloque ANGD « Quelle place pour la chimie dans une société durable ? », 19-24 octobre 2009, Institut Scientifique de Cargèse– Corse. www.cnrs.fr/inee/recherche/fichiers, p. 7.

1031 Voir *supra*, Introduction sur le principe responsabilité développé par Hans Jonas et qui a été, pour beaucoup d'auteurs, à l'origine du principe de précaution.

1032 H. JONAS, *Pour une éthique du futur*, Paris, Payot-Rivages, 1998, p. 360 cité par Alain Papaux. A. PAPAUX,

B. LE PASSAGE DU RISQUE À LA PRÉCAUTION : UNE EXACERBATION SÉCURITAIRE POUR UN NIVEAU OPTIMAL DE SÉCURITÉ

« *La sécurité est une question politique qui se pose depuis l'aube de l'humanité et dont on pourrait dire pour simplifier qu'elle se déplace sur un axe allant de la survie à l'abondance* ». Philippe Mary¹⁰³³

462.- Dans la rationalité de risque ou pour la nouvelle pénologie, les coûts et le caractère limité des ressources pénales doivent être pris en considération¹⁰³⁴ tandis qu'avec la rationalité de précaution, les limites de ces ressources pénales semblent pouvoir s'étendre à l'infini. Il ne s'agit plus seulement d'éviter les risques connus et prévisibles mais également d'empêcher toute situation de menaces, mêmes celles qu'il est impossible de prévoir. Dès lors, toute situation peut être appréhendée comme recelant un germe de menace. Tout peut et doit, dans une rationalité de précaution, être l'objet d'attentions précautionneuses.

463.- Néanmoins, on ne peut affirmer qu'une rationalité ait remplacé une autre. Comme en matière d'environnement, où les auteurs s'accordent à dire que la précaution vient s'ajouter aux autres modes d'action tels que la prévention¹⁰³⁵, la rationalité de précaution dans le domaine pénal ne vient pas se substituer à celle de risque. Cette dernière n'a pas été abandonnée. Les deux rationalités se superposent l'une à l'autre et se rejoignent dans leur objectif premier qui est de protéger la société¹⁰³⁶. Elles se présentent dès lors comme deux moyens possibles de parvenir à ce but de défense sociale, à la différence près que dans la rationalité de précaution, la précaution n'est plus uniquement appréhendée comme un moyen mais aussi comme une fin en soi¹⁰³⁷.

464.- D'ailleurs, certains outils, tels que le DAVC¹⁰³⁸, peuvent relever des deux rationalités. En effet, le DAVC peut être rattaché à la rationalité de risque dans la mesure où il introduit des paramètres statistiques, comme il peut être considéré profondément

op.cit., p. 7.

1033PH. MARY, *op.cit.*, p. 16.

1034TH. SLINGENEYER, *op.cit.*, p. 14.

1035Voir notamment C. SAAS, *op.cit.* Voir *supra*, Introduction.

1036Voir *supra*.

1037Voir *supra*, sur l'idéologie précautionniste (Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2).

1038Voir *supra* sur le DAVC.

précautionniste dès lors que l'on ne croit pas à la prédictibilité des comportements humains¹⁰³⁹. Comme relevé plus haut et selon Martine Herzog-Evans, il ne s'agit pas à proprement parlé d'actuariat¹⁰⁴⁰ et, de plus, il existe des doutes quant à la fiabilité de l'exploitation des données prises en compte par cette technique¹⁰⁴¹. En outre, dans une perspective précautionniste, ce diagnostic viserait plus à accompagner les nombreuses mesures créées avant même sa naissance et poursuivant l'anéantissement/encadrement de la dangerosité. En effet, les nouvelles mesures de sûreté ont été adoptées avant qu'un outil de mesure de la dangerosité ait été présenté comme pertinent par les pouvoirs publics¹⁰⁴². Dès lors, on peut concevoir le DAVC à la fois comme un outil actuariel - ou pseudo actuariel diront certains, symptomatique d'une rationalité de risque où la quantification du risque doit précéder la décision, et comme une technique illusoire de « scientificisation », c'est-à-dire de légitimation *a posteriori* de réformes déjà entreprises¹⁰⁴³. On peut conclure que dans la rationalité de risque, la connaissance est censée précéder l'action, quand elle l'accompagne, la corrobore et la légitime dans celle de précaution.

465.- Dans tous les cas, la multiplication et la diversification des modalités de gestion du risque et/ou du danger délinquant témoignent d'une volonté de sécurisation croissante de la société et d'un rêve d'approcher une société exempte de risque. Pour Denis Salas, « Chaque nouvelle loi pénale est une avancée stratégique dans cette direction. A chaque fois, l'État progresse un peu plus vers la sécurité promise »¹⁰⁴⁴. Et ce rêve, cette utopie d'une société sans risque, attestant de la dénégation actuelle de l'inéluctabilité du risque, invite les pouvoirs publics et l'opinion publique à préférer la rationalité de précaution à celle de

1039« L'unique, l'absolument singulier ou idiosyncrasie, est proprement hors savoir ; Aristote avait déjà démontré qu'il n'était logiquement pas possible de disposer d'une *science* du singulier, plus exactement de *tel singulier*, sa singularité ne se disant en effet que dans la suite potentiellement infinie de ses caractéristiques (sans même prendre en compte les effets systémiques ou de rétroaction et les propriétés émergeant de leurs interrelations) ». A. PAPAUX, *op.cit.*, p. 3.

1040Le DAVC, selon l'auteure, ressemblerait plus à un procédé mixte (clinicien et actuariel) où les données qui vont être mises en statistiques sont collectées par empirisme clinicien. M. HERZOG-EVANS, *AJ pénal, op.cit.*

1041Voir les réserves émises par Martine Herzog-Evans sur le savoir découlant du diagnostic clinique (M. HERZOG-EVANS, *op.cit.*) ; aussi, dans le forum de droit pénal de Martine Herzog-Evans, on retrouve la critique du fait que le DAVC ait été élaboré par des CPIP et non par des personnes ayant reçu une formation adéquate, ou par des experts ; voir aussi Christine Lazerges, qui affirme qu'aujourd'hui les pays précurseurs de l'actuariat dans l'évaluation de la dangerosité commencent à douter de son efficacité (interview de Ch. LAZERGES, *Libération*, précitée).

1042Voir *supra* sur la saisine du Conseil constitutionnel à propos de la rétention de sûreté, fondée sur la dangerosité, alors même qu'il n'existe aucun moyen efficace d'évaluer cette dernière.

1043Le DAVC a été « entériné » en novembre 2011 par la circulaire de l'administration pénitentiaire précitée ; la rétention de sûreté date de 2008. *NB* : nous ne contestons pas la nécessité et l'inéluctabilité de l'apport des praticiens. Nous ne cherchons absolument pas ici à dénigrer le travail des CPIP mais uniquement à essayer de comprendre la rationalité sous-jacente à l'élaboration de cet outil.

1044D. SALAS, 2012, *op.cit.*, p. 21.

risque (reposant, quant à elle, sur le caractère normal du risque). Dans ce contexte, « La règle de droit [devient] un instrument de réduction du risque et de rétablissement de l'ordre dans une société avide de sécurité »¹⁰⁴⁵.

SECTION 2 : LA DÉFINITION DE LA RATIONALITÉ PÉNALE DE PRÉCAUTION

466.- Nombreux sont les éléments rapprochant la rationalité pénale actuelle de celle contenue dans le principe de précaution en droit environnemental, dans lequel elle puise indéniablement ses sources, jusqu'à en transposer le principe en droit pénal. En effet, si la protection de l'environnement s'est saisie du droit répressif, on peut aussi constater une tendance inverse¹⁰⁴⁶. Le droit de l'environnement pose certains principes phares, comme celui de précaution, qui ont imprégné le processus de décision avec une force telle qu'ils ont investi d'autres champs tels que le droit des contrats¹⁰⁴⁷, ou le droit international privé¹⁰⁴⁸, par exemple, jusqu'à trouver une légitimité à s'appliquer au droit pénal et à la politique criminelle¹⁰⁴⁹. Mais cette transposition est aussi liée au fait que, comme nous le soulignons en introduction¹⁰⁵⁰, le principe de précaution qui a été consacré dans des domaines délimités véhicule une conception philosophique de la bonne action. La précaution est devenue paradigmatique au point que beaucoup de décisions et d'actions politiques s'y réfèrent explicitement ou l'adoptent officieusement. Ainsi, l'étude simultanée des éléments caractéristiques de la rationalité construite par le principe de précaution (I) et de celle qui réside actuellement en droit pénal, nous conduisent à trouver entre ces deux des similitudes incontestables (II).

1045Y. POIRMEUR, « L'État de droit entre enchantement et désenchantement », *Curentul juridic*, vol. 3, 2010, pp. 13-28, ici p. 23.

1046Voir colloque à venir, « La délinquance environnementale saisie par le droit répressif », Centre de Droit Pénal, Université Paris X, Paris Ouest Nanterre La Défense, sous la direction de D. BORRILLO. Prévu pour octobre 2012.

1047M. BOUTONNET, « Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats », *Recueil Dalloz* 2012 p. 377.

1048M. ATTAL, « Le principe de précaution, outil de stratégie procédurale internationale ? », *Procédures*, n°7, juillet 2012, Étude, pp.4-7.

1049Sur la légitimité de l'application du principe de précaution en droit pénal, voir *supra*, Titre 1.

1050Voir *supra*.

I. LA RATIONALITÉ DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT POSITIF¹⁰⁵¹

467.- Ce que l'on peut nommer « rationalité de précaution » découle d'une part de la définition adoptée du principe de précaution (A) et d'autre part, du fait que ce dernier, de par son extensibilité, est capable de générer un mode de pensée et d'agir en tous domaines (B).

A. LA DÉFINITION DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT POSITIF

468.- Il ressort des définitions officielles du principe de précaution¹⁰⁵² que celui-ci doit s'appliquer à des situations d'incertitudes susceptibles de provoquer des dommages d'une certaine gravité. Ces dommages répondent à un double critère d'imprévisibilité et d'irréversibilité (1). En outre, comme nous l'évoquions plus haut, le principe de précaution n'est pas un principe d'abstention¹⁰⁵³. Il définit un protocole face aux situations visées qui promeut l'action et l'évaluation du risque (2).

1) Les critères d'imprévisibilité et d'irréversibilité

469.- L'imprévisibilité découle de la situation d'incertitude, objet du principe de précaution. Toutes les définitions officielles du principe de précaution font référence à l'incertitude scientifique qui est l'élément déclencheur de mesures de précaution. Cette incertitude peut porter sur la quantité et/ou la qualité du dommage envisagé comme elle peut porter sur l'existence même de ce dommage. Et c'est précisément cette incertitude qui conduit à penser le dommage supposé comme étant imprévisible. L'on n'est pas en mesure de prévoir son occurrence et/ou ses conséquences¹⁰⁵⁴.

470.- En outre, le principe de précaution a vocation à s'appliquer en cas d'hypothèse de dommages irréversibles. Les dommages visés sont de grande ampleur et touchent l'humanité dans son ensemble. Ils ont trait à l'environnement ou à la santé

1051Ce paragraphe sera volontairement bref, beaucoup d'éléments ayant déjà été donnés en introduction.

1052Voir *supra*, introduction.

1053Voir également *supra*, Introduction.

1054L'économiste Franck Knight opère une distinction entre le risque et l'incertitude. Pour lui, ce sont deux approches différentes de l'aléa : le risque est quantifiable notamment par l'étude des probabilités tandis que l'incertitude n'est pas quantifiable. Voir F. KNIGHT, *Risk, Uncertainty and Profit* (1921). Voir aussi *supra* sur la distinction des rationalités de risque et de précaution.

humaine, des domaines dont la protection s'avère utile à tout individu puisqu'ils sont nécessaires à la préservation de l'espèce humaine. Sont d'ailleurs explicitement érigées en destinataires du principe de précaution les générations futures¹⁰⁵⁵.

2) La méthodologie du principe de précaution : incertitude, évaluation, action

471.- Selon Nicolas Treich, « D'un point de vue général, ce principe [de précaution] appelle à prévenir un risque avant même d'obtenir des informations tangibles sur lui. Il encourage le fait que la décision politique précède la connaissance scientifique, à l'inverse où selon la chronologie habituelle, la connaissance précède l'action. Comme le principe de précaution implique de prendre une mesure à temps, quitte à réviser ensuite les choix, il ne peut être mis en œuvre que si le processus de décision est séquentiel »¹⁰⁵⁶. En effet, l'incertitude, objet du principe de précaution, ne repose pas sur les lois de la probabilité, à la différence du risque. Néanmoins, elle n'est pas indépendante de la connaissance. Sa perception se modifie en fonction de l'évolution et de l'enrichissement des connaissances. En cela, elle est un concept qui ne peut pas être statique¹⁰⁵⁷. Comme nous le verrons *infra*¹⁰⁵⁸, le processus de décision découlant du principe de précaution va s'effectuer par séquences entrecoupées d'évaluations.

472.- Ainsi, le principe de précaution impose la prise de mesures dans les situations d'incertitude, l'incertitude intégrant alors le processus décisionnel¹⁰⁵⁹, mais il impose aussi que le risque soit sans cesse évalué. « La précaution [...] naît d'un déficit de connaissances [et] s'accomplit dans un surcroît de connaissances »¹⁰⁶⁰. Mais la prescription de réévaluation tient aussi du fait que les mesures de précaution doivent durer, par essence, tant que l'incertitude demeure.

473.- L'affaire du bœuf anglais a été l'occasion de rappeler cette obligation de réévaluation. La CJCE a affirmé que la France ne pouvait prendre des mesures de précaution s'ajoutant à celles issues de la réglementation européenne en l'absence d'évaluation

1055 Voir *supra* introduction.

1056 N. TREICH, « Décision séquentielle et principe de précaution », *Cahiers d'économie et sociologie rurales*, n°55-56, 2000, p. 7.

1057 *Ibid.*, p. 15.

1058 Voir *infra* (B-3) c) de ce I).

1059 Voir *supra* (Introduction).

1060 F. EWALD, *Le principe de précaution, op.cit.*, p. 46.

démontrant que le risque était plus élevé qu'à l'époque où les premières mesures avaient été décidées¹⁰⁶¹.

474.- Enfin faut-il préciser comme Mark Hunyadi que le principe de précaution n'est pas seulement « un principe d'action - ce qui rend impossible la distinction avec la prévention - mais une manière de raisonner : on [est] passé de la description de l'action précautionneuse à la logique du raisonnement de précaution »¹⁰⁶².

B. DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION À LA RATIONALITÉ DE PRÉCAUTION : L'EXTENSIBILITÉ DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION

475.- Pour comprendre le processus qui guide le principe de précaution et son extensivité, nous devons spécifier, en nous appuyant sur l'analyse de Mark Hunyadi, les éléments qui animent sa logique propre. Selon l'auteur, la logique du principe de précaution ne tient pas tant à la distinction entre risques avérés et risques hypothétiques¹⁰⁶³, qu'au raisonnement qui conduit, dans la rationalité de précaution, aux mesures d'évitement. « Ce n'est pas la nature du risque qui nous enjoint à prendre des mesures de précaution, mais la nature des hypothèses qui en établissent la réalité »¹⁰⁶⁴.

476.- « Le raisonnement hypothétique a donc son armature logique propre [...]. La prémisse de départ est une action envisagée - la culture d'OGM en plein champ, l'implantation d'une nouvelle centrale nucléaire, la commercialisation d'un nouveau médicament - et la conclusion une *règle d'action* permettant de décider de l'opportunité de l'action envisagée »¹⁰⁶⁵. Entre cette prémisse et cette conclusion, intervient la chaîne suivante : 1° identifier des hypothèses quant aux événements susceptibles de se produire ; 2° évaluer leur plausibilité ; 3° identifier leurs conséquences possibles ; 4° identifier leur plausibilité ; 5° évaluer leur désidérabilité ; 6° apprécier les éléments précédents ; 7° édicter la règle d'action correspondante, cette règle constituant la conclusion du raisonnement de la

1061 Voir *supra* Introduction.

1062 M. HUNYADI, « La logique du raisonnement de précaution », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XLII-130 | 2004, mis en ligne le 03 novembre 2009, consulté le 13 juillet 2012. URL : <http://ress.revues.org/341>.

1063 Distinction établie classiquement soit entre prévention et précaution, soit entre rationalité de risque et rationalité de précaution.

1064 M. HUNYADI, *op.cit.*

1065 M. HUNYADI, « La logique du raisonnement de précaution », *op.cit.*

précaution. Mark Hunyadi précise encore que la conversion de cette règle d'action en décision est extérieure au raisonnement décrit. Ce raisonnement justifie la règle d'action, qui, elle, motive la décision.

477.- La communication de la Commission européenne sur le recours au principe de précaution du 2 février 2000 citée en introduction expose une formalisation du principe très proche, distinguant « l'identification du danger », « la caractérisation du danger », « l'évaluation du risque »¹⁰⁶⁶.

478.- Le principe de précaution procède donc d'un raisonnement hypothétique applicable à tout domaine, y compris le domaine de la délinquance, comme nous allons le voir. Le principe de précaution véhicule ce que l'on pourrait appeler un *ethos* de précaution¹⁰⁶⁷. N'évoquant pas précisément le principe de précaution, Michaël Foessel voit dans le monde contemporain l'apparition d'un *ethos*, qu'il lie à la vigilance¹⁰⁶⁸, marqué par « l'exigence de se comporter « raisonnablement », en mettant son corps à l'abri des atteintes de la vie, [...] un *ethos* qui traverse la frontière du privé et du public et désigne finalement un rapport général au monde où se mêlent normes et désirs »¹⁰⁶⁹. Cette attitude de vigilance décrite par l'auteur entretient des liens profonds et indéfectibles avec l'attitude découlant du principe de précaution : « par souci de garantir le futur, on dissèque le présent afin de repérer en lui ce qui annonce les catastrophes de demain »¹⁰⁷⁰. « La vigilance n'est plus simplement une règle de prudence, mais une conduite permanente que les sujets finissent par s'imposer, et dont ils attendent que les institutions fassent preuve à leur tour »¹⁰⁷¹. Nous allons voir que cet *ethos* de précaution s'impose à la rationalité pénale contemporaine.

1066Communication de la commission européenne sur le principe de précaution du 2 février 2000, *op.cit.* Voir sur ce point, F. EWALD, *Le principe de précaution, op.cit.*, p. 50. L'auteur rappelle que cette communication reprend une formalisation proposée en 1983 par le National Research Council américain.

1067Voir *supra* sur la notion d'*ethos*, Introduction.

1068Voir *infra* sur l'« état de vigilance ».

1069M. FOESSEL, *op.cit.*, p. 21.

1070*Ibidem*.

1071*Ibid.*, p. 43.

II. LA RATIONALITÉ PÉNALE DE PRÉCAUTION À L'AUNE DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION

479.- Dès 2008, après l'instauration de la rétention de sûreté, Pascale Bruston, vice-présidente chargée de l'application des peines au Tribunal de grande instance de Melun et vice présidente de l'ANJAP (Association nationale des Juges d'Application des Peines) introduisait une « question essentielle, [celle] de savoir si la rétention de sûreté n'est qu'une nouvelle modalité de l'application des peines à disposition des juges ou au contraire un objet juridique nouveau qui serait la traduction judiciaire du principe général de précaution »¹⁰⁷². Selon nous, la rétention de sûreté comme les autres mesures de sûreté récentes, sont le signe du passage à une nouvelle rationalité pénale de précaution.

480.- Cette rationalité que nous nous proposons d'étudier tire manifestement son origine et son mode de fonctionnement du principe de précaution lui-même et de l'*ethos* découlant de ce dernier. D'une part, les objets visés par la rationalité pénale de précaution présentent les mêmes caractéristiques que ceux visés par le principe de précaution (A). D'autre part, la rationalité pénale de précaution invite à la prise de mesures très similaires à celles préconisées dans le cadre de l'application de principe de précaution (B).

A. UNE IDENTITÉ DES CARACTÈRES DES OBJETS VISÉS PAR LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION ET PAR LA RATIONALITÉ PÉNALE DE PRÉCAUTION

481.- Les risques auxquels sont censés s'appliquer le principe de précaution et la rationalité pénale de précaution sont futurs (1) et incertains (2).

*1) Des risques non réalisés, souvent imprévisibles, objets du principe de précaution et de la rationalité pénale de précaution*¹⁰⁷³

482.- La rationalité pénale de précaution ne vise non pas les infractions commises (ce qui est le cas de la rationalité pénale moderne) mais la dangerosité. Le

1072P. BRUSTON, « La rétention de sûreté est-elle une modalité d'application des peines ? », *AJ pénal*, octobre 2008, 10/2008, p. 403.

1073Voir *supra* sur ce point.

flou de la notion de dangerosité conduit à penser que les mesures précautionnistes prises en son nom s'attaquent à des risques non prévisibles¹⁰⁷⁴.

483.- Pour exemple, les multiples fichiers policiers et judiciaires, caractéristiques de la rationalité de précaution¹⁰⁷⁵, ne recensent pas que des personnes qui ont effectivement commis une infraction. Le cas échéant, ils listent des individus qui ne passeront plus à l'acte¹⁰⁷⁶ : beaucoup de risques visés par ces fichiers ne se sont pas réalisés et ne se réaliseront jamais.

484.- Les objets de la rationalité pénale de précaution sont donc comme ceux du principe de précaution, étudiés *supra*, caractérisés par le fait qu'ils ne se sont pas encore concrétisés et que leur prévision n'est pas acquise.

2) Des risques incertains visés par le principe de précaution et par la rationalité pénale de précaution

485.- Nous avons déjà évoqué les difficultés auxquelles est confrontée l'évaluation de la dangerosité et la force des situations d'incertitudes qui se trouvent à l'origine de la rationalité pénale de précaution. En effet, entre la certitude que l'auteur récidive et l'incertitude qu'il ne le fera pas, la frontière est extrêmement mince. Et l'on peut par ailleurs supposer, que, face à la responsabilisation accrue des professionnels judiciaires, une tendance à se référer à la seconde proposition dominera la prise de décision¹⁰⁷⁷.

486.- En outre, et à la lumière de ce que nous pouvons constater en terme de foisonnement des fichiers de tout type¹⁰⁷⁸, il apparaît que l'augmentation du fichage dans cette rationalité pénale de précaution touche là encore des situations de pure incertitude. Le fichage progressif de la population ne vise que le futur et n'est, à l'heure où l'on procède au

1074 Voir *supra* sur la notion de dangerosité.

1075 Voir sur ce point notamment, S. PREUSS-LAUSSINOTTE, « Bases de données personnelles et politiques de sécurité : une protection illusoire ? », *Cultures & Conflits*, 64, Hiver 2006, pp. 77-95. L'auteure écrit que : « C'est bien au nom d'un véritable principe de précaution que l'on a en effet introduit un ensemble de technologies de sécurité et que l'on recourt de manière exponentielle aux bases de données, devenues le moyen d'anticipation des comportements « à risque ». On a ainsi basculé dans un univers de « précaution » omniprésente ».

1076 Voir *infra*.

1077 Voir *infra*, Partie 2, Titre 2.

1078 Voir *infra*, Partie 2, Titre 2.

répertoire, rien d'autre qu'incertain. C'est l'exemple du fichier national automatisé des empreintes génétiques (ci-après FNAEG), qui, selon le code pénal, a pour objectif de faciliter la recherche des auteurs d'infractions. Ainsi, au moment où l'on prélève et conserve l'empreinte génétique d'une personne, l'on n'est pas en mesure de déterminer si, pour des infractions commises dans l'avenir, cette information recueillie se révélera utile. Défini à l'article 706-54 du code de procédure pénale, ce FNAEG a été introduit par la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs (dite loi Guigou) pour y accueillir les empreintes d'auteurs d'infractions très graves à caractère sexuel. Il a été étendu au fil des lois à beaucoup d'autres infractions dont le caractère grave est discutable. La loi Sarkozy 2 du 18 mars 2003 l'a étendu non seulement à presque tous les délits mais également aux simples mis en cause¹⁰⁷⁹. Ce fichier s'est progressivement étendu avec les réformes successives¹⁰⁸⁰. Signalons que le fait de refuser de se soumettre à un prélèvement constitue un délit passible d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende¹⁰⁸¹.

487.- En fait, à l'aune de la précaution et contrairement au risque auquel correspond une théorie proche du *rational choice*¹⁰⁸², « la liberté deviendrait une indétermination dangereuse dès lors qu'elle déjoue toutes les prédictions, y compris celles de son auteur »¹⁰⁸³. Selon cette vision, la rationalité pénale de précaution doit envisager d'explorer (pas toujours rationnellement) tous les interstices de cette liberté qui, peut-être, un jour se révélera dangereuse.

B. UNE SIMILARITÉ DES PRÉCONISATIONS DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION ET DE LA RATIONALITÉ PÉNALE DE PRÉCAUTION

488.- Ainsi, tous les développements précédents nous amènent à considérer l'évidence de la parenté entre les mesures de précaution susceptibles d'être prises en matière sanitaire ou environnementale et les mesures récemment adoptées en matière pénale et plus précisément en matière de prévention de la récidive. Une étude comparative

1079 Sur cette extension du FNAEG, voir par exemple V. GAUTRON, « La prolifération incontrôlée des fichiers de police », *AJ Pénal*, 2007 p. 57.

1080 Voir *supra*.

1081 Article 706-56 CPP.

1082 Voir *supra*.

1083 D. SALAS, *op.cit.*, p. 67

de ces deux catégories de mesures montre leur appartenance à une même rationalité, une même philosophie de l'action et de la décision. Toutes ces mesures s'adressent à des situations où les risques ne sont pas avérés (1) et, étant proportionnelles au niveau de risque envisagé, elles sont censées perdurer tant que l'absence de risque n'est pas certaine (2). En outre, elles sont complétées par une exigence d'évaluation du risque (3). Voyons comment tous ces objectifs se déclinent en matière pénale.

1) La prescription de mesures préventives à l'encontre des risques virtuels et hypothétiques

489.- C'est dans une rationalité pénale de précaution que des mesures de sûreté ou de protection de la société ont connu un nouvel essor après leur disparition du code pénal de 1992¹⁰⁸⁴. Ces mesures sont des mesures indexées sur la dangerosité, révélatrice d'incertain¹⁰⁸⁵.

490.- Contrairement à la peine qui est « fondée sur le passé »¹⁰⁸⁶, les mesures de sûreté, caractéristiques d'une rationalité de précaution, ont pour objectif de prévenir des risques à venir. Dans une rationalité pénale de précaution, « L'indétermination propre à l'agir humain [...] devient dangereuse, c'est-à-dire ce par quoi elle échappe à toutes les prédictions de l'expertise »¹⁰⁸⁷.

491.- On peut préciser avec Alain Papaux que dans cette rationalité qui est une sorte de « philosophie de l'incertitude », il s'agit de « ne pas courir un risque « supplémentaire », plus exactement ne pas ajouter une *menace*, à savoir un risque de dommages graves et irréversibles non probabilisable soit une incertitude objective (c'est-à-dire provenant de l'objet lui-même et non de notre savoir à son égard) et néanmoins « pas réductible à la statistique »¹⁰⁸⁸. Dans la rationalité pénale de précaution, non seulement notre savoir est incertain mais la dangerosité elle-même est source d'incertitudes.

1084 Voir *supra*.

1085 Nous renvoyons ici à la notion de dangerosité, déjà étudiée plus haut. Voir *supra*. Voir également H. MATSOPOULOU, « Le renouveau des mesures de sûreté », *D.* 2007, p. 1607.

1086 B. BOULOC, *op.cit.*, p. 407. Voir *infra* sur la distinction peine/mesure de sûreté (Partie 2, Titre 2, Chapitre 1).

1087 M. FOESSEL, *op.cit.*, p. 53.

1088 A. PAPAUX, *op.cit.*, p. 8. Référence faite à J.-P. DUPUY, *Pour un catastrophisme éclairé. Quand l'impossible est certain*, Seuil, Paris, 2002, p. 136.

492.- Aussi, il s'agit, dans la rationalité pénale de précaution, de prendre des mesures anticipant des situations redoutées.

2) La recommandation de mesures indéterminées et proportionnées au risque encouru

493.- Les mesures symptomatiques d'une rationalité de précaution sont indéterminées (a) et proportionnées au risque encouru (b). Nous reviendrons en détail sur les mesures de précaution¹⁰⁸⁹. Ici, nous nous contentons de comparer à celles existant en matière pénale à celles issues du principe de précaution.

a) Des mesures indéterminées

494.- La rationalité pénale de précaution invite, tout comme le principe de précaution, à prendre des mesures indéterminées¹⁰⁹⁰. Dans le cadre de l'application du principe de précaution, le système de moratoire mis en place à cet effet est en ce sens explicite. Tant que l'innocuité d'un produit ou d'une technique n'est pas prouvée, des mesures de précaution doivent être appliquées¹⁰⁹¹. Dans le domaine pénal, la logique est la même : tant que l'absence de dangerosité ne peut être révélée par les évaluations, la mesure doit perdurer. L'exemple emblématique de cette indétermination de la durée se trouve dans la rétention de sûreté, qui est renouvelable sans que le législateur ait fixé de limite¹⁰⁹². La rétention de sûreté est donc potentiellement perpétuelle. Concernant les peines perpétuelles, la Cour EDH a déclaré que la possibilité d'enfermement indéfini n'était pas contraire à la Convention EDH tant qu'une réévaluation du motif de la mesure est effectuée au bout d'un certain temps d'incarcération¹⁰⁹³.

1089 Voir *infra* (Partie 2, Titre 2, Chapitre 1).

1090 Bernard Bouloc distingue l'indétermination de principe (la mesure de sûreté, par essence, est indéterminée car on ne peut prévoir à l'avance à quel moment l'état dangereux cessera) de l'indétermination relative (certes plus souple qu'en matière pénale, le législateur fixe certaines limites, la plupart du temps en précisant un « maximum indicatif et reportable »). B. BOULOC, *op.cit.*, pp. 418-419. Voir *infra* s'agissant de la surveillance judiciaire, de la surveillance de sûreté et de la rétention de sûreté.

1091 Par exemple, pour le maïs Monsanto, un moratoire à son importation avait été décidé en 2008 en France en application du principe de précaution. Celui-ci a été cependant invalidé d'abord par la CJCE, puis par le Conseil d'État.

1092 Article 706-53-13 du code de procédure pénale.

1093 CEDH, 4^{ème} section, 17 janvier 2010, *Vinter et autres c/ Royaume-Uni*, req. n°66069/09, 130/10 et 3898/10 ; CEDH, 4^{ème} section, 17 janvier 2012, *Harkins et Edwards c/ Royaume-Uni*, req. n°9146/07 et 32650/07. Nous étudierons *infra* la compatibilité entre l'indétermination de la rétention de sûreté (sa possible

495.- Il en est de même de la surveillance de sûreté, d'une durée de deux ans et renouvelable pour la même durée sans qu'une limitation soit posée au renouvellement¹⁰⁹⁴. Pour le suivi socio-judiciaire, qui toutefois a été considéré comme étant une peine par la chambre criminelle de la Cour de cassation¹⁰⁹⁵, « lorsqu'il s'agit d'un crime puni de la réclusion criminelle à perpétuité, la cour d'assises peut décider que le suivi socio-judiciaire s'appliquera sans limitation de durée, sous réserve de la possibilité pour le tribunal de l'application des peines de mettre fin à la mesure à l'issue d'un délai de trente ans, selon les modalités prévues par l'article 712-7 du code de procédure pénale » (article 131-36-1 du code pénal).

b) Des mesures proportionnées au degré de risque envisagé

496.- Tout comme les mesures de précaution issues du principe de précaution, les mesures de sûreté instaurées dans le cadre de la rationalité pénale de précaution sont également proportionnées au niveau du risque encouru par la société. Ainsi, Bernard Bouloc, lorsqu'il est évoqué une possible gradation entre les différentes mesures de sûreté existantes, affirme qu'elle « ne peut être qu'en fonction de la gravité de l'état dangereux »¹⁰⁹⁶. Une comparaison entre les divers degrés des mesures de précaution en matière sanitaire et environnementale d'une part, et en matière pénale d'autre part, permet d'observer une graduation similaire, indexée au degré de risque/dangerosité : voir le tableau qui suit.

perpétuité), caractéristique inhérente au principe de précaution, et le droit pénal moderne (Partie 2, Titre 1, Chapitre 2).

¹⁰⁹⁴Article 706-53-19 du code de procédure pénale. *NB* : A la différence de la surveillance judiciaire qui ne peut excéder la durée du crédit de réduction de peines.

¹⁰⁹⁵Voir *supra*

¹⁰⁹⁶B. BOULOC, *op.cit.*, p. 415.

Les mesures de précaution par sévérité décroissante¹⁰⁹⁷

Degré de précaution	PRINCIPE DE PRECAUTION ¹⁰⁹⁸		RATIONALITÉ PENALE DE PRECAUTION	
	Risques avérés	Interdiction définitive	Probabilité très élevée de récidive persistante	Rétention de sûreté renouvelée à l'infini*
Degré 3 Précaution forte	Risques potentiels ++	Suspension provisoire	Probabilité très élevée de récidive	Rétention de sûreté
Degré 2 Précaution modérée	Risques potentiels +	Incitations et restrictions	Risque avéré de récidive	Surveillance judiciaire**/ Surveillance de sûreté***
Degré 1 Précaution légère	Risque trop incertain	Autorisation de mise sur le marché Information publique Recherche Veille	Risque trop incertain de récidive	Fin de la mesure de sûreté Contrôle par fichage ****
Degré 0	Risque non envisagé	Néant	Risque non envisagé	Néant

497.- Il ressort de ce tableau comparatif que plus la dangerosité du produit, de la technique ou de l'individu est perçue de manière accrue, plus la mesure prise par les décideurs sera coercitive. Pour Jean Danet, on peut observer là une analogie avec le « traitement » d'une maladie¹⁰⁹⁹, « dans le fait qu'on prétende établir dans le texte de loi des degrés de dangerosité justifiant telle ou telle mesure comme autant de protocoles de « traitement » »¹¹⁰⁰.

1097 Voir en Annexes les notes relatives à ce tableau (Annexe n°1).

1098 Sur ces différentes mesures pouvant être prises au nom du principe de précaution en fonction de « la consistance scientifique du risque » (rappelons que les mesures doivent être proportionnées), voir O. GODARD, « Le principe de précaution comme norme de l'action publique, ou la proportionnalité en question », *Revue économique*, 2003/6 Vol. 54, p. 1245-1276.

1099 Voir aussi *infra*.

1100 J. DANET, *La justice pénale entre rituel et management*, *op.cit.*, p. 93.

498.- Dans les cas extrêmes, l' « incapacitation »¹¹⁰¹ peut être décidée, que celle-ci prenne la forme d'une interdiction définitive du produit/de la technique, ou d'une rétention de sûreté renouvelée à l'infini. Ces deux mesures poursuivent la même finalité qui sont la mise définitive hors du marché, hors de la société, et la neutralisation de la nocivité ou de la dangerosité. Concernant l' « incapacitation » de l'individu jugé dangereux découlant de la rétention de sûreté, on peut se référer à Eugène Zamiatine qui écrivait que « le seul moyen de délivrer l'homme du crime, c'est de le délivrer de sa liberté »¹¹⁰². Par l'application d'une rétention de sûreté perpétuelle, on entend rendre improbable la rencontre entre la société et la dangerosité.

499.- Si la dangerosité est perçue de manière un peu moins soutenue, une « incapacitation » temporaire pourra être mise en œuvre : retrait temporaire du produit/de la technique du marché, retrait temporaire de l'individu du monde des hommes (par une rétention de sûreté non renouvelée perpétuellement). Sous certaines conditions, le produit/la technique ou l'individu seront replacés dans le circuit lorsque la nocivité ou la dangerosité aura disparu.

500.- Dans ces deux cas où la dangerosité est considérée comme importante, l' « incapacitation » est matérielle, physique. L'objet ou le corps est placé dans l'impossibilité totale de produire des effets dommageables pour la société (de manière définitive ou provisoire).

501.- Si le risque est perçu comme moins important, d'autres types de mesures sont prévues, des mesures que l'on pourrait qualifier d' « incapacitation » morale ou formelle. Par ces mesures, il s'agit de restreindre la possibilité de réalisation du risque sans toutefois opérer de blocage physique de l'objet ou de l'individu. Les surveillances judiciaire et de sûreté présentent un caractère moins coercitif et moins liberticide que la rétention de sûreté dans la mesure où elles ne supposent pas d'enfermement. Elles peuvent

1101 *Incapacitation* est un terme anglo-saxon utilisé en pénologie pour définir l'effet d'une peine, d'une mesure, d'une sanction qui prévient de manière active les infractions futures. L'enfermement *incapacitates* le détenu en l'excluant physiquement de la société.

1102 E. ZAMIATINE, *Nous autres*, 1920, Gallimard, L'Imaginaire, 1971, p. 45, cité par D. SALAS, 2012, *op.cit.*, p. 56. Zamiatine dépeint une société de verre dans laquelle les habitants, immatriculés, sont placés sous l'œil d'un maître absolu. Voir D. SALAS, *op.cit.*, p. 43, note 1.

comporter les mêmes obligations¹¹⁰³ qui s'analysent en des restrictions de liberté et en des incitations à suivre une certaine ligne de conduite. En cela, elles sont tout à fait similaires aux incitations et restrictions susceptibles d'exister dans les matières sanitaire et environnementale en application du principe de précaution.

502.- Lorsque le risque s'approche de la nullité, la technique, le produit ou l'individu sont replacés dans le circuit (marché/société). Les mesures prises à son encontre n'ont plus lieu d'exister. Cependant, ainsi que le souligne François Ewald, il n'existe « pas de politique de précaution qui ne s'accompagne de dispositifs d'alerte, de veille, de vigilance, de surveillance, de contrôle, d'inspection, de *monitoring* en tous genres »¹¹⁰⁴. Un contrôle sera presque toujours mis en place par une « veille » ou un fichage. Le fichage peut en effet s'analyser en une veille sur l'état dangereux de l'individu considéré comme pouvant resurgir/se réveiller à tout moment. Il est présenté comme une mémoire bienveillante de la société¹¹⁰⁵. Cette veille ou ce fichage permettent aussi la traçabilité de l'objet ou de l'individu. Ils rappellent l'« état de vigilance » décrit par Michaël Foessel, cet état désignant la nécessité de demeurer sur ses gardes [...] présentée comme un impératif commun à l'État et aux citoyens »¹¹⁰⁶. La société contemporaine est pour l'auteur « une société de l'attention et de la mobilisation permanentes. Il y est nécessaire pour tous de demeurer en éveil [...]»¹¹⁰⁷.

503.- Pour illustrer l'expansion du fichage¹¹⁰⁸, nous pouvons faire référence à la loi du 10 mars 2010 qui a créé un Répertoire des données à caractère personnel « *destiné à faciliter et fiabiliser la connaissance de la personnalité et l'évaluation de la dangerosité des personnes poursuivies ou condamnées pour l'une des infractions pour lesquelles le suivi socio-judiciaire est encouru, et à prévenir le renouvellement de ces*

1103 Voir *infra*.

1104F. EWALD, *Le principe de précaution, op.cit.*, p. 51. L'auteur renvoie par exemple à « La sécurité sanitaire ; enjeux et questions », *Revue française des affaires sociales*, n°3-4, décembre 1997.

1105A propos du fichage, Denis Salas rappelle qu'au sein du Familistère imaginé par Godin, les noms des récidivistes sont affichés sur un tableau. L'auteur se réfère à M. LALLEMENT, *Le travail de l'utopie : Godin et le Familistère de Guise*, Les Belles Lettres, 2009, p. 153 s. Voir D. SALAS, 2012, *op.cit.*, p. 43.

1106M. FOESSEL, *op.cit.*, p. 20. Nous verrons dans la Partie 2, Titre 2 que le principe de précaution appliqué au droit pénal est producteur de nouveaux principes à l'égard de la justice pénale mais également à l'égard du citoyen.

1107 *Ibid.*, p. 45. L'auteur s'exprime ici principalement à propos de l'état d'éveil pour saisir les opportunités économiques, c'est-à-dire de réaliser des profits ou des investissements qui seront rentables dans le futur. Nous transposons ces propos à notre sujet qui est d'être en état d'éveil face à la supposée dangerosité de certains.

1108 Nous reviendrons en détails sur le fichage dans la Partie 2, Titre 2.

infractions »¹¹⁰⁹, et au rapport annexé à la loi du 27 mars 2012 qui en loue les mérites quant à l'évaluation de la dangerosité¹¹¹⁰.

504.- Signalons en outre que le régime de présentation des condamnés répertoriés dans le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (FIJAIS) a été modifié par la loi du 27 mars 2012. Les personnes concernées devaient déjà au terme de l'article 706-53-5 du code de procédure pénale se présenter tous les ans auprès du commissariat de police ou de la gendarmerie de leur domicile, tous les six mois pour ceux condamnés pour un crime ou un délit puni de 10 ans d'emprisonnement, et tous les mois sur décision de la juridiction de jugement ou de l'application des peines en justifiant de la nécessité de cette mesure à raison de la dangerosité de la personne. Avec la nouvelle loi, cette présentation mensuelle est automatique en cas de récidive.

505.- Par ailleurs, cette loi instaure de nouvelles dispositions, qui, bien que ne concernant pas directement le fichage, participent de cette même logique de veille ou de vigilance. Il s'agit des mesures favorisant la circulation de l'information, d'une part, entre les milieux médical et judiciaire et, d'autre part, entre les milieux judiciaire et fermé¹¹¹¹. Ce partage d'informations destiné à mieux accompagner la réinsertion de la personne concernée mais également à mieux gérer sa dangerosité facilite aussi la traçabilité évoquée plus haut.

506.- Nous avons donc établi ici une échelle des mesures de sûreté évoquant celles issues du principe de précaution, qui s'étend du fichage à la rétention de sûreté, soit de l'état où le risque n'est pas sérieusement envisagé - en tout cas où il n'est pas révélé, à la probabilité très élevée de récidive. Jean Danet, quant à lui, observe la « constitution de trois cercles reliés entre eux »¹¹¹² :

1109Article 706-56-2 CPP.

1110Le rapport annexé à la loi du 27 mars 2012 fait référence à ce Répertoire des données à caractère personnel collectées dans le cadre des procédures judiciaires (RDCPJ) en affirmant qu'« il contribuera de manière décisive à renforcer la qualité des évaluations de la dangerosité criminologique ». Voir plus bas sur évaluation de la dangerosité criminologique selon ce même rapport, *infra*.

1111Nous y reviendrons dans la partie 2. Voir sur ces différentes dispositions, E. GARÇON et V. PELTIER, *op.cit.*, p.17.

1112J. DANET, *La justice pénale entre rituel et management*, *op.cit.*, p. 92.

- 1) la suspicion de risque de récidive : ceux qui encourent le suivi socio-judiciaire¹¹¹³ et pour lesquels on conserve pendant trente ans leur profil,
- 2) le risque avéré selon expertise : suivi socio-judiciaire, surveillance judiciaire ou surveillance de sûreté,
- 3) le risque majeur de récidive selon expertise : rétention de sûreté.

507.- Cette présentation permet de mettre l'accent sur la continuité, l'interpénétration des différentes mesures existantes en droit positif. Certains évoquent un *continuum* de sécurité¹¹¹⁴ ou un *continuum* gardien, notion illustrant la possibilité du passage d'une mesure à l'autre¹¹¹⁵.

3) La prescription de mesures et d'évaluations

508.- Avant de définir le protocole d'évaluation relevant de la rationalité pénale de précaution (b) et le processus de cette évaluation (c), nous préciserons ce qui fonde l'exigence d'évaluation sous-tendue par la précaution (a).

a) Les fondements de l'exigence d'évaluation

509.- L'exigence d'évaluation de la dangerosité ou du risque de récidive est liée à la « révisibilité constante de la mesure » soulignée par Bernard Bouloc¹¹¹⁶. Puisque la mesure est proportionnée au niveau de risque - ce que nous venons de voir *supra*, elle doit pouvoir être modulée en fonction de l'évolution de l'état dangereux. Ainsi, l'évaluation de cet état dangereux et de son évolution (notamment gr ce à la mesure initialement appliquée) est un aspect important de la rationalité pénale de précaution. Dans cette rationalité comme dans le principe de précaution, il existe une exigence de récolter des informations sur les dangers supposés¹¹¹⁷. « L'utopie de la précaution, c'est [aussi] d'organiser le monde

1113 Nous n'avons pas classé le suivi socio-judiciaire dans notre tableau, celui-ci étant considéré par la jurisprudence et la doctrine majoritaire comme une peine complémentaire et non comme une peine.

1114 Voir *supra*, expression notamment utilisée par Feeley et Simon.

1115 Nous reviendrons sur ces notions lorsque nous évoquerons la boucle désormais formée par le processus pénal. Voir *infra*.

1116 B. BOULOC, *op.cit.*, p. 420, n°487.

1117 Voir aussi ce qu'écrit Michaël Foessel sur cette invitation à s'informer sur les dangers et les apports dans un état de vigilance. M. FOESSEL, *op.cit.*, p. 20s.

comme un grand laboratoire »¹¹¹⁸. La dangerosité qui sera évaluée est le « critère [qui] devient la base à partir duquel [l'individu] devient gouvernable »¹¹¹⁹.

510.- Comme signalé plus haut, l'exigence d'évaluation, de mesure et de « chiffrage » de l'état dangereux apparaît en effet aujourd'hui centrale. Le rapport annexé à la loi de programmation de l'exécution des peines du 27 mars 2012 la considère comme un enjeu majeur. La nécessité de procéder à une évaluation régulière et la plus rationalisée possible de la dangerosité y est soulevée. Et l'évaluation systématisée de cette dangerosité devient aussi la légitimation de la mise en place de mesures touchant aux libertés fondamentales. Des auteurs comme Yasmine Bouagga s'interrogent sur ce point : « Le discours scientifique ne serait-il alors qu'instrumental, servant à rendre possible et acceptable le régime extrêmement restrictif de l'isolement ? »¹¹²⁰.

511.- Ainsi, l'importance donnée à l'évaluation de la dangerosité en matière pénale ouvre deux perspectives complémentaires. D'une part, l'évaluation de la dangerosité est censée précéder la mesure entreprise. Elle apparaît alors comme le déclencheur de la mesure. On cherchera « à objectiver [la dangerosité « faite de raison autant que de perceptions »] sous une forme quantifiable »¹¹²¹ afin de lui donner une réponse que l'on jugera appropriée. Mais l'évaluation de la dangerosité ne pourra jamais conduire à une vérité absolue, elle peut tout au plus démontrer des indices de dangerosité et selon certains auteurs, « le diagnostic de dangerosité est un pronostic sur ce qui a quelques probabilités d'advenir, à l'intérieur d'une logique [de précaution] où l'on est presque nécessairement amené à privilégier le scénario le plus catastrophiste »¹¹²². Et

1118F. EWALD, *op.cit.*, p.51. Voir aussi *infra* Partie 2, Titre 2.

1119Ibid., p. 52.

1120Concernant l'évaluation, voir les critiques émises par Yasmine Bouagga à propos du Supermax. Y. BOUAGGA, « Qui sont « les pires des pires » ? Des usages des classifications en Supermax aux États-Unis », *Déviance et Société*, 2010/2, Vol. 34, pp. 201-216.

1121M. FOESSEL, *op.cit.*, p. 48.

1122Ibid., p. 54. Plus haut, Michaël Foessel décrit la société contemporaine comme « une société où [les] menaces sont soumises au régime de l'expertise qui décide de leur étendue, et s'arroge le droit de s'en prémunir avant qu'elles ne révèlent leur sérieux ». Par ailleurs, Alain PAPAUX précise que « L'incertitude considérée comme intrinsèque induit un changement complet de logique dans l'appréhension du réel, à savoir l'adoption d'une logique dite indiciaire ou encore abduction, logique tout empreinte de finitude humaine, se contentant en effet de simples indices, au lieu de preuves ». Pour expliquer cette logique indiciaire, l'auteur se réfère aux romans policiers qui « égrènent des indices - certains se révéleront ultérieurement pertinents alors que d'autres seront oubliés, à charge pour l'enquêteur, le commissaire, en bref le *deus ex machina*, de livrer l'enchaînement le plus vraisemblable - parmi plusieurs ordonnancements acceptables pour le lecteur (ou citoyen) raisonnable, le plus convaincant, sans que l'on puisse affirmer que la *fabula*, à savoir la petite histoire élaborée de manière *ad hoc* sur la base de ces indices, corresponde exactement à la réalité » (A. PAPAUX, *op.cit.*, pp. 3-4). Plus loin, l'auteur poursuit qu'au sein d'une incertitude principielle, on passe de la notion de preuve à « celle plus modeste

souvent la précaution reposera sur « l'idée que l'on a toujours intérêt à prendre au sérieux la première alerte, son traitement permettant d'éviter que l'on ait à prendre plus tard des mesures beaucoup plus coûteuses »¹¹²³.

512.- De plus, pour Jean Danet, « ce n'est plus tant l'état dangereux en tant qu'état qui préoccupe, c'est le degré de cette dangerosité et son évolution montante ou descendante »¹¹²⁴. Ainsi, si c'est cette évolution, plus que l'état lui-même qui importe dans le choix de la mesure, il est naturel qu'une évaluation soit régulièrement effectuée. Jean Danet compare cette évaluation régulière (« permanente ») de l'évolution de la dangerosité avec l'évaluation de l'évolution d'une maladie¹¹²⁵.

513.- D'autre part, cette prescription d'évaluation est aussi une justification de la mesure : une évaluation faisant état de dangerosité donne le droit de restreindre la liberté des uns au nom du droit à la sécurité des autres, l'aspect rationnel et (*pseudo*) scientifique de l'évaluation en faisant un argument implacable¹¹²⁶. Et dans le même temps, si une mesure n'a pas été prise et qu'un événement dommageable se produit, on pourra se retrancher derrière les résultats de l'évaluation, qui, à l'heure, où elle a été effectuée, ne commandait pas la prise de mesure. Le fait de procéder à une évaluation systématique permet alors aux pouvoirs publics de se protéger contre d'éventuelles reproches s'il apparaît, *a posteriori*, qu'une « mauvaise » décision a été prise et d'éviter également les

de corrélation » (*Ibid.*, p. 8). Cette notion de corrélation conduit à un régime de preuve qui intègre et assume l'incertitude principielle. Enfin, Alain Papaux rappelle que le procès pénal (il évoque le procès anglo-saxon) lui-même est dominé par cette logique indiciaria avec des formules comme « au-delà de tout doute raisonnable » ou « vraisemblance ». Aussi, « la figure cognitive d'une décision ferme au sein d'un contexte d'incertitude (principielle) est [...] une figure classique du droit anglo-saxon : dès lors que les acteurs impliqués considèrent que l'innocuité rapportée se situe « au-delà de tout doute raisonnable », ils peuvent trancher soit décréter l'innocuité et non la constater. Où l'on voit que la nature de la preuve s'est transformée puisque, dorénavant, elle se situe sur le plan des convictions, graduées : au-delà de tout doute raisonnable » (*Ibid.*, p. 9).

1123F. EWALD, *Le principe de précaution, op.cit.*, pp. 57-58 à propos de la grille utilisée proposée par l'Agence européenne de l'environnement, qui se fonde sur un bilan d'expériences passées.

1124J. DANET, *La justice pénale entre rituel et management, op.cit.*, p. 93.

1125 *Idem.*

1126 Voir entre autres, Eric Kania, psychiatre, praticien hospitalier au SMPR des Baumettes à Marseille qui s'exprime ainsi : « Si l'enfermement de longue durée, au-delà de la peine, est admis par la loi du 25 février 2008, avec un avis favorable du Conseil Constitutionnel, c'est, entre autres, parce que ce dispositif repose en grande partie sur des avis ou des décisions de médecins, plus particulièrement de psychiatres : d'abord dans la sélection des personnes qui seront l'objet de la mesure de rétention de sûreté, ensuite dans le type de « soins » qui leur sera dispensé, enfin dans la sélection des personnes qui pourront sortir du centre socio-médico-judiciaire de sûreté. L'évaluation de la « dangerosité », concept flou défini dans la loi comme « la probabilité très élevée de récurrence, du fait d'un trouble grave de la personnalité », est en effet l'opérateur qui permet l'entrée et la sortie du CSMJS ». E. KANIA, « Logiques de la rétention de sûreté : précaution, neutralisation, élimination » in P. V. TOURNIER (dir.), *Dialectique carcérale. Quand la prison s'ouvre et résiste au changement*, L'Hamattan, 2012.

« remords anticipateurs »¹¹²⁷ qu'évoquait Hans Jonas. En effet, cela s'explique parce que la dangerosité, « évaluée dans le présent de l'expertise, [...] ne peut être définie qu'à l'intérieur d'une logique probabiliste qui ne recevra de confirmation que dans l'après-coup »¹¹²⁸. Ce fonctionnement particulier de la rationalité de précaution peut aisément conduire à la vision catastrophiste de la réalité évoquée plus haut. « En effet, le critère (de choix) décisionnel s'entend de l'absence de regret, à l'aune de laquelle le coût de l'opération envisagée n'est pas déterminant. On retrouve ici « l'anticipation de la rétroactivité du jugement » qui fonde et justifie la posture catastrophiste de Jean-Pierre Dupuy »¹¹²⁹.

b) Le protocole d'évaluation

514.- Le principe de précaution invite non seulement à la prise de mesures anticipatrices du risque mais aussi à l'évaluation régulière de ce risque, afin que la décision pour y faire face puisse s'y adapter. Dans la rationalité pénale de précaution, le protocole est identique. Cette rationalité préconise la prise de mesures très en amont de la réalisation du risque (soit la commission d'infraction) et exige de plus en plus que la dangerosité soit évaluée et réévaluée au fil du parcours de l'individu concerné afin que la décision pour gérer la dangerosité puisse être modulée en fonction des résultats de ces évaluations répétées. Un tableau récapitulatif permet d'entrevoir cette correspondance entre les modalités respectives du principe de précaution et de la rationalité pénale de précaution :

1127H. JONAS, *Pour une éthique du futur*, Paris, Payot-Rivages, 1998, p. 103 cité par A. PAPAUX, *op.cit.*, p.4.

1128Ibid., p. 53.

1129A. PAPAUX, *op.cit.*, p. 7. Aussi, pour Dupuy, c'est l'anticipation de la rétroactivité du jugement qui fonde le catastrophisme (J.-P. DUPUY, *op. cit.*, p. 127).

Evaluations de la dangerosité ¹¹³⁰

Catastrophes marquantes		Faits divers médiatiques	
PRINCIPE DE PRÉCAUTION		RATIONALITÉ PÉNALE DE PRÉCAUTION	
<i>Risque potentiel</i> ↓		<i>Dangerosité potentielle *</i> ↓	
<i>Innocuité non prouvée</i> ↓		<i>Absence de dangerosité non démontrée</i> ↓	
Mesures de précaution telles que moratoires ↓		Mesures de précaution telles que mesures de sûreté ↓	
Évaluation du risque ↓		Évaluation de la dangerosité ↓	
<i>Risque demeurant</i> ↓	<i>Innocuité prouvée</i> ↓	<i>Dangerosité demeurant</i> ↓	<i>Absence de dangerosité démontrée</i> ↓
Conservation des mesures de précaution ↓	Autorisation de la technique/du produit	Reconduite des mesures de précaution ** ↓	Remise en liberté***
Réévaluation du risque ↓		Réévaluation de la dangerosité ↓	
<i>Risque demeurant</i> ↓	<i>Innocuité prouvée</i> ↓	<i>Dangerosité demeurant</i> ↓	<i>Absence de dangerosité démontrée</i> ↓
Conservation des mesures de précaution ↓	Autorisation de la technique/du produit	Reconduite des mesures de précaution ↓	Remise en liberté

515.- Ainsi, s'agissant des mesures de sûreté propres à la rationalité pénale de précaution qui visent à prévenir le risque de récidive et qui s'appliquent en raison de la dangerosité de l'individu concerné, les classifications établies par Bernard Bouloc se recoupent. En effet, l'auteur se propose de classifier, dans un premier temps, les mesures de sûreté « en fonction des moyens utilisés pour réaliser la fonction préventive »¹¹³¹ et, dans un second temps, de les

¹¹³⁰Voir en Annexes les notes relatives à ce tableau (Annexe n°2).

¹¹³¹B. BOULOC, *op.cit.*, n°603 à 609, pp. 506-508. NB : dans cette première classification, l'auteur distingue mesures d'assistance tutélaire, mesures éducatives, mesures curatives, mesures disjonctives, mesure de surveillance et mesures de sécurité publique. Il affirme que « la prévention peut être réalisée en organisant soit la réadaptation de l'individu soit sa simple neutralisation » et que « peu de mesures de sûreté s'inspirent

classifier « d'après les atteintes aux facultés de la liberté individuelle »¹¹³². Ces deux classifications se rejoignent naturellement, les mesures de sûreté auxquelles nous faisons référence dans le tableau ci-dessus étant indexées sur le degré de dangerosité « révélé » par l'évaluation.

516.- Les évaluations dont il est fait référence font intervenir des commissions pluridisciplinaires des mesures de sûreté. Ces commissions ont été instaurées par la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales et son décret d'application n°2007-1169 du 1^{er} août 2007 relatif au placement sous surveillance électronique mobile¹¹³³, pour rendre un avis préalable au prononcé de cette mesure de sûreté¹¹³⁴. La loi n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental a étendu leurs compétences à la surveillance de sûreté, la rétention de sûreté et à la libération conditionnelle des personnes condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité.

517.- La commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté est composée d'un président de chambre à la cour d'appel, du préfet de région, du directeur interrégional des services pénitentiaires, d'un expert psychiatre, d'un expert psychologue, d'un représentant d'une association d'aide aux victimes et d'un avocat¹¹³⁵. Elle peut rendre un avis si le *quorum*

exclusivement d'un seul de ces buts. Chez certaines le but de réadaptation prédomine (rééducation des mineurs, rétention de sûreté [...]). Dans d'autres, au contraire, c'est le but de neutralisation qui est prépondérant (interdiction d'exercer certaines fonctions ou professions [...] ; parmi les mesures administratives, tel est le cas de l'internement des aliénés et de l'expulsion des étrangers, du retrait de permis de conduire, etc. » (n° 603, p. 506). Or, à notre sens, la rétention de sûreté est prédominée plus ou au moins autant par la neutralisation que par la réadaptation. *De facto*, cet enfermement prive l'individu concerné de sa liberté d'exercer une profession et de toutes les autres libertés, d'ailleurs.

1132 *Ibid.*, n° 610 à 615, pp. 509-511. L'auteur utilise le « parallélisme f cheux [qui] a longtemps conduit à classer les mesures de sûreté, comme on le fait pour les peines en fonction du domaine dans lequel [l'effet afflictif] va se faire sentir » (p.509). Ainsi, il distingue les mesures portant atteintes à l'intégrité corporelles (cure de désintoxication, soumission à surveillance médicale, parfois internement si interventions physiques tels que des électrochoc ...), celles portant atteinte à la liberté d'aller et venir (restrictions de liberté comme avec la surveillance judiciaire ou la surveillance de sûreté, avec l'interdiction de séjour, l'expulsion, la liberté surveillée des mineurs, le retrait du passeport, ou privation de liberté dans le cas de placement de mineurs en établissement d'éducation, d'internement, de rétention des étrangers et de rétention de sûreté), celles touchant au patrimoine (confiscation, fermeture de fonds de commerce) et enfin celles relatives à l'activité professionnelle (interdiction d'exercer une fonction ou une profession). *NB* : ces dernières interdictions professionnelles accompagnent beaucoup de mesures de sûreté.

1133 Sur la nature du PSEM, voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

1134 Que ce placement sous surveillance électronique mobile soit ordonné à titre de mesure accompagnant la libération conditionnelle, dans le cadre d'une surveillance judiciaire ou d'un suivi socio-judiciaire, la Commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté doit être saisie d'une demande d'avis préalable préalablement à la réalisation de l'examen de dangerosité.

1135 Articles R.61-8 à R. 61-10 du CPP. Sur la présence d'un représentant des victimes, voir *supra*.

de cinq voix dont celle du président est atteint. Cette commission intervient dans l'évaluation de la dangerosité précédant les mesures de sûreté visées par le tableau.

518.- Concernant la rétention de sûreté, son rôle diffère que la possibilité de rétention de sûreté ait été prévue dans l'arrêt de condamnation ou que la personne concernée ait commis une infraction pour laquelle la rétention de sûreté est encourue et est placée sous surveillance judiciaire ou sous suivi socio-judiciaire.

519.- Pour les personnes pour lesquelles la cour d'assise a prévu, au moment de la condamnation, qu'elles sont susceptibles d'être placées en rétention de sûreté, l'évaluation de leur dangerosité doit être effectuée au moins un an avant la date prévue de leur sortie¹¹³⁶. Le JAP ou le procureur de la République saisit la commission¹¹³⁷ qui doit demander le placement de la personne dans un service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues (le CNO devenu CNE depuis le décret du 31 mars 2010)¹¹³⁸. La personne y fera l'objet d'une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité assortie d'une expertise médicale réalisée par deux experts. Au terme de cette observation, si la commission conclut à la particulière dangerosité du condamné, elle peut rendre un avis motivé proposant que ce dernier soit placé en rétention de sûreté. Sur cette proposition de la commission, le procureur général saisit alors la juridiction régionale de la rétention de sûreté¹¹³⁹. On aperçoit ici la distinction qu'évoque François Ewald entre deux aspects des techniques de précaution¹¹⁴⁰ : la séparation entre ce qui relève de l'évaluation des risques (ici, par les experts et la commission pluridisciplinaire) et ce qui relève de leur gestion (la juridiction de sûreté qui se prononce en fonction de l'évaluation et de l'avis émis par la commission). Dans le cas où une rétention de sûreté est prononcée, et que le renouvellement de la mesure est sollicité, la commission doit être à nouveau saisie pour avis, mais sans qu'il soit nécessaire de procéder à l'évaluation de la dangerosité par le CNO¹¹⁴¹.

1136Article 706-53-14 CPP.

1137Article R. 53-8-53 CPP.

1138Voir *supra*. Au départ, celui de Fresnes. Voir sur l'approche pluridisciplinaire du CNO, le rapport Garreau, *Réponse à la dangerosité*, précité, p. 79s. Voir *supra* sur la création de nouveaux CNE projetée dans le rapport annexé à la loi du 27 mars 2012.

1139Article 706-53-14 CPP.

1140F. EWALD, *Le principe de précaution, op.cit.*, p. 49. L'auteur se réfère au retrait aux administrations (Agriculture, Santé, Industrie) de la fonction d'expertise pour la confier à des agences indépendantes (Agence française de sécurité sanitaire des aliments (AFSSA), Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS), Agence française de sécurité sanitaire environnementale, etc.).

1141Article R. 53-8-54 CPP.

520.- S'agissant des personnes condamnées pour une infraction pour laquelle la rétention de sûreté est encourue et qui sont placées sous surveillance judiciaire ou sous suivi socio-judiciaire, le JAP fait connaître son avis sur une éventuelle surveillance de sûreté au procureur de la République, au moins huit mois avant l'expiration de la surveillance judiciaire ou du suivi socio-judiciaire. Dans le cas où une surveillance de sûreté apparaît justifiée, le JAP ou le procureur de la République fait procéder à une expertise médicale de l'intéressé et doit saisir la commission. Si l'expertise constate la persistance de la dangerosité et que la commission rend un avis dans ce sens, le JAP ou le procureur de la République saisit la juridiction régionale de la rétention de sûreté¹¹⁴². Dans cette situation, l'intéressé n'est donc pas évalué dans un service spécialisé¹¹⁴³. Si la mesure est appliquée et que son renouvellement est souhaité, la commission pourra être à nouveau saisie pour avis¹¹⁴⁴.

521.- Il faut préciser que ce mécanisme d'évaluation avec l'intervention de la commission s'ajoute aux évaluations psychiatriques et pluridisciplinaires du CNE. Il constitue « une super-expertise », susceptible d'être guidée par « la tentation naturelle d' « ouverture de parapluie » »¹¹⁴⁵ avec *in fine* un « « effet de chœur » des différents avis successifs »¹¹⁴⁶. Si bien que l'on peut se demander si cette commission ne constitue pas « un instrument bureaucratique de validation du principe de précaution »¹¹⁴⁷, avec en outre la présence d'un représentant de l'ordre (le préfet) au sein de cet organisme.

522.- Pour conclure, il apparaît que dans la rationalité pénale de précaution, l'incertitude, élément déclencheur de la prise de mesure, invite, comme dans le principe de précaution, à évaluer ce qui est redouté, soit la dangerosité de certaines personnes. Comme le souligne le tableau ci-dessus, les mesures de sûreté s'apparentant à des mesures de précaution s'accompagnent de l'évaluation de la dangerosité, laquelle doit être renouvelée avant la fin de la mesure, afin de décider si cette dernière doit perdurer. Par ailleurs, soulignons que la mesure peut prendre une autre forme, plus ou moins coercitive, selon les

1142Article R. 53-8-46 CPP.

1143Article R. 53-8-45 CPP.

1144Article R. 53-8-51 CPP.

1145E. KANIA, *op.cit.*, p. 6.

1146*Ibid.*, p.7

1147P. LEMOUSSU, *La prise en charge des auteurs d'infractions sexuelles du prononcé de la peine à son exécution en France, en Angleterre et au pays de Galles*, mémoire Master II Droit de l'exécution des peines et droits de l'homme, Université Montesquieu Bordeaux IV, sous la direction de Martine Herzog-Evans, septembre 2009, p.36.

résultats de la réévaluation de dangerosité. En effet, il existe des passerelles d'une mesure de sûreté à l'autre, créant un *continuum* de précaution¹¹⁴⁸.

c) Le processus d'évaluation

523.- A propos du principe de précaution, l'étude de Mark Hunyadi sur le processus de l'évaluation du risque est intéressante¹¹⁴⁹. L'auteur relève l'existence de deux « phases hypothétiques » qui se succèdent : la détermination, dans un premier temps, des hypothèses elles-mêmes (ainsi, on émet des « hypothèses sur les hypothèses ») ; puis, la spéculation, dans un second temps, sur les conséquences (on émet alors des hypothèses sur les conséquences). L'auteur précise que chacune de ces phases se subdivise en deux étapes, une étape descriptive et une étape évaluative. En d'autres termes, s'agissant des hypothèses sur les hypothèses, après avoir établi la liste des événements possibles, leur plausibilité est évaluée ; et s'agissant des hypothèses sur les conséquences, il est établi une liste des conséquences possibles, lesquelles sont évaluées quant à leur plausibilité (l'auteur ajoute que l'on évalue aussi leur désirabilité)¹¹⁵⁰. Ainsi, le processus d'évaluation décrit par Mark Hunyadi peut être résumé par le schéma suivant :

PHASE 1

Hypothèses sur les hypothèses

Étape 1 : description

Étape 2 : évaluation

-

PHASE 2

Hypothèses sur les conséquences

Étape 1 : description

Étape 2 : évaluation

524.- Nous pouvons appliquer le procédé décrit par Mark Hunyadi à l'évaluation de la dangerosité qui préside en matière pénale :

1148Nous reviendrons *infra* sur cette notion, Partie 2.

1149M. HUNYADI, *op.cit.*

1150Voir *supra* sur la notion d'acceptabilité.

PHASE 1

Hypothèses sur les hypothèses
Hypothèses sur les infractions que pourrait commettre l'individu évalué

Étape 1 : description

Liste des infractions

Étape 2 : évaluation

Évaluation des possibilités de passage à l'acte

PHASE 2

Hypothèses sur les conséquences
Hypothèses sur les conséquences de ces infractions sur les victimes éventuelles

Étape 1 : description

Liste des conséquences

Étape 2 : évaluation

Évaluation des possibilités d'atteindre des victimes et acceptabilité de ces possibilités

525.- Dans ce schéma, nous pouvons aussi préciser que les étapes descriptives correspondent plus à un examen clinique et les étapes évaluatives à la mise en relation « actuarielle » des éléments recueillis lors du diagnostic clinique avec les données acquises de manière empirique. D'ailleurs, le DAVC¹¹⁵¹ utilisé dans les CNE s'ajoute aux expertises cliniciennes.

526.- En outre, selon ce schéma, une mesure de sûreté ne devrait être prise qu'à la condition que l'étape 2 de la phase 2 démontre un certain seuil de plausibilité que les infractions (dont la plausibilité a été aussi reconnue à l'étape 2 de la phase 1) atteignent des victimes d'une façon intolérable. Ainsi, les mesures de sûreté ne devraient concerner que des individus très vraisemblablement susceptibles de commettre des infractions qui, elles-mêmes, sont très fortement susceptibles d'atteindre lourdement des victimes (à l'instar du principe de précaution qui ne devrait, selon sa définition officielle, ne s'appliquer qu'à des risques dont les dommages sont irréversibles, c'est-à-dire des risques de grande ampleur¹¹⁵²). Dans tous les cas, l'approche de Mark Hunyadi nous permet de

1151 Voir *supra*.

1152 Voir *supra*

constater que lorsqu'on évoque l'évaluation de la dangerosité, il s'agit plutôt de « mesurer les dangers d'un comportement humain à partir des seules conséquences pour notre sécurité »¹¹⁵³.

527.- Enfin, il semblerait par là que l'on analyse davantage le bénéfique, envisagé en terme d'absence de coût pour la victime potentielle, que le coût de la mesure (pour la société et pour l'individu soumis à la mesure). Mais l'analyse « coût/bénéfices [...] n'a pas de sens » pour Alain Papaux, « puisque [comme nous l'avons évoqué plus haut] cette analyse ne peut être conduite que rétrospectivement »¹¹⁵⁴. Pour l'auteur, en effet, même si on admet que cette analyse est pertinente pour étudier le principe de précaution, elle n'a pas de valeur car elle s'applique à « des biens uniques partant irremplaçables ou à des phénomènes proprement irréversibles, [...] irréversibilité qui constitue l'une des conditions d'application du principe de précaution »¹¹⁵⁵. Pour ce qui nous concerne, cette analyse s'appliquerait également à des individus uniques (par essence) et à des atteintes qui peuvent s'avérer irréversibles puisque susceptibles de provoquer la mort. Ainsi, effectivement, on ne peut chiffrer/mesurer ce qui par nature est irremplaçable¹¹⁵⁶. Et dans la rationalité pénale de précaution que nous venons de décrire, cette irréversibilité du dommage redouté légitime l'« incarcération de précaution »¹¹⁵⁷ que constitue la rétention de sûreté¹¹⁵⁸.

CONCLUSION

528.- Le droit pénal n'a pas connu de révolution bruyante mais les réformes successives ont conduit à la construction d'une nouvelle rationalité pénale et à une transformation de la philosophie pénale. La nouvelle gouvernamentalité mise en relief par

1153Formule de D. SALAS, *op.cit.*, p. 84.

1154Nassim Nicholas Taleb parle de « prévisibilité rétrospective ». N. N. TALEB *Le cygne noir. La puissance de l'imprévisible*, Les Belles Lettres, Paris, 2008, p. 10. Cité par A. PAPAUX, *op.cit.*, p. 7

1155A. PAPAUX, *op.cit.*, p. 7.

1156Voir aussi *supra* sur la hiérarchisation des valeurs issue de l'idéologie précautionniste.

1157Intervention d'Alain Blanc, conseiller à la cour d'appel de Paris, président de l'Association française de criminologie (AFC) au Colloque international de Lyon, « L'exécution des décisions en matière pénale en Europe, du visible à l'invisible », organisé par la direction de l'administration pénitentiaire, 15 et 16 décembre 2008. Alain Blanc s'exprime ainsi : « Face à l'incertitude dans l'ordre du savoir, la précaution serait de protéger les victimes potentielles par une sorte d'incarcération de précaution ». Voir les actes du colloque disponibles sur le site www.justice.gouv.fr

1158De même qu'en matière environnementale et sanitaire, la protection de la santé et de l'environnement est censé primer sur tout. Voir en ce sens, B. PATRIE, « La protection de la santé humaine et de l'environnement doit primer sur toute autre considération, *Rapport sur la communication de la Commission sur le recours au principe de précaution*, Parlement européen, 23 novembre 2000.

Michel Foucault dès les années 1980¹¹⁵⁹ a aussi poursuivi son chemin jusqu'à l'émergence de cette nouvelle rationalité sous le signe de la promotion d'une société utopique, capable d'éloigner les dangers avant même que leur occurrence et leur contenu ne soient scientifiquement démontrés.

529.- Cette nouvelle rationalité pénale fonctionnant sous le paradigme de la précaution est clairement identifiable par ses aspects spécifiques à la logique du principe de précaution. Elle s'est construite progressivement, suite à l'émergence, d'abord, d'une rationalité de risque. Cette évolution permet de distinguer trois rationalités qui se sont succédé : la rationalité pénale moderne, avec pour assise le principe de légalité¹¹⁶⁰, qui conçoit la délinquance comme la violation de la loi préétablie ; la rationalité de risque, qui appréhende la délinquance comme un risque normal et prévisible ; et **la rationalité de précaution, qui envisage la délinquance comme un danger incertain dont il faut se prémunir même en l'absence de connaissance**. Ces trois rationalités se superposent aujourd'hui et les deux dernières entretiennent des rapports étroits, la rationalité de risque apparaissant comme un prémisses de la naissance de celle de précaution.

530.- La rationalité de risque, préfigurant celle de précaution, prend en considération la virtualité du dommage, virtualité qu'elle entend rationaliser en s'attachant à ses causes scientifiques, et s'inscrit dans la volonté de contrôler tous les risques¹¹⁶¹. Elle a émergé dans le contexte du développement, au 19^{ème} siècle, du système assurantiel. Les outils actuariels que ce système utilise, des calculs statistiques sur les facteurs de risques et leurs probabilités d'occurrence en fonction de ces facteurs, ont été transposés à la matière pénale, principalement aux États-Unis. Le transfert de cette méthode de calcul et de prédiction au domaine pénal s'observe aussi, dans une moindre mesure, dans les pays européens dont la France, qui, soucieuse d'efficacité et d'efficience, manifesterà sa volonté d'introduire un management de la justice pénale et avancera l'idée de doter le système pénal de ses propres outils d'évaluation. L'utilisation de cette méthode en France se vérifie aussi avec l'essor de la prévention situationnelle ou encore avec l'introduction du DAVC et l'usage de tables actuarielles¹¹⁶².

1159M. FOUCAULT, *op.cit.*

1160Voir *infra*.

1161Voir *supra*.

1162Voir les nuances apportées par M. HERZOG-EWANS, *op.cit.*

531.- Globalement, si cette rationalité de risque appréhende le risque délinquant comme un risque normal dont il est possible de prévoir l'occurrence, cette conception s'éloigne de la vision morale du crime. La nature des causes (en particulier celles sociales) est reléguée au second plan, l'objectif étant de les prévoir et d'agir en fonction de ces causes afin d'assurer un contrôle des risques. A cette fin, la rationalité de risque opère par l'isolement de groupes à risques, fonctionnant alors sur une dimension collective. Certains groupes d'individus sont ainsi désignés comme constituant des groupes à risques. Ce qui, en dépit du caractère « normal » assumé de la délinquance dans cette rationalité, comporte l'effet pervers de conduire à la stigmatisation de ces groupes voire à la fabrication de populations problématiques. Plusieurs types d'infractions, tels que la mise en danger, les infractions formelles et les infractions obstacles, illustrent la prise en compte du risque dans la rationalité de risque. Dans ces infractions, le risque est appréhendé tout autant que le résultat dommageable¹¹⁶³. Plus particulièrement, les infractions routières sont largement conçues sur le fondement de calculs probabilistes relatifs à l'occurrence d'accidents, révélés par des études scientifiques. Enfin, des attitudes considérées comme porteuses de risques pour la société ont été pénalisées, notamment par la loi du 18 mars 2003, cette pénalisation établissant, de manière sous-jacente, un lien entre un type de comportement voire un type de mode de vie et la possibilité de troubles de la tranquillité publique. De cette façon, la rationalité de risque génère des groupes problématiques, en suggérant que tout individu adoptant ces conduites incriminées est jugé porteur de risque. D'ailleurs, le lien entre la stigmatisation de ces groupes et la rationalité de risque a été maintes fois soulevé par la doctrine¹¹⁶⁴.

532.- La dimension collective, comprise dans la désignation de « groupes », sur laquelle repose la rationalité de risque est un élément qui la distingue nettement de la rationalité de précaution qui se réfère, quant à elle, à l'échelle de l'individu. En outre, la rationalité de risque considère le risque délinquant comme normal, connu, prévisible, donc admis, tandis que la rationalité de précaution le vit comme une menace imprévisible et intolérable, dont il faut se prémunir quand bien même celle-ci n'est pas encore scientifiquement démontré. La rationalité de précaution signe alors la prise de conscience des lacunes de la science dans l'explication du phénomène criminel et envisage d'agir même en l'absence de connaissances, intégrant alors l'incertitude dans le processus décisionnel.

1163 Voir Y. CHACORNAC, *op.cit.* Et voir *supra*.

1164 Th. SLINGENEYER, *op.cit.* ; F. SIMON et S. FEELEY, *op.cit.*

533.- En ce sens, la rationalité pénale de précaution, dont l'action amplifie le devoir de sécurité déjà présent dans la rationalité de risque, est une rationalité qui emprunte sa méthodologie au principe de précaution. En effet, tout comme le principe de précaution, elle vise des risques imprévisibles, incertains, et dont les dommages pourraient être irréversibles. Elle s'attaque à la dangerosité d'individus à l'instar du principe de précaution qui s'active face à la nocivité de produits et techniques. Pour ce faire, elle préconise des mesures de précaution (dont les mesures dites de sûreté) proportionnées au degré de dangerosité. Le blocage, la coercition et l'incapacitation contenus dans la mesure dépendra du niveau estimé de dangerosité. Au retrait du marché imposé à des produits ou techniques présumés nocifs, rendu possible par le principe de précaution, correspond, dans la rationalité pénale de précaution, la mise hors de la société d'individus présumés dangereux. A l'exemple du système de moratoire induit par le principe de précaution, les mesures pénales de précaution sont indéterminées dans le temps puisqu'elles sont dépendantes du degré de dangerosité, susceptible lui-même de stagner comme d'évoluer. Également, comme pour le principe de précaution, la rationalité pénale de précaution recommande l'évaluation de la dangerosité car c'est sur son fondement que sont prescrites les mesures de précaution mais aussi parce qu'elle légitime l'importante limitation des droits assorties à ces mesures. Enfin, l'analyse de la proportionnalité entre le bénéfice (absence de crimes) et le coût de la mesure (restrictions ou négations de libertés pour l'individu dont la dangerosité est redoutée) a tendance à perdre de sa pertinence car il s'agit de préserver la vie irremplaçable d'individus.

534.- La rationalité de précaution organise ainsi un *continuum* de précaution par l'institution de mesures de précaution et par la longévité de la conservations de données sur les individus. Les individus porteurs de dangerosité, tout comme les marchandises et techniques dont l'innocuité n'est pas démontrée, sont soumis à une traçabilité, jugée nécessaire au projet de défense sociale du *continuum* de précaution.

CHAPITRE 2 : L'IDENTIFICATION D'UN NOUVEAU MODÈLE DE POLITIQUE CRIMINELLE

535.- Un nouveau modèle de politique criminelle peut être identifié directement lié aux transformations importantes que connaît le droit pénal¹¹⁶⁵, et que nous analysons dans les rapports étroits que ce dernier entretient avec la politique criminelle. Ainsi que le souligne Raymond Gassin, nous envisageons le droit pénal comme un instrument de « mise en forme juridique »¹¹⁶⁶ des principes d'action et des objectifs que se fixe la politique criminelle. Ce constat nous amène à préciser les différentes conceptions, au demeurant non homogènes, qui circulent autour de la définition de la politique criminelle et des principes d'action qu'elle mobilise.

536.- Dans le sillage de Mireille Delmas-Marty¹¹⁶⁷, la politique criminelle peut être définie comme l'ensemble des réponses (étatiques et sociales) données aux comportements s'écartant de la norme, que ceux-ci relèvent du crime¹¹⁶⁸ ou de la déviance. Pour d'autres auteurs, elle correspond à « l'organisation de la lutte contre une criminalité préalablement définie, lutte menée sous diverses formes, employant des moyens variés et orientée vers des buts précis »¹¹⁶⁹. D'ores et déjà, une différence profonde partage ces deux définitions : tandis que la seconde ne vise que les incriminations, la première y ajoute la

1165 Voir en détail, *infra*, Partie 2.

1166 R. GASSIN, *op.cit.*, p. 591.

1167 M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, 1992.

1168 Au sens large (comprenant toutes les infractions).

1169 G. STEFANI, C. LEVASSEUR et B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, Précis, 20^{ème} édition, 2007, n°22.

déviance, pouvant englober également toutes les situations mentionnant un écart à la norme de conduite, non incriminé par la loi.

537.- L'approche de Raymond Gassin propose d'aborder la politique criminelle à partir de deux types de définitions auxquels correspondent plusieurs conceptions¹¹⁷⁰. D'une part, la politique criminelle peut d'abord se définir « en extension »: on peut entendre par politique criminelle soit la seule réaction répressive (comme Henri Donnedieu de Vabres¹¹⁷¹) ou y inclure aussi la prévention et les pratiques des différentes institutions. D'autre part, elle peut se définir « en compréhension », en référence à la défense sociale nouvelle de Marc Ancel, dans la continuité des travaux de Von Liszt, qui entendait par politique criminelle un modèle idéal de lutte contre le crime, c'est-à-dire un modèle créé par des doctrines répressives et préventives en fonction des données philosophiques et scientifiques¹¹⁷². Mais la politique criminelle peut aussi s'entendre de manière concrète en référence à la façon dont elle est pratiquée, et ce, indépendamment de son efficacité ou de sa cohérence.

538.- Nous retiendrons, pour préalable, une définition proche de celle de Mireille Delmas Marty combinée à la dernière « conception en compréhension » citée par Raymond Gassin. Nous étudierons la politique criminelle actuelle telle qu'elle découle non seulement des lois votées mais également des contenus et de l'ambiance des travaux législatifs car ces derniers expriment, au travers des projets de lois, des propositions de lois, des amendements retenus ou adoptés par les deux chambres, les préoccupations et les conceptions de la représentation nationale face à la délinquance et aux comportements jugés compromettants pour l'ordre établi¹¹⁷³. Mais cette politique criminelle sera entendue comme la politique visant à lutter contre la délinquance et/ou les déviances, que les réponses émanent de l'État ou qu'elles proviennent de la société, dès lors qu'elles ont été insufflées au plus haut niveau. Nous nous intéresserons aux principes d'action développés par cette politique criminelle et particulièrement à ses objectifs, qu'ils soient clairement affichés ou simplement implicites.

1170R.GASSIN, *op.cit.*, p. 591s. Voir aussi G.LOPEZ, S. TZITZIS, *Dictionnaire de sciences criminelles* à « politique criminelle », pp. 716-719 (article de R. GASSIN).

1171H. DONNEDIEU DE VABRES, *La politique criminelle des États autoritaires*, Dalloz, 2009 (préf. Jean Danet).

1172Voir aussi définition de Pinatel, citée par R. GASSIN, *op.cit.*, p. 591s.

1173Raymond Gassin inclut la pratique par d'autres acteurs.

539.- Aussi, à la typologie traditionnelle de la politique criminelle présentée par la doctrine¹¹⁷⁴ comprenant la politique criminelle classique inspirée des Lumières, la politique criminelle positiviste, la politique criminelle de l'école de la défense sociale, la politique criminelle de la défense sociale nouvelle, la politique criminelle du « juste dû¹¹⁷⁵ », nous suggérons d'ajouter la politique criminelle actuelle que nous précisons dans ce chapitre et que nous rattacherons à un nouveau modèle « précautionniste »¹¹⁷⁶.

540.- Pour aborder la politique criminelle contemporaine, nous nous appuyerons sur deux mutations importantes. D'abord, nous nous intéresserons à la mutation de la distinction entre la prévention et la répression, celle-ci apparaissant d'après les définitions retenues de la politique criminelle, comme deux champs d'intervention aux frontières traditionnellement conçues comme étant imperméables (**Section 1**). L'étanchéité de principe de ces frontières a été affaiblie ces dernières années sous le paradigme de la précaution.

541.- Ensuite, nous verrons qu'en raison notamment du flou créé entre répression et prévention, le modèle de la politique criminelle a lui-même muté (**Section 2**). En effet, la politique criminelle actuelle se construit sur un modèle particulier rappelant à bien des égards les politiques menées en matière environnementale, justifiées par l'application d'un principe de précaution. Ainsi adapté à la lutte contre la criminalité, ce modèle de politique pourra être qualifié de modèle « précautionniste ».

SECTION 1 : LA MUTATION DE LA DISTINCTION PRÉVENTION/RÉPRESSION SOUS LE PARADIGME DE LA PRÉCAUTION

542.- La précaution s'ajoute aux deux modes traditionnels de lutte contre la délinquance que sont la répression et la prévention. Nous avons vu que le droit pénal présente

1174G. LOPEZ, S. TZITZIS, *Dictionnaire des sciences criminelles, op.cit.*, pp. 717-718, article de R. GASSIN.

1175Nous avons déjà évoqué les quatre premières lorsque nous étudions la notion de dangerosité (voir *supra*). La politique criminelle du « juste dû » (*just deserts, Justice model*) a été développée aux États-Unis dans les années 1970 par Von Hirsch. Elle repose sur l'idée de proportionnalité entre la gravité des crimes commis et la sévérité de la peine. Pour Raymond Gassin, elle « marque un retour du rétributivisme m tiné de respect des droits de l'homme ». G. LOPEZ, S. TZITZIS, *Dictionnaire de sciences criminelles, op.cit.*, p. 718.

1176Voir *infra*.

plusieurs fonctions¹¹⁷⁷ dont les fonctions répressive et préventive. Ce sont également deux volets de la politique criminelle qui peuvent être conduits soit séparément, soit de manière combinée avec une forme dominante répressive ou préventive. La précaution a pour effet de modifier les rapports entre prévention et répression. En effet, prévention et répression sont distinguées comme deux modes différents de réponse à la délinquance (I) mais cette dichotomie apparaît moins nette dans une rationalité pénale de précaution (II).

I. LA DISTINCTION TRADITIONNELLE PRÉVENTION/RÉPRESSION

543.- Avant de procéder à la distinction entre prévention et répression, il faut souligner que ces deux conceptions sont néanmoins liées, notamment parce que la répression, par son caractère intimidant et dissuasif, poursuit aussi comme finalité la prévention. D'ailleurs, certaines incriminations sont foncièrement préventives, comme les délits obstacles étudiés plus haut¹¹⁷⁸ et sur lesquels nous reviendrons, en détail, *infra*¹¹⁷⁹. Nous étudierons ici les fondements de la distinction traditionnellement établie entre prévention et répression (A) avant de tenter de donner une définition de la prévention (B).

A. LES FONDEMENTS DE LA DISTINCTION TRADITIONNELLE ENTRE PRÉVENTION ET RÉPRESSION

544.- Si la prévention et la répression se sont presque naturellement distinguées, jusqu'à s'opposer, c'est que l'une et l'autre entendent agir dans des temporalités différentes. L'élément de référence étant la commission d'une infraction, la prévention et la répression rivalisent dans leur lutte commune contre la délinquance : la première se déploie en amont de l'infraction tandis que la seconde est déclenchée par l'infraction (1). De plus, ces deux types d'action face au phénomène criminel sont essentiellement différents dans la mesure où la répression s'exerce sur un mode pénal et la prévention, en principe, relève du social (2).

1177 Voir *supra*.

1178 Voir sur ce point, par exemple, B. BOULOC, *op.cit.*, n°25, p. 20.

1179 Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

1) Répression, prévention : une distinction temporelle

545.- La distinction entre prévention et répression fondée sur le critère temporel résulte d'une « conception limitative de la notion de prévention »¹¹⁸⁰. Une telle définition restrictive de la prévention a été donnée en 1984 par Berkmoes et Bourdoux : « La prévention peut se définir comme un instrument utilisé par l'État pour mieux maîtriser la criminalité par l'élimination ou la limitation des facteurs criminogènes et par la gestion adéquate des facteurs de l'environnement physique et social qui engendrent des occasions favorables à la perpétration des délits »¹¹⁸¹.

546.- Cette acception de la prévention, qui est la plus courante parmi les auteurs, repose sur le fait que la prévention, contrairement à la répression, serait mise en œuvre en dehors d'un passage à l'acte criminel. Elle ne se déploierait que dans l'avant criminalité, en œuvrant sur des facteurs susceptibles de favoriser l'entrée dans la délinquance.

547.- En distinguant l'approche proactive et l'approche réactive de la criminalité, Brown et James insistent sur ce critère de temporalité au regard de la commission d'infraction¹¹⁸². De ce point de vue, la répression serait la réaction au phénomène criminel tandis que la prévention entendrait agir avant, voire devancer ce dernier. En d'autres termes, Raymond Gassin qualifie de prévention « l'intervention *a priori* » et de répression « l'intervention *a posteriori* »¹¹⁸³. Ces définitions de la prévention laissent hors du champ de cette dernière les programmes dits de prévention dans la lutte contre la récidive¹¹⁸⁴.

548.- Maurice Cusson propose une définition plus tranchée et plus explicite. Pour lui, « l'usage et la logique justifient de ne reconnaître comme véritable prévention que l'action qui, premièrement, précède la commission des délits visés, deuxièmement, les

1180R. GASSIN, *op.cit.*, n°916, p. 756. L'auteur distingue les conceptions totalisatrices de la notion de prévention provenant la pensée d'Enrico Ferri, qui voyait en la prévention tous les moyens de lutter contre le crime (substituts pénaux et mesures individuelles de prévention de la récidive), des conceptions limitatives, qui sont les plus courantes aujourd'hui en criminologie.

1181H. BERKMOES et G.L. BOURDOUX, « La prévention de la criminalité », *RDPC*, 1986, pp. 733-782, cités par R. GASSIN, *op.cit.*, n°916, p. 756.

1182J. BROWN et J. JAMES, « La prévention de la criminalité : à la recherche de concepts et de stratégies », *RSC*, 1980, pp. 943-956.

1183R. GASSIN, *op.cit.*, n°919, p. 759.

1184Voir par exemple, R. GASSIN, *op.cit.*, n°919, p. 760.

empêche vraiment, et troisièmement, n'est pas répressive »¹¹⁸⁵. L'auteur soulève l'antinomie entre prévention et répression, en raison de l'absence de coercition et de punition dans la prévention. Prévenir la délinquance, c'est agir sur les individus ou les situations afin d'empêcher la commission d'infractions. Réprimer, c'est sanctionner l'individu une fois qu'il a commis une infraction.

549.- Dès lors, et puisque la répression ne peut, par principe, être déclenchée que par la commission d'une infraction, la prévention et la répression s'exercent naturellement selon des « modes » d'action différents.

2) Répression, prévention : une distinction substantielle

550.- Relevons tout d'abord que la prévention est née de l'insuffisance constatée du seul usage de la répression¹¹⁸⁶. Les nombreuses études sur le phénomène criminel ont très tôt fait apparaître la nécessité d'agir avant le crime. Toutes les écoles de pensées évoquées *supra*¹¹⁸⁷ ont insisté sur l'importance de mesures sociales, éducatives ou curatives, visant à éviter le développement de la criminalité qui peut survenir chez certains individus en raison de différents facteurs - internes et/ou externes selon les écoles. La prophylaxie, qui entend, selon la formule, « couper le crime à la racine », constitue une volonté séculaire et unanime, en dépit de la diversité des fondements idéologiques et des méthodes.

551.- Globalement, nous pouvons qualifier de « social » le mode d'action de la prévention dans la mesure où cette dernière est susceptible d'intervenir dans tout ce qui a trait à l'environnement social des personnes concernées pour influencer sur les situations à risques. A la différence, la répression suppose l'usage de la loi et de la force publique pour exiger une transformation des conduites jugées en violation à l'ordre public. En ce sens, la répression comme exercice du droit de punir, défini par la loi, relève du monopole de la violence légitime appartenant à l'État¹¹⁸⁸.

1185M. CUSSON, *Prévenir la délinquance, Les méthodes efficaces*, PUF, Coll. Criminalité internationale, 2002, 2^{ème} édition, pp. 12-13.

1186Voir par exemple, R. GASSIN, *op.cit.*, n°911, p. 754, puis n°928, p. 767.

1187Voir *supra*, Titre 1, Chapitre 2.

1188Voir Max Weber sur le monopole de la violence physique légitime. M. WEBER, *Le savant et le Politique*, Poche, 10-18, Essai, 2002.

552.- Plus particulièrement, la prévention repose sur certains constats comme celui de « carences du développement de la sociabilité affectant une minorité d'enfants et d'adolescents, carences qui les prédisposent à dériver vers la délinquance »¹¹⁸⁹. Pour Maurice Cusson, l'attribution du qualificatif « social » à la prévention¹¹⁹⁰ s'explique, d'une part, parce que la prévention ambitionne de socialiser ou de rendre sociable le sujet, d'autre part, parce que son action porte sur le milieu social de ce sujet¹¹⁹¹.

553.- Aussi, la prévention n'agit pas directement sur le sujet mais sur son milieu. Elle intervient au niveau de la population dans son ensemble ou de groupes de population, contrairement à la précaution, qui, comme nous le verrons plus bas, centre son action au niveau de l'individu¹¹⁹². Maurice Cusson explique que la prévention sociale peut s'étendre autant à des programmes ciblant la famille qu'à des programmes « communautaires » s'appliquant à un quartier ou même une ville¹¹⁹³, dont les contenus s'inspirent largement des programmes nord-américains des années 1960.

554.- En France, on peut citer pour exemple de prévention les programmes dits de « prévention spécialisée »¹¹⁹⁴. Le qualificatif « spécialisée » apparaît pour la première fois dans une Circulaire Santé Jeunesse et Sport du 17 octobre 1972¹¹⁹⁵ mais la promotion d'une telle prévention date de l'ordonnance de 1959¹¹⁹⁶. Plus tard, la loi du 6 janvier 1986 relative à la décentralisation transfère aux présidents de Conseils généraux les compétences de l'Aide sociale à l'enfance (ASE) dont la prévention spécialisée est l'une des missions. Dans les textes officiels et précisément dans les articles L 121-2 et L 221-1 du code de l'action

1189M. CUSSON, *Prévenir la délinquance, op.cit.*, p. 16. NB : Pour Raymond Gassin, doivent être exclues de la définition de prévention les actions de prévention individuelle de la primo-délinquance s'il existe dans la loi des mesures individualisées *ante delictum* (en France, les mesures pour les mineurs en danger). Voir R. GASSIN, *op.cit.*, n° 919, pp. 759-760.

1190Maurice Cusson semble placer sur un même plan prévention sociale et prévention situationnelle. Pour nous, la prévention situationnelle, qui a été expérimentée après la prévention dite sociale, est tout à fait différente et constitue plutôt une évolution notable du sens donné à la prévention, qui en premier lieu, est sociale. Voir *infra*.

1191M. CUSSON, *op.cit.*, p. 17.

1192Voir aussi *supra* sur le passage de l'échelle du groupe à celle de l'individu. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

1193M. CUSSON, *op.cit.*, p. 89.

1194Sur la prévention spécialisée ou « prévention de rue », voir not. CH. LAZERGES, « La prévention de rue : un outil de protection de l'enfant et de l'adolescent », *Archives de politique criminelle*, n°32, Pedone 2010, pp. 141-152.

1195Cette circulaire délimite et définit le champ de la prévention comme suit : « La prévention réalisée par les clubs et équipes est une action spécialisée qui se différencie de la Prévention naturelle réalisée par les Mouvements de jeunesse, les Associations sportives, les Patronages, les Maisons des jeunes et de la culture [...]. Elle se différencie également de l'Action Éducative en milieu ouvert, à laquelle il est recouru dans le cadre de la protection de l'enfance en danger, et qui est plus individuelle ».

1196Décret n°59-101 du 7 janvier 1959 modifiant et complétant le code de la famille et de l'aide sociale en ce qui concerne la protection de l'enfance.

sociale et des familles, cette mission de prévention spécialisée, confiée aux départements est définie comme « *une mission de prévention de la marginalisation et d'aide à l'insertion dans les lieux où se manifestent des risques d'inadaptation sociale* »¹¹⁹⁷. La prévention spécialisée s'inscrit aussi dans une politique globale d'action sociale et plus précisément de protection de l'enfance. Elle comprend donc aujourd'hui la prévention des inadaptations sociales, de la délinquance et des conduites à risques, ainsi que la prévention de la maltraitance. Cette mission revient au département mais est exercée par des éducateurs travaillant dans le milieu associatif habilité par lui. D'ailleurs, il faut rappeler que ces pratiques socio-éducatives, d'abord apparues sous le label d' « éducation de rue », sont nées d'initiatives d'associations que l'arrêté ministériel du 4 avril 1972 n'a fait qu'officialiser. A partir de différentes actions, dont la première est l'établissement ou la restauration d'une relation entre l'adulte et l'enfant, la prévention spécialisée cherche à favoriser la reconstruction des liens familiaux et sociaux, et une meilleure intégration des jeunes en situation de rupture. Ces actions socio-éducatives visent avant tout à protéger l'enfance et à privilégier, en ce sens, des pratiques dont l'objectif est de combattre, de réduire, d'éliminer si possible les diverses inadaptations au profit des individus, pour qui ces ruptures sont analysées avant tout comme des foyers de souffrance. Pour autant, avec l'apparition dans les années 1980 des Conseils communaux de prévention de la délinquance (aujourd'hui, Contrats locaux de sécurité et de prévention), les missions de l'éducation spécialisée semblent avoir glissé peu à peu vers une mission de prévention générale comprenant la prévention de la délinquance dont elle s'était toujours démarquée et dont les conséquences s'analysent également comme un des effets de la décentralisation¹¹⁹⁸. Elles demeurent cependant, par essence, des actions protectrices de l'enfance et ne doivent pas être assimilées à des mesures uniquement préventives de la délinquance.

555.- La prévention est donc d'abord doublement caractérisée par son intervention avant l'acte délinquant et sur le milieu social. Nous allons la définir plus en détail et montrer, à travers son évolution, les enjeux quant à l'émergence de la précaution à ses côtés ou à sa place.

1197Ordonnance du 1er décembre 2005 relative aux procédures d'admission à l'aide sociale et aux établissements et services sociaux et médico-sociaux, qui assimile les structures de prévention spécialisée à des établissements sociaux et médico-sociaux relevant désormais de la loi du 2 janvier 2002 réformant l'action sociale.

1198Voir par exemple, S. MEKBOUL et alii, *Des effets de la décentralisation sur la Prévention Spécialisée*, Édition de la Délégation Interministérielle à la Ville et Conseil National de Liaison des Associations de Prévention Spécialisée (CNLAPS), Paris, 1992

556.- Il convient, après avoir distingué la prévention de la répression et avant de voir ses rapports avec la précaution, de souligner qu'elle a toujours été présentée comme une finalité propre de la politique criminelle (1). Toutefois, depuis quelques années, le sens qui lui est donné a largement évolué (2).

1) La prévention : une finalité inhérente à la politique criminelle

557.- Si la prévention constitue l'un des moyens de la politique criminelle (si l'on considère que les réponses de la politique criminelle au phénomène délinquant peuvent être, schématiquement, soit de nature répressive soit de nature préventive) et en tout cas une finalité (car le but de toute politique criminelle est l'évitement de la délinquance), elle n'est apparue de manière concrète et palpable que tardivement. En effet, elle a toujours connu des difficultés à s'imposer aux côtés du volet répressif¹¹⁹⁹. Comme souligné plus haut, la prévention est née de l'observation de l'insuffisance de la répression - elle est donc complémentaire à cette dernière, mais son développement soulève également le caractère parfois nocif de la répression¹²⁰⁰. Aussi, si la répression, dans sa fonction préventive¹²⁰¹ ne suffit pas à enrayer le phénomène criminel et qu'en outre, elle est parfois considérée comme jouant un rôle moteur, la politique criminelle se devait d'exploiter d'autres manières d'empêcher la commission d'infractions. D'ailleurs, lutter contre la délinquance en empêchant la commission d'actes délinquantiels et lutter contre la délinquance en réprimant les actes délinquantiels commis n'ont pas rigoureusement les mêmes finalités. Aussi, insister sur l'insuffisance de l'appareil répressif c'est, en quelque sorte, attribuer au droit pénal l'objectif essentiel et exclusif de la diminution ou de la disparition des actions illégales, alors que sa finalité première est la sanction des infractions. Et symétriquement, la justification de l'appareil répressif s'appuierait sur les faillites des programmes de prévention qui ne parviennent pas toujours à empêcher la commission d'infractions.

1199 Voir sur ce point, R. GASSIN, *op.cit.*, n°911, p. 754.

1200 Voir le courant de la « criminologie de la réaction sociale » (sur ce point, R. GASSIN, *op.cit.*, n° 929, p. 761). Voir aussi les écrits de PH. ROBERT sur la théorie de la stigmatisation.

1201 Voir *supra* sur les fonctions du droit pénal. Mais attribuer une fonction préventive au droit pénal revient à lui assigner l'objectif de la diminution ou de la disparition des actions illégales alors que sa finalité première est la sanction des infractions.

558.- En outre, l'idée de prévention correspond aussi à une conception dynamique de la personnalité, qui peut être modifiée si l'on agit sur son milieu et peut ainsi être détournée de la voie délinquante¹²⁰². On la retrouve, par exemple, au cœur de la pensée de Gramatica, qui, souhaitant l'abolition du système pénal, estimait que des mesures préventives (plus précisément curatives) suffiraient à éteindre la criminalité¹²⁰³. Elle se situe aussi au cœur de la défense sociale nouvelle qui privilégie par exemple des mesures éducatives à l'encontre des jeunes délinquants¹²⁰⁴.

559.- Les deux volets traditionnels de la politique criminelle s'affirment donc dans le couple répression/prévention, sachant que la première ne devrait intervenir que lorsque la seconde a échoué, tout comme l'insinue Bernard Bouloc : « les mesures préventives doivent [...] se trouver au premier plan pour mener à bien une politique criminelle efficace. [...] Les mesures répressives sont utilisées lorsque l'acte antisocial n'a pu être évité »¹²⁰⁵.

560.- Mais qu'entend-on au juste par « prévention » ? Cette « notion imprécise et protéiforme »¹²⁰⁶ n'a jamais été définie clairement par le législateur, bien qu'on recense dans la doctrine plusieurs typologies de prévention, en fonction de différents critères¹²⁰⁷ :

- prévention de la délinquance juvénile/prévention de la délinquance en général¹²⁰⁸
- prévention générale/prévention spécifique¹²⁰⁹
- prévention passive/prévention active¹²¹⁰
- prévention primaire/prévention secondaire/prévention tertiaire

1202 Voir sur point, R. GASSIN, *op.cit.*, n°933, p. 770.

1203 Voir *supra*.

1204 Voir *supra*.

1205 B. BOULOC, *op.cit.*, n°25, p. 19, puis n°26, p. 20.

1206 Ce sont les termes de R. GASSIN, *op.cit.*, n°912, p. 754.

1207 Voir R. GASSIN, *op.cit.*, n°922-924, pp. 761-765. L'auteur précise que certaines de ces typologies se réfèrent à une conception extensive de la prévention, d'autres à une conception limitative. Voir *supra*.

1208 Cette distinction relève de la tendance à considérer que les mesures de prévention sociale ne pouvaient que s'appliquer à des enfants et que la prévention de la délinquance en générale appartenait au système pénal. Voir R. GASSIN, *op.cit.*, n° 923, p. 762.

1209 La prévention générale a pour cible des facteurs généraux, la seconde des facteurs spécifiques de la délinquance.

1210 La prévention passive ne s'exerce « pas au-devant du phénomène à prévenir » ; la prévention active, issue de réflexions policières, « œuvre activement à l'évitement du phénomène indésirable ». Voir R. GASSIN, *op.cit.*, n°923, p. 762s. .

561.- Cette dernière typologie tripartite est la plus courante car la plus opérationnelle. La prévention primaire « concerne la modification des facteurs ou des conditions de vie dans lesquelles vivent des personnes et qui sont considérées comme criminogènes pour elles »¹²¹¹. Il s'agit de mesures générales de prophylaxie sociale¹²¹², qui visent à modifier le milieu propice à la délinquance et les facteurs généraux de la criminalité. La prévention secondaire, quant à elle, découle de « l'identification de difficultés par un dépistage »¹²¹³. Ses interventions ciblent donc des personnes ou des groupes à risque¹²¹⁴. Enfin, la prévention tertiaire concerne des personnes qui ont déjà commis des infractions. Elle vise à empêcher la récidive. Il s'agit d'un type de prévention œuvrant à l'échelle de l'individu contrairement aux deux autres types de prévention. C'est l'une des raisons pour lesquelles nous la rattacherons, *infra*, à la précaution plutôt qu'à la prévention proprement dite, notamment lorsqu'on considère les transformations progressives de la prévention sociale vers un contrôle plus affirmé des comportements individuels.

2) L'évolution du sens de la prévention

562.- Le premier constat, émis d'ailleurs par le Centre International pour la Prévention de la Criminalité (CIPC), est celui d'un net recul, ces quinze dernières années, des pratiques de prévention sociale au profit de la lutte contre l'insécurité ou contre le sentiment d'insécurité. Selon ce Centre, « si ces politiques (les politiques de prévention) ont progressé, elles demeurent marginalisées au sein de politiques de sécurité plus vastes »¹²¹⁵. Et de nombreux professionnels de la prévention déplorent l'absence de moyens alloués à leur mission.

563.- Le second constat est celui de l'apparition de nouvelles formes de « prévention » comme la la prévention de la récidive¹²¹⁶ ou encore la prévention situationnelle¹²¹⁷, qui se focalise sur les situations concrètes favorisant le passage à l'acte

1211C. BLATIER, *Prévenir la prévention de la délinquance dès la petite enfance*, Broché, 2007, p. 14.

1212Désignation employée par exemple par B. BOULOC, *op.cit.*, n°25, p. 19.

1213Ibidem.

1214En cela, la prévention relève plus d'une rationalité de risque, telle que définie plus haut que d'une rationalité de précaution (voir *supra*, Chapitre précédent). Il s'agit, dans la prévention (secondaire), d'identifier au préalable des facteurs de risque.

1215CIPC, Rapport international sur la prévention de la criminalité, 2010, p. VII.

1216Comme nous l'avons souligné plus haut, la « prévention » intervient normalement avant tout passage à l'acte. Voir sur ce point, V. GAUTRON, « La fin de la singularité du modèle français de prévention de la délinquance », *A.J Pénal*, mai 2007, pp. 205-209.

1217Voir *supra* pour une définition de la prévention situationnelle (Chapitre précédent).

délinquant et s'éloigne donc des conceptions explicatives de la délinquance, s'attachant, elles, aux causes sociales ou environnementales¹²¹⁸. « Le glissement sémantique et opératoire de la « prévention sociale » à la « prévention situationnelle » modifie [non sans effet] les représentations et influe particulièrement sur les attentes par rapport à l'éducatif, sur sa compréhension et la place qui lui est accordée. La sécurité [comme priorité d'intervention] devient trop souvent la finalité première et le critère évaluatif unique des actions »¹²¹⁹. Cette exigence ne manquera pas de figurer dans les dispositions juridiques nationales mais également à visée internationale.

564.- En 2002, les Nations-Unies adopteront, par une résolution, les « Principes directeurs applicables à la prévention du crime » autour de quatre types de prévention : la prévention par le développement social, la prévention à l'échelle locale ou « prévention communautaire », la prévention situationnelle et la prévention de la récidive¹²²⁰. Cette distinction recoupe partiellement la distinction tripartite évoquée plus haut, mais inclut la prévention situationnelle, qui, jusque-là, n'entrait pas dans les catégories de cette dernière.

565.- Ces nouvelles pratiques liées à la prévention en France trouvent appui dans la loi du 5 mars 2007 relative à la « prévention de la délinquance » et le plan national de prévention lancé en 2009. A propos du plan national de prévention, le Conseil national des villes (CNV) relèvera un « recentrage de l'État sur les questions de sécurité, notamment strictement policières et judiciaires, mais sans volet prévention, [soulevant par là une incohérence] alors que les crédits sont en baisse, y compris sur la sécurité (police) et que les services de police sont accusés de faire du chiffre. Cette focalisation sur la sécurité, notamment la vidéo-protection, et ce désengagement financier de l'État [vis-à-vis de la

1218Voir not. Avis de la CNCDH sur la prévention de la récidive du 21 février 2013, p. 3. La CNCDH constate l'accent mis sur la prévention situationnelle et se réfère au site du Secrétariat général du Comité Interministériel de Prévention de la Délinquance, à la circulaire du 23 mai 2011 relative à la « diffusion d'une convention-cadre concernant la sécurisation des grands espaces commerciaux », la circulaire interministérielle du 15 février 2010 relative au « plan de sécurisation des établissements scolaires », la circulaire interministérielle du 23 septembre 2009 relative à la « sécurisation des établissements scolaires et au suivi de la délinquance », la circulaire du 6 septembre 2010 relative à la « réalisation des études de sécurité publique lors des opérations de rénovation urbaine » et à la circulaire du 1er octobre 2007 sur « l'application de l'article L.111-3-1 du code de l'urbanisme relatif aux études de sécurité publique ».

1219« La prévention spécialisée : enjeux actuels et stratégies d'action », Rapport du groupe de travail inter-institutionnel sur la prévention spécialisée, Pierre Andrieu, Délégation interministérielle à la famille, Janvier 2004, p. 14. Ce rapport date ce mouvement aux années 90 (surtout 97).

1220Organisation des Nations Unies, Conseil économique et social, résolution 2002/13 du 24 juillet 2002.

prévention] rendent le plan national, pourtant intitulé plan national de prévention de la délinquance et d'aide aux victimes, peu crédible¹²²¹ ».

566.- Notons que la loi du 5 mars 2007 a fait du maire le pivot des politiques de prévention de la délinquance¹²²², par le biais de contrats locaux de sécurité (CLS), succédant aux précédents contrats locaux de sécurité et de prévention de la délinquance (CLSPD). Pour le CNV, cette loi se rajoute à la liste de celles qui ont contribué à placer, dès 2002, la sécurité « au cœur du débat » et à mener une « politique de fermeté »¹²²³.

567.- Notons également que le plan national triennal présenté en octobre 2009 fait de la vidéo-surveillance un axe majeur avec l'allocation d'une enveloppe budgétaire très importante, cette technique étant couramment présentée comme emblématique de la prévention situationnelle.

568.- En outre, aujourd'hui, le terme prévention est surtout utilisé dans un cas bien particulier, qui pourtant n'est pas recouvert par le champ traditionnel de la prévention¹²²⁴ : la récidive. En effet, nous avons vu plus haut que la prévention intervenait avant tout passage à l'acte. Ainsi, l'expression « prévention de la récidive » n'est pas appropriée¹²²⁵. Ce galvaudage ou cette sorte de confiscation partielle mais très significative de la notion et du contenu de la prévention, au service d'une politique et d'une action à forte teneur idéologique,

1221Conseil National des Villes, *Évolution des politiques de prévention de la délinquance*, CNV, 11 octobre 2010, p. 4.

1222Voir l'ordonnance n°2012-351 du 12 mars 2012 qui a inséré dans le code de la sécurité intérieure des dispositions relatives au rôle du maire dans la sécurité publique et la prévention. Article L132-1s du CSI. (NB : publication à une date non déterminée à ce jour de l'ordonnance précitée).

1223Le CNV rappelle que « Dès 2002, la sécurité de nos concitoyens a été placée au cœur du débat public. Face à une montée significative de la violence, une politique nouvelle a été mise en œuvre. Elle s'est notamment traduite par l'adoption de plusieurs textes législatifs -lois du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure, du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, du 12 décembre 2005 sur la récidive, du 5 mars 2007 sur la prévention de la délinquance- et par la création des Groupes d'intervention Régionaux (G.I.R) pour lutter contre l'économie souterraine. Une politique forte en direction des mineurs a été établie qui a vu notamment la création des centres éducatifs fermés (C.E.F), d'établissements pénitentiaires pour mineurs (E.P.M), l'accélération des procédures pénales applicables aux mineurs. Le développement salutaire de la vidéoprotection, gr ce à une enveloppe budgétaire portée à 20 millions d'euros pour l'année 2010, a constitué également l'un des axes forts de la politique de prévention figurant dans le plan national triennal annoncé en octobre 2009. Avec le recul, cette politique de fermeté était d'autant plus la bienvenue que l'on constate aujourd'hui encore une progression des faits de délinquance commis par des mineurs. Ces faits se déclinent dans trois champs principaux ». CNV, *Prévention de la délinquance des jeunes*, 2010, p. 8.

1224Voir *supra*.

1225La prévention de la récidive vise par définition des personnes ayant déjà commis une ou plusieurs infractions. Elle tend donc à mieux « encadrer » des individus déjà condamnés afin d'éviter un nouveau passage à l'acte.

ouvre une voie royale, légitimée par le discours public officiel, sur l'éloge de la précaution comme nouvelle génération de possibilités techniques d'évitement du risque. Ces nouvelles stratégies, qui s'appliquent au départ à des personnes ayant déjà eu un rapport avec la justice pénale, mais qui s'étendent progressivement à d'autres, jusqu'à concerner, peut être un jour, la société dans son ensemble, relèvent, à notre sens, plus de la précaution que de la prévention à proprement parler¹²²⁶.

569.- En guise de conclusion, nous retiendrons les injonctions de plus en plus nombreuses et fréquentes adressées à la « prévention » d'être productive de la sécurité. En même temps, les critiques formulées à l'endroit de la prévention actuelle mettent l'accent sur des contradictions de fond, notamment le brouillage des frontières entre prévention et sécurité. Or, la création de sécurité et la modification de contextes socio-environnementaux propices au développement de la criminalité constituent deux champs d'action se distinguant notamment dans leur mode opératoire et leur finalité. Les acteurs de la sécurité interviennent, eux, dans une logique réactive et situationnelle en empêchant les situations générant de l'insécurité. Leur action est visible et quantifiable avec des résultats immédiats. A l'inverse, les acteurs sociaux situent leur intervention sur un temps long et n'agissent que de manière indirecte (par l'intermédiaire du milieu) sur la délinquance ; leurs résultats sont difficilement lisibles et visibles pour le profane¹²²⁷.

570.- Que comprendre alors de ces nouvelles formes de « prévention » sinon qu'elles « préviennent » par le nom que l'on leur a donné et qu'elles s'apparentent davantage à des techniques de précaution, qui ont pour conséquence de mêler la répression à la prévention, en tout cas de combiner la surveillance et la contrainte à la prévention¹²²⁸ ?

¹²²⁶Voir *infra*.

¹²²⁷Voir sur ce point « La prévention spécialisée : enjeux actuels et stratégies d'action », Rapport du groupe de travail interinstitutionnel sur la prévention spécialisée, *op.cit.*, p. 56. Ce rapport distingue les acteurs éducatifs des acteurs de sécurité. D'où l'intérêt des évaluations des politiques de prévention. Par ces évaluations, il s'agit de mesurer l'efficacité et ainsi d'optimiser les coûts mais également de légitimer la prévention sociale que beaucoup récusent aujourd'hui.

¹²²⁸Selon la CNCDH, « l'essor de ces politiques [de prévention situationnelle notamment] a eu pour effet d'une part de restreindre les politiques de prévention sociale de la délinquance, et d'autre part de stigmatiser certaines populations et de les exclure de certains dispositifs : en partant du postulat selon lequel certaines catégories de la population (SDF, jeunes, etc.) sont plus dangereuses que d'autres, ces politiques modifient l'espace public pour procurer une impression de sécurité au plus grand nombre ». Avis de la CNCDH sur la prévention de la délinquance du 21 février 2013 précité.

II. LA DICHOTOMISATION PRÉVENTION/RÉPRESSION DANS LA RATIONALITÉ PÉNALE DE PRÉCAUTION

571.- Il semblerait ainsi que la « dichotomisation » prévention/répression¹²²⁹, qui attribue à l'une et à l'autre un sens très spécifique, ne soit plus d'actualité dans la rationalité pénale de précaution. Plusieurs éléments attestent de la confusion créée par la rationalité de précaution de ces deux aspects de la politique criminelle (A) et interrogent quant à une transfiguration objective de la prévention « traditionnelle » en précaution (B).

A. LA CONFUSION PAR LA RATIONALITÉ PÉNALE DE PRÉCAUTION DES DEUX ASPECTS DIFFÉRENCIÉS DE LA POLITIQUE CRIMINELLE

572.- Une certaine volonté de réunir à l'excès répression et prévention peut être décelée dans la rationalité pénale de précaution (1) au point que l'on peut se demander si la précaution ne constitue finalement pas une sorte de « répression préventive » (2).

1) La rationalité de précaution gouvernée par une volonté de fusion de la répression et de la prévention

573.- Qu'elle soit ou non le fait d'intentions politiques explicites ou implicites de réaliser une synthèse réussie des antagonismes, la volonté de fusion de la répression et de la prévention, à des fins d'efficacité rationnelle, est manifeste dans la rationalité de précaution.

574.- Nous retrouverons ce mélange de la répression et de la prévention sous l'expression de « politique intégrée », que Raymond Gassin, notamment, utilise pour décrire un certain type de politique criminelle. Cette politique intégrée combine des mesures de prévention et de répression et aurait été amorcée, selon l'auteur, par le décret du 17 juillet 2002 créant les CLSPD qui réunissent les objectifs des CLS et ceux des CCPD¹²³⁰. Nous voyons, en effet, à travers les contenus évolutifs de ces sigles et par la proximité notionnelle et d'action qu'ils suggèrent au sein d'un même espace institutionnel, la volonté de réunir la sécurité et la prévention.

1229 Étudiée en I, voir *supra*.

1230 R. GASSIN, *op.cit.*, p. 587. Les CLS et CCPD ont été évoqués *supra*

575.- De manière tout aussi visible, sous le paradigme de la précaution, des mesures dites de prévention de la récidive présentent un fort caractère coercitif et liberticide, ce qui leur donne une dimension afflictive et punitive¹²³¹. Dès lors, on peut se demander si dans la rationalité de précaution, la prévention et la répression, d'ordinaire distinguées¹²³² ne tendent pas à se rejoindre dans les hypothèses où l'acte empêché est extrêmement redouté (dans ses probabilités d'occurrence ou dans sa nature même). Dans ces situations, le danger est appréhendé de manière tellement négative et pessimiste¹²³³, qu'il semblerait qu'une prévention classiquement entendue n'est pas adéquate, laissant apparaître alors la nécessité d'y adjoindre une dose de répression. La précaution ambitionne de lutter contre les échecs de la prévention classique, les défaillances de cette dernière apparaissant elles-mêmes comme un risque à éliminer.

576.- Dans tous les cas, sous le règne de l'utopie de la précaution¹²³⁴, la moindre menace doit pouvoir être évitée et cette « évitabilité » reconnue à certains risques dont le nombre s'accroît, tend à se généraliser dans tout le corps social et à s'imposer comme principe incontournable autant que comme méthode d'action publique ou/et privée, rendant ou espérant rendre indolores - en tout cas acceptables, les entorses aux libertés. Dans l'empire de la précaution, le risque et son évitabilité sont consubstantiels ; toute décision et toute action doivent viser à conserver cette consubstantialité ou à la restaurer quand elle a été troublée¹²³⁵. Dans cette optique, et dès lors que la défense sociale apparaît comme justifiant tous les moyens (y compris répressifs et *ante delictum*), la prévention peut se trouver pervertie par une attitude précautionniste poussée à son extrême.

577.- En outre, avec la précaution, on entre dans le nouvel ordre protectionnel décrit plus haut¹²³⁶, où la « prévention » actuelle, que l'on observe notamment dans le changement des stratégies des politiques sociales, vise la participation accrue des publics concernés, dont l'objectif est celui de leur responsabilisation¹²³⁷. Cette responsabilisation individuelle par la menace de sanctions pour non respect des règles illustre assez bien les

1231 Voir *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

1232 Voir *supra*.

1233 Voir la posture catastrophiste qui peut découler du principe de précaution, *supra*.

1234 Voir *supra* à propos de l'utopie de la précaution.

1235 Ainsi, quand le risque n'aura pas été évité, on cherchera à trouver les responsables de l'absence de prise de précautions. Voir *infra* sur l'extension de la responsabilisation dans le temps et dans l'espace.

1236 Voir *supra*, Titre 1, Chapitre 1.

1237 Voir *infra* sur la responsabilisation par la précaution. L'attitude et la logique précautionneuses seraient à l'origine de la mise en place des mesures de responsabilisation des sujets concernés.

aboutissants, dans le domaine pénal, de la fusion entre prévention et répression (*a minima*, une surveillance ou une contrainte), et que sous-tend le paradigme de la précaution. Elle est au centre des programmes dans lesquels les sanctions sont données à la fois pour rappeler aux individus concernés les liens qui les unissent à la société et leur assurer qu'ils en font encore partie malgré les écarts aux normes sanctionnés, et pour leur signifier que la répétition de ces écarts voire la nature de certains peut cependant entraîner leur exclusion (qui signifie la perte des droits pour non accomplissement des devoirs). La distinction entre ces sanctions que nous qualifierons de paradoxales et les sanctions pénales proprement dites réside dans le fait que le but réel des premières est de rappeler que les individus font toujours - doivent en tout cas faire - partie de la communauté tandis que les secondes visent principalement la punition de ceux qui ont fauté¹²³⁸.

578.- L'évolution de la prévention de la délinquance juvénile est exemplaire du déplacement qui s'opère de l'accompagnement des jeunes et de l'intervention sur leur milieu vers l'exigence de leur responsabilisation ainsi que celle de leurs parents. La loi de l'égalité des chances du 31 décembre 2006 avait ouvert la voie à cette évolution particulière de la « prévention » de la délinquance des jeunes en créant un contrat de responsabilité parentale (CRP)¹²³⁹. La responsabilisation des parents a été parachevée par la loi du 5 mars 2007 intitulée « Prévention de la délinquance », qui prévoit, de manière plus contraignante,

1238 Sur l'analyse de la sanction punitive en fonction de sa finalité, voir les arrêts du conseil constitutionnel, cités *infra*.

1239 Sur les modalités du CRP, voir J.-M. BOCKEL, Secrétaire d'Etat à la Justice, *La Prévention de la Délinquance des Jeunes*, Rapport remis au Président de la République, novembre 2010, p. 31. Proposé par le Président du Conseil général aux parents ou au représentant légal du mineur, qui disposent d'un délai de quinze jours pour donner leur accord, le CRP est d'une durée de 6 mois renouvelable (durée maximale d'un an donc). Il peut être proposé dans plusieurs situations : sur la propre initiative du Conseil général ; consécutivement à la saisine du Conseil général par l'Inspection Académique pour des situations d'absentéisme ; consécutivement à la saisine du Conseil général par le chef d'établissement pour des troubles causés au sein de l'établissement ; consécutivement à la saisine du Conseil général par le Préfet, le Maire, l'Inspecteur d'Académie, le chef d'établissement ou l'organisme débiteur des prestations familiales pour toute difficulté liée à une carence de l'autorité parentale. Les motifs de sa mise en place figurent au contrat, qui rappelle les obligations légales et l'engagement des parents et formule des mesures d'aide et d'action sociale. Il fixe également une durée et des modalités de réexamen de la situation et rappelle les sanctions encourues : les sanctions prévues en cas de non-signature du contrat ou du non-respect de ses obligations. Tout ou partie des prestations familiales afférentes au mineur concerné peut être suspendue (articles L. 222-4-1 du code de l'action sociale et des familles et L. 552-3 du code de la sécurité sociale).

plusieurs dispositifs dans ce sens : les stages parentaux, les mesures de rappel à l'ordre dévolues au Maire¹²⁴⁰, les conseils pour les droits et devoirs des familles (CDDF)¹²⁴¹.

579.- Le rapport relatif à la « Prévention de la délinquance des jeunes » remis en novembre 2010 par Jean-Marie Bockel au président de la République, Nicolas Sarkozy, sur sa demande, a pour ambition de « construire une politique publique de la responsabilisation des parents »¹²⁴². Si un tel rapport ne constitue pas en soi une politique de prévention, il peut inspirer cette dernière et il traduit surtout les préoccupations des experts qui relaient les attentes de la population et celles du corps politique. D'ailleurs ce rapport est révélateur des tendances générales en la matière comme le démontrent, par exemple, la recommandation du Conseil de l'Europe du 24 septembre 2003 (2003-20)¹²⁴³ ainsi qu'une analyse comparatiste des politiques de lutte contre la délinquance juvénile en Europe¹²⁴⁴, prônant les mêmes attentes à l'égard des parents¹²⁴⁵.

580.- Le rapport Bockel recommande la mise en place d'une politique de « prévention » axée principalement sur la responsabilité des parents. Il préconise la multiplication des stages parentaux et un meilleur encadrement de ces derniers :

1240Ces procédures permettent aux maires de convoquer les mineurs et leurs représentants légaux pour leur rappeler les termes de la loi. Elles sont prévues par l'article 11 de la loi du 5 mars 2007 « *lorsque des faits sont susceptibles de porter atteinte au bon ordre, à la sûreté, à la sécurité et à la salubrité publique, le maire ou son représentant désigné peut procéder à l'endroit de leur auteur au rappel des dispositions qui s'imposent à celui-ci pour se conformer à l'ordre et à la tranquillité publiques, le cas échéant en les convoquant en mairie. Le rappel à l'ordre d'un mineur intervient sauf impossibilité en présence de ses parents, de ses représentants légaux ou d'une personne exerçant une responsabilité éducative à l'égard de ce mineur* ». Ce dispositif permet au maire d'adresser aux mineurs et à leur famille des injonctions verbales en vertu de ses pouvoirs de police. Rapport précité, p. 27.

1241Il revient au maire la faculté de constituer un tel conseil. Il peut consister en un simple rappel des droits et devoirs des parents ou une proposition d'accompagnement. Mais il peut également conduire à la saisine du Conseil général pour la mise en place d'un dispositif plus contraignant allant jusqu'à la suppression des allocations familiales ou encore à la saisine du juge des enfants en cas de danger pour l'enfant.

1242Rapport précité, p. 13.

1243Le paragraphe 10 de cette recommandation dispose : « *Il conviendrait d'encourager les parents (ou les tuteurs légaux) à prendre conscience de leurs responsabilités envers le comportement délictueux des jeunes enfants et à les assumer. Ils devraient être présents aux audiences des tribunaux (à moins que cela ne soit considéré comme allant à l'encontre du but visé) et, lorsque les circonstances le permettent, se voir proposer aide, soutien et conseil. Si cela se justifie, ils devraient être tenus d'accepter un accompagnement psychosocial ou de suivre une formation à l'exercice des responsabilités parentales, de veiller à ce que leur enfant fréquente l'école et d'assister les organismes officiels dans l'exécution des sanctions et mesures dans la communauté* ».

1244On trouve dans d'autres systèmes des aspects de responsabilité parentale, notamment en Angleterre (ordonnance parentale instituée par une loi de 98) et en Espagne (où elle ne figure qu'au stade de projet de loi). V. pour cette analyse comparative de différents droits des pays membres de l'Union Européenne : Sénat, *La lutte contre la délinquance juvénile*, Note de synthèse.

1245Contra, voir l'avis de la CNCDH sur la prévention de la délinquance du 21 février 2013. La CNCDH se prononce pour la participation des parents mais renonce à une approche conduisant à contrôler des parents considérés comme défaillants. Elle recommande en revanche de renforcer les dispositifs de soutien à la parentalité (avis précité, p. 4).

- « Imposer ces stages dans un cadre contraint à toute famille, dont les manquements sont avérés ;
- Aboutir, à l’instar de l’expérience menée par le TGI de Paris, à des engagements écrits pris par les parents, consacrés par un protocole d’intervention, un rapport étant adressé au parquet mandant ;
- Assortir ces stages, en cas de non respect des convocations et de mise en échec volontaire, de sanctions et de poursuites systématiques sur la base des dispositions de l’article 227-17 du code pénal¹²⁴⁶ »¹²⁴⁷.

581.- Ensuite, le rapport énonce plusieurs autres préconisations qui poursuivent la responsabilisation des parents telles que la généralisation de la contrainte pesant sur les parents dans les « classes relais »¹²⁴⁸ à d’autres dispositifs comme l’opération « Ouvrir l’école aux parents pour réussir l’intégration »¹²⁴⁹ ou plus simplement la dévolution aux parents de l’obligation scolaire¹²⁵⁰.

582.- C’est aussi « une nouvelle économie de la sanction parentale » que promeut le rapport en affirmant que « Toute politique de prévention de la délinquance juvénile n’a de sens que si des sanctions accompagnent systématiquement la mise en échec volontaire des mesures prononcées pour l’accompagnement des familles. La pénalisation de l’irresponsabilité parentale est le pendant de l’aide et du soutien apportés à ces responsabilités. La sanction doit être appréciée non seulement comme une menace, mais aussi comme un levier de la responsabilité parentale et des obligations qui y sont liées. Cette nouvelle politique que la mission appelle de ses vœux doit mobiliser tous les acteurs ayant à connaître des défaillances de l’autorité parentale. De l’échelon local à l’échelon national, en

1246Voir *infra* sur cet article.

1247Rapport précité, p. 15.

1248Les classes-relais sont des structures qui accueillent, avec l’accord des parents, des élèves entrés en rupture avec l’institution scolaire. Les parents y sont invités à participer à la « remobilisation » de leurs enfants et s’ils sont défaillants ou s’absentent à un rendez-vous, ils peuvent être convoqués, le cas échéant, par les services de police. Le rapport précité souhaite généraliser cette dimension de contrainte à d’autres dispositifs visant à impliquer les parents.

1249Rapport précité, p. 25. L’opération « Ouvrir l’école aux parents pour réussir l’intégration » lancée en 2008-2009 vise l’apprentissage de la langue française et des valeurs républicaines, des droits et devoirs des parents et enfants ; actuellement sur la base du volontariat, le rapport souhaite rendre ce dispositif contraignant.

1250Selon les auteurs du rapport, « L’obligation scolaire doit être aussi l’obligation des parents qui doivent se l’approprier. ». Rapport précité, p. 23.

passant par les départements, une pédagogie des sanctions applicables doit être mise en œuvre »¹²⁵¹.

583.- Cette insertion des familles dans les programmes de prévention doit aussi être placée sous le régime de la sanction paradoxale, que nous évoquions plus haut¹²⁵² et que nous pourrions aussi nommer « sanction carotte-b ton ». La responsabilité parentale est caractérisée par cette finalité duale censée à la fois conférer une sorte de reconnaissance officielle aux parents de leur statut parental mis à mal et/ou mis en doute par les circonstances de la vie, en leur restituant, selon une forme ritualisée, la dignité, les privilèges et les avantages individuels et sociaux (responsabilité avec avantages et droits : la carotte), et faire jouer la menace de sanction en cas de transgression des règles (responsabilité avec devoirs : le b ton).

584.- Pour construire cette nouvelle économie de la sanction parentale, le rapport propose de généraliser les mesures de rappel à l'ordre et de « concevoir leur utilisation dans le cadre d'une alternative aux poursuites ou d'un classement sous condition ordonné par le parquet, ce qui permettrait de les inscrire dans le champ des réponses à apporter aux premiers actes de délinquance »¹²⁵³. Cette préconisation révèle remarquablement la volonté de fusion entre prévention et répression dans une politique criminelle de précaution. Conçu au départ comme un rappel solennel, par un représentant élu (le maire) des obligations s'imposant à l'individu concerné, le rappel à l'ordre devrait s'ajouter à la liste des alternatives aux poursuites¹²⁵⁴, qui, bien que faisant l'économie d'un procès, s'inscrivent dans le processus pénal.

585.- Aussi, le rapport propose de rendre obligatoire les CDDF dans toutes les communes de plus de 10 000 habitants¹²⁵⁵, sachant que ce dispositif peut se solder par la suppression des allocations familiales entendue comme sanction des parents lorsqu'il est estimé qu'ils ont failli à l'éducation de leur(s) enfant(s), et souhaite renforcer le CRP en y incluant comme mesure possible le stage parental¹²⁵⁶.

1251 *Ibid.*, p. 25.

1252 Voir *supra*.

1253 Rapport précité, p. 28.

1254 Voir *infra* sur la multiplication des réponses pénales.

1255 Rapport précité, p. 32.

1256 *Ibid.*, p. 34.

586.- Le lien désormais établi entre prévention de la délinquance des jeunes et répression des parents par leur « responsabilisation » dans leur mission d'éducation est encore affermi par le rapport lorsqu'il va jusqu'à affirmer la nécessité de « créer les conditions d'une politique pénale des manquements volontaires à l'exercice de l'autorité parentale »¹²⁵⁷. La responsabilisation des parents, au besoin en passant par la pénalisation de leurs manquements¹²⁵⁸, constitue un instrument nouveau très pratique et peut-être trop commode, certains diraient, de lutte contre la délinquance. Créer une politique pénale de ce qui relevait du social, voilà l'ambition de la précaution. La menace du pénal en cas des manquements parentaux est alors agitée en guise de précaution. Plus précisément, dans un premier temps, la menace pénale vise à éviter et à prévenir les carences parentales tout en ayant recours à des mesures contraignantes non pénales, qui réaffirment aux parents défaillants qu'ils font encore partie du programme, donc de la société (sanctions paradoxales), et en cas d'échec de cette prévention-sanction, la menace se réalise dans la sanction répressive¹²⁵⁹.

587.- Enfin, le rapport souhaite la suppression des notions de « motif légitime » ou « d'excuse valable » prévues par les articles 227-17 et 222-17-1 du code pénal qu'il récuse au motif qu'elles obstruent l'application des ces articles¹²⁶⁰. Le rapport veut donc éliminer ces notions qui arracheraient certains faits aux griffes pénales. Cette exigence de sévérité et ce souci de répression laissent deviner comment le principe de précaution a « travaillé » les auteurs du rapport. Si le rapport, que l'on considère comme un miroir reflétant les passions et les tentations précautionneuses tout autant que les hésitations et les stratégies face à la tentacule précautionniste, souhaite que certains faits ne bénéficient pas de motif légitime ou d'excuse valable, il se situe donc dans une prévention répressive, et, à l'inverse, les notions dont il est ici question « profitent » aux personnes auteurs des faits concernés, ce qui place le code dans une répression préventive.

¹²⁵⁷*Ibid.*, p. 32.

¹²⁵⁸Cf. utilisation de l'article 227-17 CP relatif au délaissement matériel et moral. Voir *supra*.

¹²⁵⁹Rappelons, par ailleurs, que la « politique pénale », qui est visée par le rapport, est celle créée par les parquets, sous l'autorité de la chancellerie, et valable dans leur ressort. Il s'agit notamment, par l'établissement d'une politique pénale, d'insister sur les faits qui doivent faire l'objet d'un traitement pénal.

¹²⁶⁰Rapport précité, p. 34. L'article 227-17 du code pénal dispose : « *Le fait, par le père ou la mère, de se soustraire, sans motif légitime, à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende./ L'infraction prévue par le présent article est assimilée à un abandon de famille pour l'application du 3° de l'article 373 du code civil* ». Et l'article 227-17-1 alinéa premier du même code : « *Le fait, par les parents d'un enfant ou toute personne exerçant à son égard l'autorité parentale ou une autorité de fait de façon continue, de ne pas l'inscrire dans un établissement d'enseignement, sans excuse valable, en dépit d'une mise en demeure de l'autorité de l'État compétente en matière d'éducation, est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende* ».

588.- En définitive ce rapport nous donne l'opportunité d'apprécier et, avec un peu plus d'analyse, d'évaluer les effets que le principe de précaution a sur les volets préventifs et répressifs d'une politique criminelle. Il nous permet d'assister au travail de ce principe sur le contenu de la prévention et sur le contenu de la répression, sur les frontières entre les deux volets traditionnellement et doctrinalement séparés. Dans ce texte comme dans maints autres rapports, discours et actions publics, nous pouvons voir comment le principe de précaution travaille, soit souterrainement, soit tout à fait ouvertement, la prévention comme la répression, brouillant les territoires. Le principe de précaution pénètre la prévention comme elle s'insinue dans la répression et bouscule les compétences antérieurement si bien définies.

589.- On peut alors voir se constituer symétriquement, sous l'action et la pression du principe de précaution, non plus une prévention à fort caractère coercitif mais une répression préventive¹²⁶¹.

2) La précaution : une forme de répression préventive ?

590.- Dans cette hypothèse, on envisage, entre autres, que les mesures dites de sûreté sont en réalité des peines dont l'objet ne réside pas seulement dans une punition redondante par rapport à la peine principale mais aussi dans la protection de la société¹²⁶². Comme elles sont désignées « mesures de sûreté », ces nouvelles dispositions expriment de manière explicite la volonté de la majorité parlementaire à ce moment précis de l'histoire de la République Française de satisfaire à la demande de sécurisations accrues, au risque de sombrer dans une idéologie sécuritaire. Les mesures de sûreté sont en réalité une concession idéologique aux demandes de sécurisation émanant de la population (demandes légitimes ou au-delà de leur légitimité, instrumentalisées au service d'une utopie imprégnée des relents populistes) en infligeant, au passage, aux condamnés ayant purgé leur peine, une nouvelle peine, mettant à mal le principe de l'acquittement par la peine des dettes contractées par un individu envers la société (rétribution).

¹²⁶¹Certes, depuis toujours, en pénal et dans toutes les sphères de la vie familiale ou sociale, punir comporte en soi une dimension dissuasive et poursuit l'exemplarité. Mais ce qui se produit sur la répression sous l'influence du principe de précaution va au-delà de ces objectifs.

¹²⁶²Nous verrons *infra* les caractères et finalités des mesures de sûreté ainsi que ceux de la peine et leurs évolutions. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

591.- Parmi les mesures de sûreté que nous avons déjà qualifiées de mesures de précaution¹²⁶³, rappelons que la rétention de sûreté a plusieurs fois été portée au rang de peine, et plus précisément de peine après la peine, par la doctrine¹²⁶⁴. D'autres mesures participant de la précaution comme aspect majeur de la politique criminelle actuelle et présentant un fort caractère liberticide peuvent alors s'analyser en sanctions¹²⁶⁵. C'est le cas, par exemple, de la détention provisoire qui, selon le code de procédure pénale, est une mesure susceptible d'être prononcée à titre de mesure de sûreté¹²⁶⁶ et qui a été étendue en 2002¹²⁶⁷. Comme le soulève Laura Aubert, « la question de la détention avant jugement est tout aussi centrale par rapport à celle relative à la gestion des risques, puisque c'est au nom du ou des risques que ferait courir la remise en liberté d'un individu que sont prises les décisions en la matière »¹²⁶⁸. La loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice a eu pour effet de faciliter le placement des mineurs en détention provisoire (également en centres éducatifs fermés) et d'élargir les possibilités de détention provisoire des majeurs¹²⁶⁹. Et la loi du 27 mars 2012 relative à la programmation de l'exécution des peines tend à généraliser le placement en centre éducatifs fermés au titre du contrôle judiciaire s'appliquant aux

1263 Voir *supra*.

1264 Voir notamment R. BADINTER, « une peine après la peine », *op.cit.*

1265 Sur la distinction (illusoire) peine/mesure de sûreté, voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

1266 En effet, l'article 137 du code de procédure pénale (modifié par la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009) est ainsi rédigé : « Toute personne mise en examen, présumée innocente, demeure libre. Toutefois, en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté, elle peut être astreinte à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire ou, si celles-ci se révèlent insuffisantes, être assignée à résidence avec surveillance électronique. À titre exceptionnel, si les obligations du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence avec surveillance électronique ne permettent pas d'atteindre ces objectifs, elle peut être placée en détention provisoire. » D'après cet article, la détention provisoire pourrait être ordonnée à titre de mesure de sûreté renforcée. À titre de mesure de sûreté, l'individu peut être placé sous contrôle judiciaire, et si cela est insuffisant, être assigné à domicile sous surveillance électronique. Et si aucune de ces deux mesures n'apparaît suffisante, la détention provisoire peut être ordonnée.

1267 Relevons que le Rapport parlementaire d'information de Dominique Raimbourg propose de limiter le placement et la durée de la détention provisoire (propositions 11 à 18). D. RAIMBOURG, « Penser la peine autrement : propositions pour mettre fin à la surpopulation carcérale », Rapport parlementaire d'information de l'Assemblée nationale du 23 janvier 2013 n°652/2013. Voir aussi CH. LAZERGES, « Du consensus sur la prévention de la récidive », *RSC* 2013, p. 191.

1268 L. AUBERT, « Plaidoyer pour une nouvelle approche de la détention avant jugement », *RSC* 2012, p. 454s. Au travers d'une comparaison entre trois systèmes (belge, canadien et français), l'auteure relève une diminution du nombre de prévenus en France mais un allongement des durées de la détention provisoire. Néanmoins, même s'il a baissé, le taux de détention provisoire de 2007 est proche de celui des années 1980. En outre, cette diminution peut s'expliquer par la diminution du taux de saisine des juges d'instruction et par l'utilisation massive de procédures rapides telles que la comparution immédiate. De plus, le pourcentage des placements en détention provisoire par rapport au nombre de saisines du juge d'instruction reste stable.

1269 Concernant les mineurs, la loi du 9 septembre 2002 a élargi la possibilité de « retenue » pour les mineurs de 10 à 13 ans et a institué la possibilité de placer ceux de 13 à 16 ans en détention provisoire, sous certaines conditions. S'agissant des majeurs, cette loi a permis une prolongation possible de la durée de la détention provisoire dans certaines situations. Elle a également institué la procédure de « référé-détention » (pour contrebalancer la possibilité offerte pour le détenu de former un référé-liberté). Enfin, cette loi a abaissé le seuil de placement en détention provisoire à de 5 ans à 3 ans d'emprisonnement encourus pour les délits contre les biens du livre III du code pénal (désormais, quel que soit le délit, le placement en détention provisoire est possible dès lors que la peine encourue est de 3 ans minimum).

mineurs dès lors qu'ils sont jugés particulièrement dangereux¹²⁷⁰. Sachant que si une condamnation a lieu, le temps de détention provisoire effectuée sera décompté de la peine prononcée, on peut dire de la détention provisoire qu'elle constitue une peine avant la peine (répression préventive). En quelque sorte, elle inflige, en prévention d'un jugement à venir, une sanction matérialisée par un enfermement.

592.- En outre, le recours à la détention provisoire qui obéit à des critères légaux est aussi largement guidé par l'appréciation, faite par le décideur, du risque présenté par le mis en examen. Certes, l'article 144 du code de procédure pénale précité précise que la détention provisoire ne doit être utilisée que si elle est le seul moyen de conserver les preuves et/ou indices matériels ; d'empêcher une pression sur les témoins ou sur les victimes ; d'éviter une concertation frauduleuse entre la personne mise en examen et ses complices ; de protéger le mis en examen ; de mettre fin à l'infraction et/ou d'éviter son renouvellement ; de garantir le maintien de l'intéressé à la disposition de la justice ; de préserver l'ordre public. Mais dans l'application de ces critères légaux, les juges sont forcés, comme le souligne Laura Aubert, de recourir à « des critères d'appréciation qui « objectiveraient » le risque ou les risques potentiels que pourrait faire courir la remise en liberté d'un individu »¹²⁷¹ et finalement, les juges ont pour mission d' « évaluer le caractère « assumable » d'un risque au regard des critères définis par le législateur »¹²⁷². Et dans l'ère précautionniste qui conduit à une responsabilisation accrue de tous les acteurs¹²⁷³, le dernier juge à se prononcer est susceptible d'endosser « le risque potentiel d'une erreur d'appréciation ». Il est donc à craindre comme le souligne Laura Aubert que « la « logique de sécurisation » [finisse] par être supplantée par une « logique immunitaire » visant d'abord et avant tout à se protéger d'une éventuelle mise en cause »¹²⁷⁴. L'auteure interroge alors sur l'application, par les magistrats, de la logique du principe de précaution en cas d'incertitude et note que certains travaux¹²⁷⁵ ont conclu à une

1270 Voir le rapport sur les grandes orientations de la politique d'exécution des peines annexé à la loi du 27 mars 2012 (cité *supra*, Chapitre précédent). Il est prévu de créer de nouveaux CEF, lesquels accueillent depuis la loi du 10 août 2011, dans le cadre du contrôle judiciaire, des mineurs de 13 à 16 ans sous contrôle judiciaire auteurs de faits punis de cinq ans d'emprisonnement lorsqu'il s'agit de violences volontaires, d'agressions sexuelles ou de délits commis avec la circonstance aggravante de violences

1271 L. AUBERT, *op.cit.*

1272 *Ibid.*

1273 Voir *infra*.

1274 L. AUBERT, *op.cit.*

1275 M.-M. COUSINEAU, « La détention provisoire en Québec : éléments de connaissance et propositions de réflexions », *Criminologie*, vol. 28, n° 2, pp. 5-26. Le doute mis en avant dans cet article est celui lié à la difficulté de prédiction du comportement futur de l'intéressé ; S. Snacken, « Analyse des mécanismes de la surpopulation pénitentiaire », in PH. MARY, TH. PAPAETHODOROU (Eds), *La surpopulation pénitentiaire en Europe. De la détention avant jugement à la libération conditionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 9-31. Dans cette étude, l'incertitude relevée procède de facteurs organisationnels (charge de travail, manque de temps, manque

tendance à minimiser le risque d'erreur et à privilégier par conséquent le placement en détention provisoire¹²⁷⁶.

593.- De surcroît, la précaution est génératrice d'un droit pénal prédictif¹²⁷⁷ ou droit pénal de l'anticipation¹²⁷⁸. En règle générale, comme nous l'avons vu plus haut, le droit pénal ne s'exerce qu'après la commission d'une infraction¹²⁷⁹ et c'est la prévention qui intervient avant le passage à l'acte. La précaution construit une combinaison dangereuse entre droit pénal et prévention. Le droit pénal, sous le paradigme de la précaution, n'est plus seulement un droit sanctionnateur mais également l'instrument d'une répression préventive, et la politique criminelle ne vise plus seulement à prévenir les infractions et à les sanctionner mais aussi à être précautionniste à chaque instant, en punissant avant, après, et avant l'après - ou avant le supposé après¹²⁸⁰. Dans cette optique, le succès de la répression en amont se mesurerait donc à l'unique lumière du non passage ou plutôt du non repassage à l'acte redouté.

594.- Face aux menaces qu'elle pointe, la précaution comme modalité d'une politique criminelle sécuritaire engendre en quelque sorte une nouvelle menace pour ses cibles. Pour Eric Ciotti, président du Conseil général des Alpes-Maritimes, auditionné par Jean-Marie Bockel, « la simple menace de la sanction a un effet dissuasif »¹²⁸¹. Alors la précaution est bien répressive car elle emprunte les caractères associés traditionnellement à la répression, tels que la dissuasion. Pour que la précaution produise ses effets, la possibilité de correction en cas de défaillance est une exigence. La précaution, dans son essence même, comporte un facteur de coercition, de correction et de punition et conduit à l'avènement d'une répression préventive.

d'information).

1276 Laura Aubert, se référant à plusieurs travaux, note une gestion discriminatoire (GARCEAU 1990), la détention provisoire touchant les personnes les plus démunies socialement et économiquement (il est plus difficile pour ces personnes de présenter des garanties de représentation). Et cette gestion discriminatoire opère aussi après le jugement : plusieurs travaux (KOZA et DOOB, 1975 ; GRAVEL, 1991 ; KELLOUGH et WORTLEY, 2002) relèvent que la probabilité de plaider coupable ou d'être déclaré coupable au moment du procès, ou encore d'être condamné à des peines plus lourdes, augmente lorsque l'intéressé a été incarcéré avant jugement.

1277 J.-P. JEAN, *Le système pénal, op.cit.*, p. 28.

1278 M. MASSÉ, J.-P. JEAN, A. GIUDICELLI, *Un droit pénal post-moderne ? op.cit.*

1279 Bien que l'adage « *nemo censetur ignorare legem* » est omniprésent et exerce ainsi une fonction préventive.

1280 Punir dans un sens large, englobant la surveillance, qui, dans ses dimensions les plus contraignantes, non seulement est vécue comme une punition mais aussi pourrait l'être de manière objective.

1281 Voir le Rapport Boeckel précité, p. 34, sur l'utilité de la sanction des parents en cas d'inobservation des injonctions formulées lors des différents dispositifs contraignants évoqués plus haut.

595.- Mais la précaution peut aussi et surtout s'analyser en une prévention transformée sous l'effet d'une nouvelle appréhension du réel¹²⁸². Notre nouvelle manière de comprendre et de saisir le réel a transformé la prévention et l'intervention de la précaution dans cette nouvelle saisie du réel a pu donner naissance à une forme de prévention en voie de mutation.

B. LA PRÉCAUTION : UNE MUTATION DE LA PRÉVENTION ?

596.- Nous avons souligné à plusieurs reprises que le principe de précaution venait s'ajouter aux autres modes de gestion des risques¹²⁸³ en matière environnementale et sanitaire. Mais la particularité de la précaution réside dans sa double nature, à la fois en tant que mode d'intervention et en tant que principe. En tant que mode de gestion des risques, à côtés d'autres modes, la précaution tend à éclipser les autres, ou à les impliquer dans une spirale dans laquelle l'on va toujours plus en amont des risques réels ou supposés. Dès son « sacre », c'est-à-dire dès sa consécration dans les textes internationaux et nationaux¹²⁸⁴, le principe de précaution tend à « précautionnaliser » tous les autres modes de gestion en y imprimant sa propension expansionniste. Nous assisterions alors à la précautionnalisation des programmes de gestion des risques dans l'expansion de la méthode, de l'attitude, de la décision précautionnistes, avec une version nouvelle des modes de gestion.

597.- Nous étudierons cette première hypothèse de prolongement de la prévention par la précaution dans le domaine pénal (1) avant de nous interroger sur le fait, que dans cette matière bien particulière, la précaution vient progressivement remplacer la prévention (2). Avec sa tendance à « dicter sa loi », la précaution finira peut être par coloniser intégralement la prévention.

1) La précaution comme prolongement ou modalité de la prévention

598.- Le prolongement de la prévention par la précaution s'opère dans l'espace, par l'annexion de nouveaux domaines d'intervention, mais également dans le temps, dont l'exemple non abouti serait le repérage précoce des enfants qui présenteraient des signes

1282 Cette nouvelle appréhension du réel a été décrite dans le chapitre précédent.

1283 Voir *supra* (Introduction).

1284 *Idem*.

précurseurs d'un engagement dans la voie de la délinquance¹²⁸⁵. L'usage du terme « modalité » signifierait, quant à lui, qu'avec la précaution comme principe et méthode, la prévention se découvre de nouveaux modes d'intervention.

599.- En opérant une sorte de mesure cadastrale des territoires d'intervention (de la prévention traditionnelle d'abord, et de la précaution ensuite), il est possible de repérer des différences substantielles entre précaution et prévention classique, et d'affirmer que la première est en réalité une sorte d'application modernisée (par une nouvelle saisie du réel) de la prévention.

600.- La première observation est que la précaution ne correspond pas à la prévention *stricto sensu*, si l'on considère leurs modalités d'action respectives. Raymond Gassin décrit la prévention comme un art¹²⁸⁶, dont l'activité suppose plusieurs opérations fondamentales : « l'analyse de l'état de la criminalité, le choix des « cibles » de prévention, la détermination de la théorie de base, la définition des objectifs de prévention, la sélection des types de prévention, la détermination de l'autorité compétente pour exercer une activité de prévention et l'évaluation scientifique de l'activité de prévention »¹²⁸⁷. Nous prenons cette construction de la prévention pour la comparer à celle de la précaution :

1285L'abandon des préconisations de dépistage précoce contenu dans le Rapport de l'INSERM « Troubles des conduites chez l'enfant et l'adolescent » publié en 2005 est d'ailleurs preuve d'une subsistance de résistance à la poussée précautionniste en France.

1286Pour Raymond Gassin, « la prévention est un art, ce terme étant entendu au sens d'une activité qui doit se soumettre à un ensemble de règles si l'on veut qu'elle soit menée à bonne fin ». R. GASSIN, *op.cit.*, n° 935, p. 772.

1287Ibid., n° 936, pp. 772-773, développements p. 773s.

PREVENTION ¹²⁸⁸	PRECAUTION
<u>Analyse préalable de l'état de la criminalité</u> 1°analyse de la répartition géographique de la criminalité dans l'aire géographique considérée 2°analyse de la structure de cette criminalité selon les infractions, les délinquants et les victimes 3°évolution dans le temps de ce double ensemble sur une période à déterminer dans chaque cas particulier	Analyse de la dangerosité individuelle
<u>Choix des cibles de prévention</u> Définition des populations, plus ou moins larges, à risque, des situations à risques et des processus à risque (procédure à quatre étapes : hypothèse, test sur échantillon, correction et application généralisée)	Focalisation sur des individus, figures de dangerosité ¹²⁸⁹
<u>Détermination de la théorie de base</u> Recherche de la causalité du risque (en fonction de la théorie criminologique choisie)	Idéologie précautionniste ¹²⁹⁰
<u>Définition des objectifs de prévention</u> Détermination d'objectifs d'une manière précise, de manière à faire disparaître les facteurs de risque	Mise à l'écart de l'individu porteur de dangerosité
<u>Sélection du type de prévention</u> Sélection en fonction des travaux d'évaluation des programmes de prévention (avant approche idéologique en l'absence d'évaluation)	Incapacitation totale ou incapacitation formelle ¹²⁹¹
<u>Détermination de l'autorité compétente</u> Services sociaux, police, public (population à risque ou public proprement dit)	Autorité judiciaire ou autorité médicale
<u>Évaluation scientifique (nécessité)</u>	Évaluation non prévue du programme de précaution ¹²⁹²

601.- Ce tableau permet d'entrevoir les différences de fonctionnement entre la prévention et la précaution. Si toutes deux ont pour objectif d'empêcher la perpétration d'infractions, leurs modalités se distinguent nettement. A la lumière de ce tableau, il semble qu'une juxtaposition des différents types d'actions préventives, qu'elles soient classiques ou d'inspiration précautionniste, exprime mieux la prévention actuelle qu'un remplacement pur et

1288A partir des critères du bon exercice de l' « art de la prévention » donnés par R. GASSIN, *op.cit.*

1289Voir *supra*.

1290Voir *supra*.

1291Voir *supra*.

1292Mais comme nous l'avons entrevu dans le chapitre précédent, l'évaluation de la dangerosité a aussi pour finalité de justifier la mesure de sûreté entreprise et la réévaluation permettrait de voir si la dangerosité a évolué gr ce à la mesure initiale.

simple des anciennes par des nouvelles. Cette comparaison fait apparaître pour le modèle précautionniste, d'une part, de nouvelles cibles devant faire l'objet d'une attention particulière, caractérisée notamment par une extrême individualisation et, d'autre part, de nouveaux secteurs d'intervention comme l'extension de l'aire préventive.

602.- En effet, s'il demeure toujours des programmes de prévention adressés à un public constitué de groupes, c'est-à-dire de type communautaire (il n'est d'ailleurs pas concevable que ces programmes disparaissent dans un avenir proche), leur cohabitation avec de nouveaux programmes peut, en revanche, devenir la règle car ils ne sont pas exclusifs les uns des autres. Car la tendance actuelle à un individualisme poussé, en terme de référence unique à l'individu, pourrait préférer une intervention à l'échelle individuelle à celle collective, ne permettant plus à la prévention, classiquement entendue, de s'appliquer. Il est évident que, prise dans cette frénésie précautionniste, et à l'instar des recommandations émises par le rapport Bockel de 2010¹²⁹³, la prévention ne peut que subir un déplacement plus fréquent de la cible visée, du groupe à l'individu, accordant une place de plus en plus importante aux préventions « secondaire » et « tertiaire », évoquées *supra*¹²⁹⁴.

603.- Avec cette option, le nouveau ciblage, facilité par le modèle précautionniste de prévention, isolera plus souvent des individus pour les actions commises et relevant par conséquent d'un traitement individuel et pénal plus responsabilisant. La précaution atteint son paroxysme quand elle s'exerce alors dans la dernière catégorie des types de prévention, la « prévention tertiaire », dans les cas de récidive légale des individus par exemple. Ainsi, la précaution peut apparaître à elle seule un véritable programme de prévention avec des modalités particulières de repérage des risques, des systèmes d'interprétations spécifiques des dangers et des modes d'intervention bien identifiables.

604.- En outre, le *Dictionnaire de sciences criminelles* nous permet de mieux préciser encore le type de prévention utilisé par la précaution. Il propose une classification de la prévention du phénomène criminel différente de celles évoquées *supra*¹²⁹⁵: la prévention pénale, qui repose sur le caractère dissuasif de la peine, et se subdivise en prévention générale

1293 Rapport précité.

1294 Voir *supra* concernant les différentes typologies de la prévention.

1295 G. LOPEZ et S. TZITZIS, *Dictionnaire de sciences criminelles, op.cit.*, « Prévention du phénomène criminel », pp.745-747 (article de R. CARIO).

avec « l'ambition d'intimider collectivement par la menace d'une sanction » et en prévention spéciale intervenant après la commission d'une infraction avec l'idée que la peine empêchera l'auteur de réitérer ; la prévention sociale (regroupant les différentes modalités de prévention, primaire, secondaire et tertiaire¹²⁹⁶) ; la prévention situationnelle. Pour ce Dictionnaire, la prévention pénale semble faire référence à la seule loi pénale, qui aurait alors une double action : d'une part, par sa seule existence, le droit pénal contribue à la prévention de la délinquance, la menace de sanction étant suspendue au-dessus de la tête de tout membre de la société, telle l'épée de Damoclès (prévention générale sans cible particulière) ; d'autre part, par son application, après la commission de faits passibles de sanctions, le droit pénal dissuade leurs auteurs de récidiver (prévention spéciale ciblant donc les individus ayant déjà été condamnés).

605.- Ainsi, d'après cette typologie, la précaution correspondrait davantage à « la prévention pénale » et plus précisément à la prévention pénale spéciale. Mais là où le Dictionnaire semble s'arrêter sur l'idée que l'application de la peine en soi éloignerait l'auteur, jugé et condamné, de la récidive, nous, nous entendons la prévention pénale spéciale de manière beaucoup plus étendue et nous incluons les mesures nouvelles post-carcérales, dites mesures de sûreté. C'est dans cette prévention pénale spéciale élargie que nous décelons le travail souterrain de la philosophie précautionniste.

606.- Mais l'observation des stratégies mises en avant ces dernières années conduit à concevoir la précaution moins comme une modalité spécifique de la prévention que comme une véritable substitution à la prévention, ce qui bouleverse le système de gradation et d'appréciation des faits et des individus sur lesquels on entend agir.

2) La précaution comme substitution de la prévention

607.- Sans nous diriger vers une analyse socio-politique des discours politiques sur la question de la délinquance¹²⁹⁷, nous pouvons insister sur les liens ténus que

1296Une nuance doit être apportée ici. Le *Dictionnaire de sciences criminelles* retient une définition de la prévention tertiaire différente de celle évoquée *supra* en écartant les conflits de nature pénale de son champ pour ne viser que les comportements de déviance ou d'inadaptation, afin de distinguer prévention sociale tertiaire et prévention pénale spéciale. *Dictionnaire des sciences criminelles, op.cit.*, à « Prévention du phénomène criminel », p. 746 (article de R. CARIO).

1297Voir *supra*.

ceux-ci entretiennent avec la précaution et sur les effets qu'ils produisent par leur surmédiation. Très ouvertement, le politique a témoigné de sa volonté de rupture avec la prévention classique¹²⁹⁸ et notamment lors de déclarations publiques¹²⁹⁹. Ces annonces précisent en effet le cadre d'action au support législatif.

608.- Par exemple, dans son rapport remis au premier ministre en 2005, Alain Benisti écrit : « Avant de préconiser telles ou telles mesures pour endiguer et prévenir la délinquance, il nous faut admettre [certains] principes en préalable :

- Accepter que ce phénomène de société qu'est la délinquance n'est pas irréversible¹³⁰⁰ et que si nous, élus, décideurs à tous niveaux, affichons une vraie volonté politique de l'enrayer, nous possédons alors les meilleurs atouts pour y parvenir.
- Admettre que tous les plans de prévention engagés ces dernières années ont échoué, et donc accepter de rompre définitivement avec ces derniers »¹³⁰¹.

609.- De ces propos liminaires au rapport rendu, nous pouvons déterminer au moins deux tendances ouvrant la voie à la précaution, considérée comme plus efficace que la seule prévention : un dépassement « sécuritariste » de la rationalité de risque¹³⁰², qui considère le crime comme un risque normal, et une nette volonté d'abandonner la prévention dite sociale (intervenant sur les facteurs environnementaux et sociaux de la délinquance) qui serait marquée par « la culture de l'excuse »¹³⁰³. Cette mise en cause de la prévention sociale « viciée et polluée » par la « culture de l'excuse », signale l'action souterraine de la précaution.

1298 *Contra*, voir l'avis de la CNCDH sur la prévention de la récidive du 21 février 2013. La CNCDH recommande de « renforcer la prévention primaire du passage à l'acte » (p. 2) et préconise « une redéfinition des politiques de prévention de la délinquance qui mette l'accent sur une prévention sociale inclusive permettant l'intégration des populations les plus marginalisées plutôt que leur exclusion » (p. 4). Par exemple, elle recommande de lutter contre les inégalités scolaires et de développer la prévention spécialisée ou prévention de rue (p. 5).

1299 Voir Introduction.

1300 Voir *supra* sur l'utopie précautionniste, l'évitabilité des risques et la lutte contre le fatalisme.

1301 Rapport Benisti, 2005, *op.cit.*, p. 2. Ce constat d'échec est fondé sur une augmentation de la délinquance sans prendre en compte le fait que cette augmentation aurait pu être plus grande encore sans les programmes de prévention mis en cause par l'auteur du rapport. La difficulté est que cette partie de la délinquance, qui a pu être évitée, ne peut pas être quantifiée, d'où parfois l'embarras des acteurs de la prévention « classique » pour défendre leur bilan. Rapport de la Commission Prévention du Groupe d'étude parlementaire sur la sécurité intérieure, présidée par A. BENISTI, Rapport « sur la prévention de la délinquance », rendu en octobre 2005.

1302 Voir *supra* (Chapitre précédent) pour une étude de la rationalité du risque.

1303 Sur cette volonté de rompre avec la culture de l'excuse, voir R. GASSIN, *op.cit.*

610.- Ainsi, comme l'écrit Pierre Le Moussu, le principe de précaution « déborde largement de son champ d'application initial et constitue désormais un principe non écrit et subliminal du risque pénal présenté par les délinquants [...] qui s'est immiscé dans l'esprit des acteurs sous l'étiquette de « prévention de la récidive »¹³⁰⁴, et, nous ajoutons, sous l'étiquette de prévention situationnelle. Le principe de précaution agit avec une sorte d'ubiquité diffuse s'infiltrant dans les discours et les actions, même celles censées relever uniquement de la prévention. En d'autres termes, derrière les appellations « prévention de la récidive » et « prévention situationnelle », se cache la précaution.

611.- En outre, le déplacement évoqué plus haut de la « prévention » vers la répression, sous la pression du principe de précaution, manifeste une tendance qui incite à privilégier, de plus en plus, à la prévention proprement dite l'ersatz de prévention que constitue la précaution conjuguée au pénal.

612.- D'ailleurs, François Bailleau s'interroge sur l'utilité même, aujourd'hui, de la notion de « prévention de la délinquance » pour « comprendre et évaluer ces politiques [politiques de prévention et de traitement de la délinquance des mineurs], produits de ces mutations [d'une gestion préventive à une gestion sécuritaire des problèmes sociaux] ou si elle ne recouvre pas une vision dépassée des modes opératoires, des objectifs et du sens de ces nouvelles politiques publiques »¹³⁰⁵. L'auteur tend à penser que la notion de prévention est devenue obsolète à la lumière de nouvelles politiques de prévention et de traitement de la délinquance des mineurs générées par la substitution d'une gestion sécuritaire à une gestion préventive des problèmes sociaux. La notion de prévention ne rendrait pas compte de la vision nouvelle des modes opératoires et des objectifs, et du sens même des nouvelles politiques. Ainsi, la question de l'adéquation de la notion de prévention aux nouvelles politiques dites de prévention se pose avec acuité. Notamment, la différence entre la prévention classique et ce qui est aujourd'hui appelé, parfois abusivement, prévention, relève d'une différence étiologique. La première cherche à travailler les causes et les facteurs de délinquance ; la seconde combat la délinquance en elle-même faisant fi d'une interprétation causale et explicative de ce phénomène.

1304P. LE MOUSSU, mémoire précité, p. 17. L'auteur traite en particulier de la délinquance sexuelle et évoque l'étiquette « protection du public » en Angleterre.

1305F. BAILLEAU, « De la prévention de la délinquance à la gestion duale des nouvelles formes de troubles à l'ordre public », *Revue de l'IPC*, Mars 2007, Vol. 1, pp. 111-137, ici p. 113.

613.- Ce que nous appelons précaution et que l'on repère désormais dans un volet imposant de la politique criminelle¹³⁰⁶ comprend principalement deux programmes précis : la prévention de la récidive et la prévention situationnelle. Elles ont toutes les deux tendance à s'étendre, la première à tout individu jusqu'à recouvrir toute la population, la seconde à toutes les situations jusqu'à recouvrir l'ensemble des situations possibles. La précaution touche d'ailleurs la délinquance en général lorsqu'elle s'invite sous l'expression dévoyée de « prévention de la délinquance » (intitulé de la loi du 5 mars 2007, précitée¹³⁰⁷).

614.- Trois caractéristiques permettent de définir la précaution, telle que nous l'envisageons dans sa substitution à la prévention classique, empruntant certains critères au droit répressif pour fonder sa logique propre : le ciblage (**a**), la responsabilisation (**b**) et la sanction (**c**).

a) La précaution cible des individus

615.- La précaution s'adresse à des individus dépistés ou signalés. Elle rappelle, en quelque sorte, le principe de personnalité du droit pénal¹³⁰⁸ selon lequel la sanction pénale ne frappe que l'auteur de l'infraction. Par exemple, pour certains auteurs, la prévention situationnelle, que nous rattachons, nous, à la précaution, « s'exerce en priorité à des personnes ciblées, auteurs réels ou potentiels d'actes délinquants »¹³⁰⁹. Aussi, les mesures de sûreté ou mesures de précaution s'appliquent à des individus précis dont la dangerosité a été établie ou présumée¹³¹⁰.

616.- Cette observation nous conduit à différencier clairement la précaution de la prévention, cette dernière ne s'adressant pas à des personnes désignées nominativement et repose sur l'anonymat. En effet, en prévention, prévalent le principe du « non mandat » signifiant qu'il n'existe, dans ce domaine, ni mandat après signalement, ni mandat après décision judiciaire, ainsi que le principe de discrétion nécessaire à l'établissement d'une relation de « confiance » et prohibant la diffusion d'informations concernant les personnes¹³¹¹.

1306 Voir aussi *infra*.

1307 Voir *supra*.

1308 Voir *infra*, commentaire TC Marseille 18 décembre 2012 (annexe n°3).

1309 Rapport sur la Prévention spécialisée, 2004, *op.cit.*, p. 56.

1310 Voir *supra*.

1311 Ce sont des principes issus de l'arrêté et la circulaire de 1972, précités. Voir sur ce point, par exemple,

Aujourd'hui, des techniques relevant de la précaution agrémentent la « prévention », qui, par conséquent, peut se trouver dénaturée dans les rapports de confiance qu'elle entend construire : par exemple, les cas où le secret professionnel peut être rompu sans sanction se multiplient¹³¹².

b) La précaution responsabilise

617.- La précaution, à l'inverse de la prévention qui repose sur la base du volontariat¹³¹³, crée des obligations, qui, si elles ne sont pas respectées, rendent possibles des sanctions. Le sujet à l'égard duquel pèsent de telles obligations se voit ainsi responsabilisé quant à son propre sort. Selon cette logique, nous passons de la responsabilité collective (idée selon laquelle la communauté dans son ensemble est responsable des failles qu'elle crée et qui entraînent, pour certains individus défavorisés, une occurrence accrue de passage à l'acte délinquant) à une responsabilité individuelle, rejoignant aussi la référence faite, dans la précaution, à l'individu plutôt qu'au groupe.

618.- L'idée de responsabilité collective est présente dans la prévention comme le mentionne la Circulaire du 17 octobre 1972 sur la prévention spécialisée, précitée, en affirmant que « *Si la communauté secrète l'inadaptation, celle-ci doit pouvoir mobiliser également les forces nécessaires pour atteindre un rééquilibrage* ». A l'opposé, nous retrouvons dans la précaution l'idée de responsabilité individuelle prévalant en droit pénal¹³¹⁴. Remarquons que la précaution, en tant que forme de prévention/répression, considère l'individu comme un être profondément autonome, à qui l'on peut imputer une mauvaise conduite, et qui peut se rendre coupable de ne pas avoir réalisé les meilleurs choix. Mais comme nous l'avons évoqué lorsque nous faisons état de « sanction paradoxale », cette

G. MULLER, *Pour une nouvelle approche territoriale de la prévention spécialisée*, « *Une adaptation nécessaire de l'intervention face aux nombreux enjeux locaux* », Mémoire de l'École Nationale de la Santé Publique, p. 14s.

1312Voir, par exemple, l'article 226-14 CP concernant l'information des autorités judiciaires, médicales ou administratives de sévices ou infligés à un mineur de 15 ans ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger ; cet article a été complété par la loi du 18 mars 2003 qui ajoute l'information donnée par les professionnels au préfet du caractère dangereux pour elles-mêmes ou pour autrui des personnes qui les consultent et dont ils savent qu'elles détiennent une arme ou qu'elles ont manifesté l'intention d'en acquérir une. Par ailleurs, l'article 223-6 CP relatif à la non assistance à personne en danger ne semble pas exclure les professionnels.

1313L'arrêté ministériel du 4 juillet 1972 relatif aux clubs et aux équipes de prévention précise, par exemple, que la prévention spécialisée (voir *supra*) suppose notamment la libre adhésion des jeunes (article 5 de l'arrêté ministériel du 4 juillet 1972, *JORF* 13 juillet 1972).

1314La responsabilité pénale suppose l'imputabilité et la culpabilité (nous verrons dans la Partie 2 que ces trois notions ont subi de profonds changements).

responsabilisation par la précaution est à la fois positive car elle incite l'individu à être acteur de son insertion sociale et lui rappelle son appartenance à la société des hommes libres (l'érigeant en véritable entrepreneur de sa vie), et négative dans la mesure où en ne visant que certains individus, elle peut s'avérer stigmatisante et déshonorante.

c) La précaution sanctionne

619.- Lorsque l'individu ciblé ou dépisté ne satisfait pas aux exigences de précaution, il est sanctionné. La sanction relève traditionnellement du droit répressif. Mais comme le reconnaît la Cour EDH, il peut exister plusieurs formes de sanctions : des sanctions civiles, des sanctions administratives et des sanctions pénales. La précaution, en tant que novation de la prévention, crée en quelque sorte une nouvelle forme de sanction, une sanction que l'on peut qualifier de sociale. Elle diffère de la sanction pénale proprement dite, qui est normalement adossée à la commission d'une infraction¹³¹⁵, et rejoint le domaine bien plus large des bonnes conduites, des conduites admises par la société. Aussi, ce nouveau type de sanction a pour effet d'exclure socialement ceux qui, visés par la précaution, ne se soumettent pas à ses règles, mais pas seulement, car ces sanctions, en dépit du ciblage, dont l'effet visible est celui d'un isolement des individus, incluent ces derniers dans des programmes dont le but pourrait être, au-delà de l'évitement du risque, le retissage des liens sociaux tendus ou rompus. Autrement dit, un contrôle social renforcé sinon une criminalisation du social.

620.- En réalité, le principe de précaution appliqué à la matière pénale conduit à la construction d'une nouvelle catégorie de sanctions. Ces sanctions que l'on a déjà appelées paradoxales *supra* contiennent un double paradoxe. Premièrement, quand la sanction classique poursuit un objectif de punition, la sanction paradoxale a ceci de particulier qu'elle entend rappeler à l'individu concerné son appartenance à la société¹³¹⁶. Les relations entre responsabilité et reconnaissance de l'individu en tant que composante de la société ont été relevées par la doctrine¹³¹⁷. Et Marc Ancel visait déjà les bienfaits d'une pédagogie de la

1315Concernant les mesures de sûreté ou de précaution, nous avons vu *supra* qu'elles étaient reliées à la commission préalable d'une infraction mais que le lien entre cette infraction et la mise en place de la mesure était très distendu.

1316Mais on retrouve aussi cette dimension communautaire de la peine chez Hegel. « « La peine est un droit par rapport au criminel lui-même » car en le punissant « on l'honore comme être raisonnable ». G. W. F. HEGEL, *Principes de philosophie du droit*, trad. Kaan, Gallimard, 1940, §100, p. 135s. Cité par M. DELMAS-MARTY, « Humanité, espèce humaine et droit pénal », *RSC* juillet-septembre 2012, p. 499.

1317Par exemple, à propos de la responsabilité des mineurs, voir CH. LAZERGES, « De l'irresponsabilité à la

responsabilité¹³¹⁸. La sanction paradoxale est donc une sanction « incluante ». Toutefois, en s'appliquant à des personnes désignées et par son effet stigmatisant, elle est aussi « excluante »¹³¹⁹, d'autant plus que le précautionnisme est porté à son paroxysme¹³²⁰. Dans ce cas de figure, ceux qui seulement encourent une sanction paradoxale (même sans qu'elle soit effectivement prononcée) peuvent être considérés comme s'étant déjà mis en position de ne plus appartenir à la communauté et dès lors rejoignent le groupe extensible de ces « Autres »¹³²¹.

621.- L'appartenance des sanctions paradoxales à la catégorie des sanctions pénales est discutable. La jurisprudence constitutionnelle apprécie la qualité pénale de la sanction à l'aune de son but punitif¹³²². Si une finalité punitive confère à la sanction le caractère de peine, une finalité seulement moralisatrice ne produit pas cet effet¹³²³. Aussi, en considérant les caractéristiques ambivalentes de la sanction paradoxale créée par la précaution, on peut distinguer les hypothèses selon qu'elle intervient pour rappeler des règles sociales ou selon que son déploiement vient sanctionner le non respect de ces règles. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel peut, s'agissant d'une même mesure, la qualifier tantôt de peine tantôt de sanction non punitive, en fonction des conditions de sa mise en œuvre¹³²⁴.

responsabilité pénale des mineurs délinquants », *RSC*, 1995, p. 149 et s. Et P. RICOEUR cité par l'auteure : « Sans la responsabilité, il n'y a pas d'humanité, il n'y a qu'animalité ».

1318M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, *op.cit.* Sur ce point développé par la défense sociale nouvelle, voir not. R. MERLE et A. VITU, *op.cit.*, p. 137, n° 87. Et M. MASSÉ, J.-P. JEAN et A. GUIDICELLI (dir.), *Un droit pénal post-moderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, *op.cit.*, p. 168.

1319S'agissant de la peine, la dimension communautaire s'efface pour Hegel dans certains cas : « Cet honneur [voir note 132] ne lui est pas accordé si le concept et la mesure de sa peine ne sont pas empruntés à la nature de son acte - de même s'il n'est considéré que comme une bête nuisible qu'il faut mettre hors d'état de nuire, ou qu'on cherche à effrayer ». G. W. F. HEGEL, *op.cit.*, p. 135s. Cité par M. DELAMS-MARTY, *op.cit.*.

1320Voir *infra*.

1321Voir *infra*.

1322Conseil constitutionnel, décision du 13 janvier 2012, n°2011-210 QPC : JurisData n° 2012-000166 (à propos de la révocation des fonctions de maire) ; décision du 27 janvier 2012, n°2011-211 QPC : JurisData n° 2012-000879 (à propos d'interdiction définitive d'inscription sur les listes électorales d'un notaire) ; décision du 10 février 2012, n° 2011-220 QPC : JurisData n° 2012-001573 (sur une majoration fiscale pour non-déclaration de comptes à l'étranger) ; décision du 20 juillet 2012, n° 2012-267 QPC : JurisData n° 2012-016162 (concernant une mande fiscale sanctionnant le défaut de déclaration des sommes versées à des tiers). Décisions citées par E. BONIS-GARÇON et V. PELTIER, « Un an de droit de la peine (Janvier-Décembre2012) », *Droit pénal*, Mars 2013 n°3, chronique 3, pp.19-33. Nous y reviendrons lorsque nous étudierons la distinction peine/mesure de sûreté, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

1323Conseil constitutionnel, décision du 27 janvier 2012, précitée. Citée par E. BONIS-GARÇON et V. PELTIER, *op.cit.*

1324Conseil constitutionnel, décision du 30 mars 2012, n° 2012-225 QPC : JurisData n°2012-008552. Citée par E. BONIS-GARÇON et V. PELTIER, *op.cit.*. Il appert de cette décision que la majoration de la redevance pour création de locaux à usage de bureaux en Île-de-France est une peine lorsqu'elle fait suite à une infraction aux dispositions législatives et réglementaires relatives à l'acquittement de la redevance. En revanche, cette mesure n'est pas une peine si elle a pour objet la compensation du préjudice subi par l'État du fait du paiement tardif de la redevance.

622.- Par ailleurs, la Cour EDH refuse de qualifier peine un dispositif, qui a uniquement un but préventif et dissuasif¹³²⁵. Mais les sanctions paradoxales pouvant, comme on l'a vu, revêtir aussi bien le caractère de la prévention que celui de la punition, sa qualité de peine ne peut être complètement exclue. Il en est de même, à notre sens, des mesures de précaution évoquées dans le chapitre précédent. Ces mesures qualifiées de mesures de sûreté par le législateur et exclues de la catégorie de peines par une jurisprudence relativement constante¹³²⁶, comportent un aspect afflictif tel qu'il n'est pas juste, selon nous, de les distinguer, de but en blanc, des peines proprement dites¹³²⁷. D'ailleurs, la jurisprudence semble leur reconnaître un caractère particulièrement liberticide lorsque, tout en refusant de leur appliquer les principes constitutionnels qui ne seraient applicables qu'aux peines (principes de légalité, de nécessité et de non-rétroactivité), elle redouble de vigilance quant au respect des règles conditionnant leur mise en œuvre¹³²⁸.

3) La « prévention de la récidive » : emblème de l'application de la précaution dans des programmes dits de prévention

623.- Le glissement de la prévention à la précaution s'illustre tout particulièrement dans « la prévention de la récidive »¹³²⁹. En effet, les lois relatives à la

1325CEDH, 17 décembre 2009, n° 16428/05, G. c/France, *Droit pénal* 2010, chronique 3, n° 24, obs. DEREYER. D'après, cet arrêt, l'inscription au FIJAIS n'est pas une peine.

1326Jurisprudence constitutionnelle déjà évoquée *supra* (en 2005 concernant le PSEM ; en 2008 concernant la surveillance de sûreté), mais aussi judiciaire (Cass. en décembre 2009, cité *infra*, opérant un revirement par rapport à un arrêt de janvier de la même année, à propos des mesures de sûreté que la chambre de l'instruction peut prononcer à l'égard de personnes déclarées pénalement irresponsables en raison d'un trouble mental ; Cass.crim. 8 août 2012, n° 12-90.037, 4703 : JurisData n°2012-018787, où la Cour de cassation refuse de transmettre une QPC au motif que l'inscription au bulletin n°2 du casier judiciaire ne constitue par une peine et ne peut donc se voir appliquer les principes constitutionnels de nécessités et d'individualisation). Dernière décision citée par E. BONIS-GARÇON et V. PELTIER, *op.cit.*

1327Voir *infra* sur ce point. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

1328Voir, par exemple, Cass.crim. 31 janvier 2012, n° 11-84.985, JurisData n°2012-001300 : à propos de la surveillance judiciaire, où la cour de cassation sanctionne le non respect des délais de saisine de la juridiction de la rétention de sûreté pour prolonger une surveillance judiciaire par une surveillance de sûreté (décision citée par E. BONIS-GARÇON et V. PELTIER, *op.cit.*) ; Cass.crim. 1^{er} février 2012, n° 11-87.021, JurisData n° 2012-003602 : la cour de cassation affirme que la possibilité d'effacement de l'inscription au bulletin n°2 du casier judiciaire constitue un véritable droit quand les conditions légales de l'exclusion sont remplies. Si les juges peuvent se livrer à une appréciation de l'opportunité d'une réhabilitation judiciaire, ils ne peuvent le faire s'agissant d'une demande d'exclusion. Une décision dans le même sens avait déjà été rendue dans un arrêt du 25 mai 2004 (Cass. crim. 25 mai 2004, n° 03-87.722 : JurisData n° 2004-024123) mais certains commentateurs relèvent dans celle du 1^{er} février 2012 une fermeté nouvelle. E. BONIS-GARÇON et V. PELTIER, *op.cit.*

1329On peut également l'observer dans la prévention situationnelle avec la vidéo-surveillance qui peut être regardée comme une **technique au service de la précaution** La vidéo-surveillance participe du volet précautionniste de la politique criminelle : elle entend prévenir les passages à l'acte délinquant par une intervention sur les situations et elle crée un système, qui n'entre pas directement dans le processus pénal, mais qui, par son pouvoir contrôlant, emprunte la coercition et la surveillance rappelant la matière pénale. Comme nous l'avons signalé plus haut, elle est un outil de prévention situationnelle. A notre sens, la prévention situationnelle, qui a été classée dans la prévention tertiaire (dans la distinction tripartite des actions de prévention

récidive et motivées par une volonté de prévenir ce phénomène (il y est question dans leurs motifs de « prévention de la récidive ») ne contiennent aucun aspect de prévention proprement dite. Les mesures instaurées présentées comme relevant de la prévention sont fortement répressives : une augmentation de la peine pour les récidivistes (peines plancher), des mesures de sûreté, une évaluation de la dangerosité qui tend à être systématisée etc. Pour le Syndicat national de l'ensemble des personnels de l'administration pénitentiaire (SNEPAP), « Au prétexte de prévenir la récidive, on justifie la multiplication des mesures de sûreté, l'instauration des peines planchers, la généralisation de l'expertise psychiatrique en voie de devenir le passeport vers la liberté... »¹³³⁰. Cinq principales lois contiennent des dispositions visant à prévenir la récidive : la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales (a), la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs (b), la loi n°2008-174 du 25 février 2008 (c), la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale (d), les dispositions de la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 visant à prévenir la récidive (e). Et nous verrons que dans chacune de ces lois, censées « prévenir » la récidive, il est en réalité question de l'utilisation de la précaution. Aujourd'hui, l'efficacité de la plupart de ces dispositions est discutée mais leur suppression pure et simple n'est pas elle-même exempte de critiques, la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales du 15 août 2014, n'ayant supprimé que les peines plancher (f).

a) La loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales

624.- L'exposé des motifs de la proposition de cette loi précise que le rapport d'information qui l'a inspirée « a proposé vingt mesures pour placer la lutte contre la récidive au cœur de la politique pénale, qui s'articulent autour de deux priorités : sanctionner plus citée plus haut), ne correspond pas à la définition classique de la prévention, comme intervention sociale sur le milieu de certains groupes socialement défavorisés. Pourtant, elle est présentée comme étant un instrument à privilégier dans la prévention de la délinquance. Le plan national de prévention édicté en 2009 (voir *supra*) l'érige en mesure clé. Le budget alloué à cet outil est remarquable. Un soutien pécuniaire est prévu pour les mairies se dotant de caméras de surveillance. Ainsi, l'accompagnement financier de l'État dans les plans locaux de prévention est conditionné à la mise en place de la vidéo-surveillance. Les mairies ne souhaitant pas l'installation de cet outil dans leur commune se voient dès lors indirectement sanctionnées. A noter que la LOPPSI 2 de 2011 a requalifié la vidéo-surveillance en « vidéo-protection » sans en modifier substantiellement le contenu.

1330SNEPAP-FSU, « Quelle prévention de la récidive ? », Tract, 2 mars 2008, disponible en ligne : <http://snepap.fsu.fr>

sévèrement les récidivistes et prévenir plus efficacement la récidive »¹³³¹. Seules les mesures de nature législative ont été reprises par les auteurs de la proposition. Il convient de signaler une mesure phare reprise par la proposition : le placement sous surveillance électronique mobile « à titre de mesure de sûreté »¹³³².

625.- Ainsi, découlant de cette proposition, la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales comprend, d'une part, des dispositions clairement répressives, d'autre part des dispositions instaurant une sorte de prévention pénale (ou prévention par la peine et/ou son aggravation) relevant de la précaution¹³³³.

626.- Les premières dispositions¹³³⁴ visent à élargir le champ de la notion juridique de « récidive » en allongeant la liste des délits assimilés au regard de cette notion, et en créant une forme plus souple de cette notion, permettant d'englober plus de situations : la « réitération », qui peut être définie comme une récidive de fait (toutes les fois où un auteur commet une nouvelle infraction sans entrer dans les conditions restrictives de la récidive légale) et qui entraîne, comme la récidive, un alourdissement de la sanction¹³³⁵.

627.- Est instaurée également, par la loi, la « surveillance judiciaire »¹³³⁶. Selon l'article 723-29 nouveau du code de procédure pénale « *Lorsqu'une personne a été condamnée à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à dix ans pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru, le juge de l'application des*

1331Assemblée nationale, Exposé des motifs, Proposition de loi n°1961 relative au traitement de la récidive des infractions pénales présentée par Pascal Clément et Gérard Léonard, Enregistrée le 1^{er} décembre 2004. Disponible sur le site de l'Assemblée nationale. Le rapport d'information cité est le suivant : Rapport d'information n° 1718 du 7 juillet 2004 de la mission d'information sur le traitement de la récidive des infractions pénales présidée par M. Pascal Clément, rapporteur M. Gérard Léonard.

1332Article 7 de la proposition reprenant la proposition n°15 du rapport d'information. Ce placement peut être prononcé par la juridiction de jugement à l'encontre de personnes condamnées à une peine supérieure ou égale à 5 ans pour un crime ou délit sexuel.

1333Voir *supra* sur la précaution qui invite à combiner répression et prévention.

1334Dispositions que l'on retrouve au Titre 1er de la loi intitulé « Dispositions relatives à la récidive, à la réitération et au sursis », articles 1 à 12.

1335Article 132-16-7 CP : « *Il y a réitération d'infractions pénales lorsqu'une personne a déjà été condamnée définitivement pour un crime ou un délit et commet une nouvelle infraction qui ne répond pas aux conditions de la récidive légale./ Les peines prononcées pour l'infraction commise en réitération se cumulent sans limitation de quantum et sans possibilité de confusion avec les peines définitivement prononcées lors de la condamnation précédente* ».

1336Création par l'article 13 de la loi précitée d'une section dans le code de procédure pénale intitulée « Dispositions relatives à la surveillance judiciaire de personnes dangereuses condamnées pour crime ou délit ».

peines peut, sur réquisitions du procureur de la République, ordonner à titre de mesure de sûreté et aux seules fins de prévenir une récidive dont le risque paraît avéré¹³³⁷, qu'elle sera placée sous surveillance judiciaire dès sa libération et pendant une durée qui ne peut excéder celle correspondant au crédit de réduction de peine ou aux réductions de peines supplémentaires dont elle a bénéficié et qui n'ont pas fait l'objet d'une décision de retrait ».

628.- On constate, là, la création d'une mesure de sûreté, relevant du système pénal, qui ambitionne de prévenir la récidive. La surveillance judiciaire serait donc une mesure de prévention tertiaire qui comme nous l'avons souligné relève plus de la précaution que de la prévention proprement dite¹³³⁸. Pour reprendre les trois caractères de la précaution précités (le ciblage, la responsabilisation et la sanction), la surveillance judiciaire « cible des individus » : elle est applicable à des personnes condamnées à une peine supérieure ou égale à 10 ans d'emprisonnement ou de réclusion pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire (SSJ) est encouru (personnes « signalées » par leurs antécédents avec la justice pénale) et dont le risque de récidive paraît avéré¹³³⁹ au regard d'une expertise (personnes « dépistées » donc) ; la surveillance judiciaire « responsabilise » en créant pour l'individu concerné des interdictions et des obligations¹³⁴⁰ ; enfin, la surveillance judiciaire « sanctionne » : le non respect des obligations ainsi créées peut entraîner le retrait des crédits de réduction de peine accordés et la réincarcération¹³⁴¹. Soulignons encore le caractère coercitif de la surveillance judiciaire précisé par l'article 723-33 du code précité, selon lequel

¹³³⁷Sur ce degré médium d'incertitude, voir *supra*, Tableau sur les mesures de précaution dans le chapitre précédent.

¹³³⁸Voir *supra*.

¹³³⁹Article 723-31 CP : « Le risque de récidive mentionné à l'article 723-29 doit être constaté par une expertise médicale ordonnée par le juge de l'application des peines conformément aux dispositions de l'article 712-16, et dont la conclusion fait apparaître la dangerosité du condamné. Cette expertise peut être également ordonnée par le procureur de la République ». De plus, l'article 723-32 CP dispose : « La décision prévue à l'article 723-29 est prise, avant la date prévue pour la libération du condamné, par un jugement rendu conformément aux dispositions de l'article 712-6. Lorsqu'est prévue l'obligation mentionnée au 3° de l'article 723-30, la décision intervient après avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté. Lors du débat contradictoire prévu par l'article 712-6, le condamné est obligatoirement assisté par un avocat choisi par lui, ou, à sa demande, désigné par le bâtonnier./Le jugement précise les obligations auxquelles le condamné est tenu, ainsi que la durée de celles-ci ».

¹³⁴⁰Article 723-30 CP : « La surveillance judiciaire peut comporter les obligations suivantes : « 1° Obligations prévues par l'article 132-44 et par les 2°, 3°, 8°, 9°, 11°, 12°, 13° et 14° de l'article 132-45 du code pénal ; 2° Obligations prévues par les articles 131-36-2 (1°, 2° et 3°) et 131-36-4 du même code ; 3° Obligation prévue par l'article 131-36-12 du même code ».

¹³⁴¹Article 723-35 CP : « En cas d'inobservation par le condamné des obligations et interdictions qui lui ont été imposées, le juge de l'application des peines peut, selon les modalités prévues par l'article 712-6, retirer tout ou partie de la durée des réductions de peine dont il a bénéficié et ordonner sa réincarcération. Les dispositions de l'article 712-17 sont applicables »./ « Le juge de l'application des peines avertit le condamné que les mesures prévues aux articles 131-36-4 et 131-36-12 du code pénal ne pourront être mises en œuvre sans son consentement, mais que, à défaut, tout ou partie de la durée des réductions de peine dont il a bénéficié pourra, en application du premier alinéa, lui être retiré ».

« Le condamné placé sous surveillance judiciaire fait également l'objet de mesures d'assistance et de contrôle destinées à faciliter et à vérifier sa réinsertion ». On voit bien là une juxtaposition systématique entre la prévention et la répression que suscite cette mesure relevant de la précaution. L'assistance doit s'accompagner de contrôle ; faciliter la réinsertion certes, mais également et surtout la vérifier. L'article poursuit : « Ces mesures et les obligations auxquelles le condamné est astreint sont mises en œuvre par le juge de l'application des peines assisté du service pénitentiaire d'insertion et de probation, et, le cas échéant, avec le concours des organismes habilités à cet effet ». Ainsi, avec ce nouveau dispositif de surveillance judiciaire, participe tout un réseau d'acteurs devant œuvrer autant à cette facilitation de la réinsertion de l'individu, afin de prévenir son éventuelle récidive, qu'à la vérification et à la surveillance de l'observation des règles du jeu de la précaution. A travers ces nouvelles dispositions se dévoile ainsi ce nouvel axe précautionniste de politique criminelle en matière de lutte contre la récidive.

629.- La loi étudiée a également instauré le placement sous surveillance électronique mobile « à titre de mesure de sûreté »¹³⁴². Selon l'article 131-36-9 du code pénal ainsi créé, « Le suivi socio-judiciaire peut également comprendre, à titre de mesure de sûreté, le placement sous surveillance électronique mobile, conformément aux dispositions de la présente sous-section » (sous-section 7 : « Du placement sous surveillance électronique mobile à titre de mesure de sûreté », insérée par la loi après l'article 131-36 du code pénal). Là encore, on peut vérifier la présence des trois caractères de la précaution, étudiés plus haut. Le placement sous surveillance électronique mobile (PSEM) à titre de mesure de sûreté « cible des individus » : il peut être ordonné à l'encontre d'une personne majeure condamnée à une peine privative de liberté supérieure ou égale à 7 ans (signalement judiciaire), et dont une expertise médicale a constaté la dangerosité (dépistage expertal)¹³⁴³ ; il « responsabilise » en

¹³⁴²Titre II de la loi précitée, intitulé : « Dispositions relatives au placement sous surveillance électronique mobile » (article 19 à 22 de la loi).

¹³⁴³Art. 131-36-10 CP : « Le placement sous surveillance électronique mobile ne peut être ordonné qu'à l'encontre d'une personne majeure condamnée à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à sept ans et dont une expertise médicale a constaté la dangerosité, lorsque cette mesure apparaît indispensable pour prévenir la récidive à compter du jour où la privation de liberté prend fin. Et art. 763-10 CPP : « Un an au moins avant la date prévue de sa libération, la personne condamnée au placement sous surveillance électronique mobile en application des articles 131-36-9 à 131-36-12 du code pénal fait l'objet d'un examen destiné à évaluer sa dangerosité et à mesurer le risque de commission d'une nouvelle infraction. / Cet examen est mis en œuvre par le juge de l'application des peines, après avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté composée selon des modalités déterminées par le décret prévu à l'article 763-14. Les dispositions de l'article 712-16 sont applicables. / Au vu de cet examen, le juge de l'application des peines détermine, selon les modalités prévues par l'article 712-6, la durée pendant laquelle le condamné sera effectivement placé sous surveillance électronique mobile. Cette durée ne peut excéder deux ans, renouvelable une fois en matière délictuelle et deux fois en matière criminelle »

créant une obligation pour l'individu auquel il est appliqué : celui-ci doit, pour une durée de deux ans (renouvelable une fois, en matière délictuelle, et deux fois, en matière criminelle), porter un émetteur permettant de déterminer, à tout moment et à distance, sa localisation sur l'ensemble du territoire national¹³⁴⁴; enfin, il « sanctionne », dans la mesure où « *Le juge de l'application des peines rappelle au condamné que le placement sous surveillance électronique mobile ne pourra être mis en œuvre sans son consentement, mais que, à défaut ou s'il manque à ses obligations, l'emprisonnement prononcé en application du troisième alinéa de l'article 131-36-1 du code pénal pourra être mis à exécution* »¹³⁴⁵.

630.- Une précision doit être ici apportée. Le législateur évoque le PSEM « à titre de mesure de sûreté » mais l'insère dans les modalités possibles du suivi socio-judiciaire¹³⁴⁶, lequel est une peine complémentaire¹³⁴⁷. Selon le décret D. n° 2007-1169 du 1^{er} août 2007, le PSEM peut donc être utilisé dans trois cadres : la surveillance judiciaire, le suivi-socio judiciaire et la libération conditionnelle.

631.- Les deux mesures étudiées (surveillance judiciaire et PSEM) ont été créées pour « prévenir la récidive », à ces « seules fins ». Encore une fois, elles diffèrent d'après leur but (éviter la réitération et non pas le premier passage à l'acte) et d'après leurs modalités (contrôle, surveillance, sanction, responsabilisation et non pas accompagnement, relation de confiance, anonymat) de la prévention sociale ou prévention proprement dite. Par conséquent, elles méritent d'être rattachées à la précaution venant supplanter la prévention.

1344 Art. 131-36-12 CP : « *Le placement sous surveillance électronique mobile emporte pour le condamné l'obligation de porter pour une durée de deux ans, renouvelable une fois en matière délictuelle et deux fois en matière criminelle, un émetteur permettant à tout moment de déterminer à distance sa localisation sur l'ensemble du territoire national* ».

1345 Articles 763-10 CPP *in fine* et 131-36-12 CP *in fine*.

1346 Voir notamment sur ce point, M. HERZOG-ÉVANS, « Récidive : surveiller et punir plutôt que prévenir et guérir », *AJ Pénal*, 2005, p. 305. Après avoir rappelé les différentes positions exprimées par le Sénat et l'Assemblée nationale lors du débat sur la loi de 2005, l'auteure relève que « la commission des lois a retenu que le PSEM serait une mesure de sûreté, élément possible de la libération conditionnelle, mais aussi du suivi socio-judiciaire, tout en étant - et c'est pour le moins incohérent juridiquement parlant - une obligation particulière de celui-ci ».

1347 Voir *supra*.

b) *La loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*

632.- Les dispositions de cette loi ont été supprimées par la loi du 15 août 2014. Néanmoins, cette loi étant révélatrice de la précaution, nous devons l'étudier.

633.- Le projet de cette loi présenté par Rachida Dati insistait sur la répression accrue de la récidive¹³⁴⁸. Deux objectifs essentiels étaient avancés : l'instauration de peines minimales de privation de liberté, applicables aux majeurs comme aux mineurs ; l'adaptation du régime de l'atténuation de responsabilité pénale des mineurs. Ces réformes sonnaient comme un pari lancé sur le caractère dissuasif d'une sanction plus élevée, un message adressé aux délinquants, une menace d'une sanction plus lourde à chaque fois qu'ils s'apprêteraient à recommencer. Christine Lazerges parle d'une « foi naïve dans l'intimidation »¹³⁴⁹. Dans cette optique, le délinquant est encore une fois considéré comme un être purement rationnel, capable en tout moment de soupeser les profits et les pertes liés à son action¹³⁵⁰.

634.- La loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 avait créé un article 132-18-1 dans le code pénal, instaurant des seuils minimaux pour les peines applicables aux crimes commis en état de récidive¹³⁵¹, et un article 132-19-1 instaurant de pareils seuils pour les délits commis en état de récidive¹³⁵². Ces articles distinguaient la première récidive de la seconde récidive :

1348Exposé des motifs, Projet de loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, présenté au nom de François Fillon par Rachida Dati, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 13 juin 2007, n°333, disponible sur le site de l'Assemblée nationale.

1349Ch. LAZERGES, « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité », *RSC* 1-2012, janvier-mars 2012, p. 276.

1350Voir théorie du « *rational choice* », *supra* (Titre 2, Chapitre 1).

1351Loi n°2007-1198 du 10 août 2007, art. 1, *JORF* 11 août 2007 : « Pour les crimes commis en état de récidive légale, la peine d'emprisonnement, de réclusion ou de détention ne peut être inférieure aux seuils suivants : /1° Cinq ans, si le crime est puni de quinze ans de réclusion ou de détention ; / 2° Sept ans, si le crime est puni de vingt ans de réclusion ou de détention ; / 3° Dix ans, si le crime est puni de trente ans de réclusion ou de détention ; / 4° Quinze ans, si le crime est puni de la réclusion ou de la détention à perpétuité. / Toutefois, la juridiction peut prononcer une peine inférieure à ces seuils en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci. / Lorsqu'un crime est commis une nouvelle fois en état de récidive légale, la juridiction ne peut prononcer une peine inférieure à ces seuils que si l'accusé présente des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion ».

1352Créé par la loi n°2007-1198 du 10 août 2007, article 2, *JORF* 11 août 2007 : « Pour les délits commis en état de récidive légale, la peine d'emprisonnement ne peut être inférieure aux seuils suivants : / 1° Un an, si le délit est puni de trois ans d'emprisonnement ; / 2° Deux ans, si le délit est puni de cinq ans d'emprisonnement ; / 3° Trois ans, si le délit est puni de sept ans d'emprisonnement ; / 4° Quatre ans, si le délit est puni de dix ans d'emprisonnement. / Toutefois, la juridiction peut prononcer, par une décision spécialement motivée, une peine

en cas de première récidive, le juge pouvait écarter cette « peine plancher » en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci ; en cas de seconde récidive, le juge ne pouvait écarter la peine plancher que si l'accusé présentait des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion.

635.- Ces nouvelles dispositions conditionnaient leur non application par la présentation par l'individu concerné de garanties d'insertion et étaient bien révélatrices d'une tendance à la responsabilisation, à la conception de l'homme comme capable de s'auto-gérer et de créer lui-même les conditions de son insertion (responsabilité individuelle *versus* responsabilité collective¹³⁵³). Elles étaient résolument d'ordre pénal puisque touchant à la pénalité : elles s'attaquaient à la peine encourue par les récidivistes. Mais elles se voulaient également fortement préventives par la supputation exagérée qu'elles dissuaderaient les potentiels récidivistes à renouveler leur infraction. Cet espoir de dissuasion se dessinait clairement dans l'article 132-20-1 CP créé par la loi du 10 août 2007 selon lequel, lorsque les circonstances ou la personnalité de l'auteur le justifient, le président de la juridiction avertissait celui-ci des sanctions renforcées auxquelles il s'exposait s'il s'aventurait à recommencer¹³⁵⁴. Dès lors, elles relevaient du volet précaution de la politique criminelle qui fonctionne par une imbrication soutenue entre prévention et répression¹³⁵⁵.

636.- Signalons que ces dispositions avaient été « transposées » aux mineurs. Selon l'ordonnance du 2 février 1945, les mineurs bénéficient d'une atténuation de peine par le

inférieure à ces seuils ou une peine autre que l'emprisonnement en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci. / La juridiction ne peut prononcer une peine autre que l'emprisonnement lorsque est commis une nouvelle fois en état de récidive légale un des délits suivants : / 1° Violences volontaires ; / 2° Délit commis avec la circonstance aggravante de violences ; / 3° Agression ou atteinte sexuelle ; / 4° Délit puni de dix ans d'emprisonnement. / Par décision spécialement motivée, la juridiction peut toutefois prononcer une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure aux seuils prévus par le présent article si le prévenu présente des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion. / Les dispositions du présent article ne sont pas exclusives d'une peine d'amende et d'une ou plusieurs peines complémentaires ».

1353 Voir *supra*.

1354 Créé par Loi n°2007-1198 du 10 août 2007, art. 3 JORF 11 août 2007 : « Lorsque les circonstances de l'infraction ou la personnalité de l'auteur le justifient, le président de la juridiction avertit, lors du prononcé de la peine, le condamné des conséquences qu'entraînerait une condamnation pour une nouvelle infraction commise en état de récidive légale »

1355 Voir *supra*.

biais de « l'excuse de minorité »¹³⁵⁶ qui, avec la loi de 2007, pouvait être exclue en cas de récidive¹³⁵⁷. Aussi, les mineurs sont également touchés par l'essor de la précaution.

637.- En guise de conclusion sur les peines plancher, relevons qu'elle correspondent à la fois à un durcissement de la sanction et revêtent les caractères de la précaution cités plus haut : elles ciblent des individus (ceux qui ont déjà eu affaire à la justice), elles responsabilisent (l'avertissement solennel par la juridiction lors de la première condamnation incite à choisir la bonne voie et à effectuer ce choix en tant qu'être capable de mesurer le pour et le contre) et elles sanctionnent (si la bonne voie n'a pas été choisie par l'individu, celui-ci encourra une sanction plus lourde).

638.- Signalons que ce dispositif des peines plancher, qui a vivement été critiqué dès son apparition, et par l'opposition politique et par des associations des droits de l'homme, a été particulièrement remis en cause, en 2012¹³⁵⁸. Le président de la République, François Hollande, élu cette même année, comptait, parmi les promesses contenues dans son programme électoral, rompre avec le système des peines plancher (promesse n°53). Christiane Taubira, nouvelle ministre de la Justice, avait en partie réalisé la promesse présidentielle dans une circulaire du 20 août 2012 où elle enjoint aux parquets d'individualiser au mieux la sanction¹³⁵⁹. La garde des Sceaux avait réaffirmé le « principe général d'une constante individualisation de la peine » et, « s'agissant des peines plancher, [...] demande [aux procureurs de la République et aux procureurs généraux], de tenir le plus grand compte, dans [leurs] réquisitions et [leurs] choix de poursuite, de la situation personnelle, sociale et économique de chaque prévenu qui permet d'écarter ces peines automatiques, conformément [au droit en l'état] »¹³⁶⁰. Elle dénonçait les instructions antérieures (de l'ex ministre de la Justice, Rachida Dati) contraignant à un appel systématique en cas d'éviction de la peine plancher. En outre, les peines automatiques promues par le gouvernement précédent « devaient être évitées » dans la nouvelle politique pénale mise en œuvre par la garde des Sceaux, Christiane Taubira, en rompant à tout prix avec le « tout sécuritaire » et le « tout

1356Ce principe a été déclaré constitutionnel par la décision du 29 août 2002, évoquée *supra*.

1357Voir *infra*, Partie 2, Titre 1.

1358Voir *infra* à propos de la Conférence de consensus et du projet de réforme pénale.

1359Circulaire d'action publique de Madame la Garde des Sceaux du 20 août 2012, JUD D-CRIM 2012. Voir notamment E. VIGOUREUX, « Exclusif. La circulaire de politique pénale de Taubira », *Le Nouvel Observateur*, 12 septembre 2012 (avec copie de la circulaire) ; F. BÉGUIN, « Quel bilan pour les peines plancher ? », *Le Monde*, 19 septembre 2012 ; L. DE CHARRETTE, « La fin des peines plancher : un gage pour les magistrats », *Le Figaro*, 13 septembre 2012.

1360 Circulaire précitée, p. 8.

carcéral », et avec la mise en avant du principe directeur de la diminution du nombre d'infractions¹³⁶¹.

639.- Nous verrons *infra* que la loi du 15 août 2014 a abrogé les dispositions de la loi de 2007, en ce qui concerne les peines plancher¹³⁶².

c) La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental

640.- La rétention de sûreté et la surveillance de sûreté¹³⁶³ ont été justifiées en 2008 pour prévenir le risque de récidive. Ces mesures sont-elles pour autant de réelles mesures de prévention ? A l'image de la surveillance judiciaire, elles semblent plutôt correspondre à de la précaution, mêlant prévention et répression. En effet, elles « ciblent » des individus connus du système judiciaire et dépistés/signalés comme recelant une particulière dangerosité¹³⁶⁴ ; elles « responsabilisent » : elles emportent obligations à la charge de l'individu concerné ; elles « sanctionnent » de par leur caractère coercitif et afflictif¹³⁶⁵ et de par le fait qu'en cas d'inobservation des règles, l'intéressé encourt des sanctions (une rétention de sûreté en cas de violation des obligations de la surveillance de sûreté, par exemple). Notons que malgré les recommandations et un amendement déposé pour la suppression de la rétention de sûreté, la loi du 14 août 2014 l'a maintenue¹³⁶⁶.

d) La loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale

641.- Cette loi a notamment créé le Répertoire des données à caractère personnel¹³⁶⁷ qui poursuit, entre autres, l'objectif de « prévenir le renouvellement des infractions ». Ainsi, la prévention de la récidive, qui est clairement visée par la création de ce répertoire, est très lointaine de l'acception classique de la prévention intervenant sur le milieu

1361 Voir aussi l'avant projet de réforme pénale, *infra*.

1362 Voir *infra* (f).

1363 Voir *supra* pour plus de détails.

1364 Voir *supra*.

1365 Voir *infra* sur ces caractères de la rétention de sûreté et des mesures de sûreté (Partie 2, Titre 2, Chapitre 1).

1366 Voir *infra*.

1367 Voir *supra*.

par différentes interventions sociales. Elle n'appartient pas non plus à la répression proprement dite mais se trouve à la frontière entre ces deux modes d'agir de la politique criminelle. Elle se situe, par conséquent, dans le mode de précaution : de surcroît, le répertoire participe de la veille et du contrôle évoqués *supra*¹³⁶⁸.

e) Dispositions de la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 visant à prévenir la récidive

642.- Comme nous l'avons évoqué *supra*, loi du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines prévoit, dans le cadre de la lutte contre la récidive, d'une part, la création de trois nouveaux centres nationaux d'évaluation (CNE) destinés à évaluer certains condamnés et, d'autre part, la généralisation du DAVC que nous rattachons *supra* à la rationalité de risque tout autant qu'à celle de précaution¹³⁶⁹.

643.- Ces dispositifs « ciblent » des individus condamnés à de longues peines et dont le degré de dangerosité paraît élevé¹³⁷⁰. Selon l'article 717-1 A CPP, doit être placée obligatoirement au CNE, en début de peine, toute personne condamnée à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à 15 ans pour des crimes précis¹³⁷¹ commis sur une victime mineure, ou commis sur une victime majeure avec une ou plusieurs circonstances aggravantes ou commis sur une victime majeure en état de récidive¹³⁷². Doit également être obligatoirement placée au CNE, en cours de peine, les personnes éligibles à la rétention de sûreté¹³⁷³ et certaines personnes sollicitant une libération conditionnelle¹³⁷⁴.

1368 Voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

1369 Voir *supra*.

1370 Voir la Circulaire du 21/02/2012 relative à l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues, NOR JUSK 12 40006C, p. 24s.

1371 Voir art. 706-53-13 CPP faisant référence à l'assassinat, au meurtre, à la torture ou actes de barbaries, au viol, à l'enlèvement et à la séquestration.

1372 Il existe aussi des cas d'admission facultative en fonction de la personnalité et de la nature des faits. Ces cas relevant de la discrétion, il est à craindre que le placement en CNE se généralise.

1373 La situation d'une personne éligible à la rétention de sûreté doit être examinée, comme nous l'avons précisé *supra*, au moins un an avant la date prévue de sortie, par une commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté. Dans ce cadre, la personne est placée au CNE pour 6 semaines au moins où sera effectuée une évaluation pluridisciplinaire de sa dangerosité.

1374 Cela concerne les personnes condamnées à une peine de réclusion à perpétuité ; les personnes condamnées à au moins 15 ans pour une infraction faisant encourir le SSJ ; les personnes condamnées à au moins 10 ans pour certaines infractions (visées par l'article 706-53-13 CPP précité). Outre ces cas d'admission obligatoire en cours de peine, il existe cas d'admission facultative au CNE : pour les personnes éligibles à une surveillance judiciaire et, de manière plus exceptionnelle, pour d'autres personnes dans la perspective d'un aménagement de peine ou d'une meilleure individualisation du régime de détention.

644.- En outre, les CNE opèrent sous fond de responsabilisation et de sanction dans la mesure où l'évaluation individuelle qui y est menée conditionnera la prise de mesures, notamment l'octroi de la libération conditionnelle. S'il s'agit en premier lieu d'évaluer la dangerosité d'une personne, la responsabilisation de celle-ci face à sa propre dangerosité n'est jamais loin, et surtout, si un degré élevé de dangerosité apparaît au cours des différents tests et entretiens, l'évaluation devient sanctionnatrice lorsqu'elle conduit à une issue négative pour le détenu.

645.- Par ailleurs, la loi du 27 mars 2012 instaure des dispositions, motivées par l'affaire Agnès¹³⁷⁵, qui permettent la circulation d'informations autrefois confidentielles, comme nous le verrons *infra*¹³⁷⁶.

f) La Conférence de consensus sur la récidive 2012/2013 et la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales : un possible revirement de politique criminelle

646.- Précisons d'abord que l'organisation de conférences de consensus touchait initialement le domaine médical. Ce modèle de réflexion provenant de l'Amérique du nord a en effet été utilisé à plusieurs reprises, notamment sous la forme de conférences de citoyens, en matière de santé. En 1996, une agence a été créée pour organiser ce type de consultation avec une première conférence relative au maïs transgénique en 1998. Ainsi, on peut noter, à travers l'emploi de ce mode de réflexion collective en matière pénale, une transposition d'outils utilisés dans le domaine sanitaire à l'instar de la transposition du principe de précaution.

647.- Ainsi la première conférence de consensus a été initiée en droit pénal et en politique criminelle sur la récidive sous l'égide de Christiane Taubira, qui chargera en septembre 2012 un comité d'organisation de la préparer¹³⁷⁷. Il s'est agi de réunir un avis collectif sur la question très controversée de la récidive, à laquelle les gouvernements

1375 Voir *supra* sur cette affaire fortement médiatisée.

1376 Voir Section 2 du présent Chapitre.

1377 La qualité de source de légitimité attribuée à cette conférence a été remise en cause par le ministre de l'Intérieur, Manuel Valls, voir *infra*.

successifs n'ont pas trouvé de solution. Plusieurs experts ont été invités à rédiger des analyses écrites avant de les présenter publiquement en février 2013. Un jury de consensus a enfin été choisi afin de formuler des recommandations après avoir entendu les experts¹³⁷⁸.

648.- Dans ce cadre, le rapport remis au premier ministre et à la garde des Sceaux mercredi 20 février 2013 présentera plusieurs préconisations allant à contre sens des dispositions mises à l'étude plus haut. Il était notamment recommandé de supprimer les peines plancher¹³⁷⁹, la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté, de même qu'était préconisé de réaffirmer la fonction de resocialisation de la peine et de créer une nouvelle peine, la peine de probation¹³⁸⁰. L'enjeu de ces recommandations de la conférence de consensus s'avérait majeur car si elles étaient suivies d'effets en droit positif, elles auraient pour conséquence de modifier considérablement la politique de prévention de la récidive. En quelque sorte, l'abrogation des dispositions étudiées plus haut « déprécautionnaliserait » cette politique. La politique de prévention de la récidive ne répondrait plus parfaitement à son analyse en tant que forme de précaution. Mais nous verrons que toutes les préconisations du rapport n'ont pas été reprises dans la loi du 15 août 2014¹³⁸¹.

649.- Un an après la remise de ce rapport, les préconisations n'avaient toujours pas été concrétisées. Ce qui démontre la puissance du principe de précaution, qui une fois propulsé, peut s'avérer difficilement contrôlable¹³⁸². En effet, la difficulté pour le gouvernement à revenir sur des dispositions marquées du sceau précautionniste témoigne de la prégnance de cette attitude chez tous, quelle que soit l'appartenance politique. Si les voix se sont d'abord élevées contre la spirale sécuritaire insufflée par le principe de précaution, force est de constater que cette révolte n'a pas entièrement été mise en action, malgré l'adoption de la loi du 15 août 2014. Comme si les adversaires de la précaution pénale entérinaient la difficile remise en cause des dispositions précautionnistes. Il est d'ailleurs significatif que le président de la République, François Hollande, à propos des peines plancher qu'il proposait de

1378 Sur le fonctionnement et la méthode de travail de la Conférence de consensus, voir not. CH. LAZERGES, « Du consensus sur la prévention de la récidive », *RSC*, 2013, p. 191. Cette note de synthèse se réfère aux recommandations de la conférence de consensus, au rapport parlementaire d'information de l'Assemblée nationale n°652 de D. RAIMBOURG « Penser la peine autrement : propositions pour mettre fin à la surpopulation carcérale » et à l'avis de la CNCDH sur la prévention de la récidive du 21 février 2013.

1379 Sur ce point, voir CH. LAZERGES, *op.cit.* L'auteure rappelle que l'abrogation des peines plancher est souhaitée par la Conférence de consensus, par le rapport parlementaire précité (proposition 15) et par l'avis de la CNCDH.

1380 Voir *infra* sur ce point.

1381 Voir *infra*.

1382 Voir *infra*, fin de ce chapitre.

supprimer lors de sa campagne présidentielle, se contentera de vouloir seulement les modifier un an après son élection¹³⁸³.

650.- En juillet 2013, un avant-projet de loi s'appuyant sur les recommandations de la conférence de consensus a été déposé mais il a ré-ouvert le débat autour de l'opportunité de la suppression des peines plancher et sur la nécessité de la peine d'emprisonnement¹³⁸⁴. Cet avant projet a ravivé des tensions entre la garde des Sceaux fidèle aux engagements présidentiels et attachée à la réforme des lois sécuritaires du précédent gouvernement et le ministre de l'Intérieur plus répressif et réticent à revenir sur des dispositions précautionnistes¹³⁸⁵. De plus, la seconde version de ce projet de réforme pénale discuté en conseil des ministres en octobre 2013 ne contiendra plus la suppression de la rétention de sûreté.

651.- Le projet a été soumis, selon la procédure d'urgence¹³⁸⁶, au débat parlementaire. Il sera adopté et deviendra la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales. L'amendement, qui avait relancé la suppression de la rétention de sûreté¹³⁸⁷, sera rejeté. Parmi les dispositions précautionnistes, seules les peines plancher ont été supprimées¹³⁸⁸.

652.- Cette absence de volonté unanime et ferme de supprimer les récents dispositifs mis en place démontre la force d'une nouvelle manière d'appréhender la politique criminelle. Toutes les dispositions relatives à la prévention de la récidive que nous venons de recenser participent de la construction d'un nouveau modèle de politique criminelle placé sous l'égide de la précaution, qui, une fois érigé s'avère difficilement « ébranlable ». La précautionnalisation progressive des deux champs d'action de la politique criminelle actuelle,

1383 Voir différents articles de presse.

1384 La peine de probation préconisée par la conférence de consensus et baptisée « contrainte pénale » dans l'avant projet de loi fait l'objet de vives critiques. Nous reviendrons sur son contenu lorsque nous aborderons la distinction peine/mesure de sûreté, voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

1385 Voir différents articles de presse, not. « La lettre de Valls à Hollande qui torpille la réforme Taubira », *Le Monde*, 13 août 2013 ; « La peine de probation, « mesure phare » du texte, paraît « manquer sa cible », *Le Monde*, 13 août 2013 ; « Manuel Valls et Christiane Taubira s'affrontent sur la réforme pénale », *Le Monde*, 13 août 2013 ; « Manuel Valls saborde la réforme pénale de Christiane Taubira », *Le Monde*, 13 août 2013 ; « Réforme pénale : la lettre de rupture de Manuel Valls », *Libération*, mercredi 14 et jeudi 15 août 2013 etc.

1386 Sur cette procédure d'urgence, voir *supra*.

1387 Voir *infra* sur cet amendement.

1388 Voir *supra*. Par ailleurs, la loi du 15 août 2014 a instauré la contrainte pénale, que nous étudierons *infra* (Partie 2, Titre 2, Chapitre 1).

la prévention et la répression, observés en préliminaire, ainsi que leur interpénétration constante au service de la précaution bouleversent quelque peu l'équilibre d'un modèle dont la mesure de la sécurité et de la liberté est ancrée depuis longtemps, pour peut-être finir par en modifier substantiellement les fondations.

SECTION 2 : LA MUTATION DE LA POLITIQUE CRIMINELLE VERS UN MODÈLE PRÉCAUTIONNISTE

653.- La politique criminelle peut être modélisée en distinguant, selon leur origine et leur mode de fonctionnement, les différents types de réponses données au phénomène délinquant, et le cas échéant, à la déviance. Elle est un système complexe d'interventions sur la criminalité, mais également sur des situations pré-criminelles, post-criminelles et para-criminelles. La combinatoire de ces multiples actions protéiformes permet de dessiner un modèle propre à chaque État. Le modèle de la politique criminelle française construit par la doctrine **(I)** peut, aujourd'hui, apparaître obsolète¹³⁸⁹ au regard des mutations enregistrées **(II)**.

I. LE MODÈLE FRANÇAIS DE POLITIQUE CRIMINELLE DÉFINI PAR LA DOCTRINE

654.- Depuis les années 1980, la doctrine qualifie le modèle français de politique criminelle de modèle libéral¹³⁹⁰ **(A)** mais l'émergence d'un nouveau modèle a récemment été annoncée par certains auteurs **(B)**.

A. LA POLITIQUE CRIMINELLE FRANÇAISE CONÇUE COMME UN « MODÈLE LIBÉRAL »

655.- Plusieurs auteurs ont établi des classifications permettant d'isoler différents modèles de politique criminelle. D'après ces classifications et selon la doctrine

1389M. DELMAS-MARTY considère elle-même que les modèles de politique criminelle sont amenés à évoluer et décrit les différents mouvements que l'on peut observer (voir *infra*).

1390S'agissant de la modélisation de la politique criminelle française, nous nous référerons principalement aux travaux de M. DELMAS-MARTY.

majoritaire, la politique criminelle française correspondrait à un modèle de type libéral. Nous évoquerons deux grandes classifications des modèles de politique criminelle : celle de Mireille Delmas-Marty qui est aujourd'hui la plus étudiée (1) et celle de Denis Szabo (2)¹³⁹¹.

1) Les modèles de politique criminelle selon Mireille Delmas-Marty

656.- Nous nous référerons ici à l'ouvrage de Mireille Delmas Marty relatif aux grands systèmes de politique criminelle¹³⁹². L'auteure y distingue deux invariants, c'est-à-dire deux éléments supposés communs à toutes les sociétés : les comportements d'écart aux normes (comprenant la délinquance et la déviance) et les réponses du corps social à ces comportements (comprenant les réponses émanant de l'État et celles émanant de la société civile). Ensuite, elle relève les relations fondamentales pouvant exister entre ces invariants, que nous reprenons dans la répartition suivante :

- Infraction - réponse étatique (I-Re)
- Infraction - réponse sociétale (I-Rs)
- Déviance - réponse étatique (D-Re)
- Déviance - réponse sociétale (D-Rs)

657.- L'auteure aboutit à la classification de cinq modèles de politique criminelle suivante : le modèle État-Société libéral, le modèle État autoritaire, le modèle État totalitaire, le modèle Société autogestionnaire et, enfin, le modèle Société libertaire.

658.- De cette classification et approche systémique de Mireille Delmas-Marty, nous retenons que la politique criminelle française correspond, selon l'auteure, au modèle libéral caractérisé par les relations suivantes : I-Re+ Rs- ; D- Re- Rs+. Cette schématisation signifie qu'au sein du modèle libéral, à l'infraction correspond une réponse exclusivement étatique tandis que la société traite des déviances, qui se trouvent donc hors du champ de l'État.

¹³⁹¹Relevons également, sans l'étudier en détail, celle de Hulsmann. Ce dernier a en effet établi une typologie qui repose sur la nature et le contenu de la réaction sociale et distingue ainsi quatre modèles : le modèle punitif, le modèle thérapeutique, le modèle compensatoire et le modèle conciliatoire. V. G. LOPEZ et S. TZITZIS, *Dictionnaire de sciences criminelles, op.cit.*, p. 718 (article de R. GASSIN)

¹³⁹²M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, 1992.

659.- En 2010, constatant des mutations de ce modèle en France, Mireille Delmas-Marty rappelle le sens de l'adjectif libéral lorsqu'il est associé à un modèle de politique criminelle : il faut entendre « idéologie « libérale » en ce sens qu'au nom des libertés individuelles elle incite à limiter le droit de punir de l'État aux transgressions définies comme infractions (écart à la normativité, au devoir-être), réservant les déviations (écarts à la normalité) à la société civile qui ne peut prendre des mesures coercitives »¹³⁹³.

2) Les différentes politiques criminelles selon Denis Szabo

660.- Denis Szabo, quant à lui, distingue, en 1978, les différentes politiques criminelles existantes en fonction du type de société¹³⁹⁴. Pour cela, il opère deux classifications des sociétés. La première est établie en fonction du développement économique, la seconde en fonction de l'intégration de certaines valeurs emportant l'adhésion des divers groupes composant les sociétés. Deux tableaux, chacun se référant à l'une de ces deux classifications, permettent de synthétiser l'analyse de Denis Szabo.

1393M. DELMAS-MARTY, 2010, *op.cit.*, p. 29.

1394D. SZABO, *Criminologie et politique criminelle*, Presses Universitaires de Montréal, Vrin, 1978.

Classification des sociétés en fonction du développement économique

Sociétés industrielles et post-industrielles				Sociétés agricoles	
Régimes politiques socialistes	Régimes politiques libéraux			Pays en voie de développement	
<i>Politique criminelle intégrée dans la politique sociale</i>	<i>Politique criminelle : « parent pauvre de la politique sociale » (la prévention du crime ne figure parmi les objectifs de la politique sociale que depuis récemment)</i>			Milieus traditionnels	Grandes villes
Resocialisation par le travail	Amérique du Nord	Hollande/Pays scandinaves	Europe occidentale et méditerranéenne	<i>Justice tribale</i>	<i>Pas de politique préventive</i>
	Développement d'une politique criminelle intégrée à la politique sociale	<i>Succès spectaculaires de la politique criminelle</i>	« La criminalité demeure l'affaire presque exclusive de policiers, magistrats, geôliers »		
Amendement du délinquant et réintégration par la société					

Classification en fonction de l'intégration de certaines valeurs

Sociétés intégrées	Sociétés partiellement intégrées	Sociétés non intégrées
Convergence entre valeurs morales, mœurs et loi	<p>Différenciation plus poussée entre organes et fonctions, mœurs plus variées</p> <p>Sous culture (mais processus d'habitation par les organes de socialisation)</p> <p>Variation dans l'interprétation des valeurs, jugement moral relatif (et non plus binaire)</p>	<p>Mœurs très variées</p> <p>Sous culture + contre culture</p>
Criminel = hors la loi, malade, ennemi public	<p>Principal critère d'appréciation dans le recours à la tolérance ou à la condamnation morale : utilité sociale</p> <p>Absence de sanction des conduites déviantes car manque d'un sentiment de légitimité partagée</p>	<p>Lois et sanctions = instruments d'oppression au service d'une minorité</p> <p>Pas de principe unificateurs</p> <p>Confusion entre délinquance, déviance, contestation et insurrection</p> <p>Allégeance justifiée à une divinité à l'exclusion de tout autre</p>
Système de parti unique	Pays avec régime de démocratie politique voire sociale et économique	Société occidentale à régime de démocratie politique et sociale

665.- D'après la première classification de Denis Szabo, la politique criminelle ne peut être étudiée qu'au sein du régime politique dans lequel elle s'insère. La politique criminelle française se révèle donc à travers le régime libéral, pour lequel la criminalité est l'affaire des seuls pouvoirs publics. Pour reprendre les termes de Mireille Delmas-Marty, à la délinquance ne doit répondre que l'État à l'exclusion, en principe, de la société.

666.- D'après la seconde classification de Denis Szabo, la politique criminelle diffère selon le niveau, au sein de la société, de l'intégration de certaines valeurs collectives. La France peut ainsi être rattachée au groupe des sociétés partiellement intégrées dans lesquelles la sanction est utilitariste. Dans ces sociétés où les valeurs sont partagées par la plupart, la sanction n'intervient que lorsqu'elle apparaît légitime c'est-à-dire lorsque le comportement sanctionné a atteint une valeur emportant l'adhésion de la majorité. Les comportements qui ne perturbent pas l'ordre social, eux, ne méritent pas sanction.

667.- Qu'elle soit appréhendée du point de vue de Denis Szabo ou en référence à l'analyse systémique de Mireille Delmas-Marty, la politique criminelle française, comme toute politique, n'est pas immuable. Elle subit des variations au gré des changements de conceptions et des modifications d'optiques, fortement imprégnées de la politique au sens large. Si bien que la doctrine entrevoit, à travers ces mouvements, l'amorce d'une métamorphose, ces dernières années, du modèle de politique criminelle française.

B. UNE MÉTAMORPHOSE ANNONCÉE DU MODÈLE DE LA POLITIQUE CRIMINELLE FRANÇAISE

668.- Avant d'évoquer quelques thèses exposées du passage à un autre modèle déjà défini par la classification doctrinale vue *supra* (2), nous évoquerons très succinctement les types de mouvements de politique criminelle décrits par la doctrine (1).

1) Les types de mouvements de politique criminelle répertoriés par la doctrine

669.- Mireille Delmas-Marty distingue trois catégories de mouvements de politique criminelle : les stratégies d'adaptation (variations à l'intérieur d'un même modèle),

les stratégies de rupture (glissement d'un modèle à un autre) et les stratégies d'expansion ou de retrait (criminalisation ou décriminalisation emportant alors la modification du champ de la politique criminelle)¹³⁹⁵.

2) Le passage du modèle libéral à un autre modèle issu de la classification traditionnelle

670.- En 2010, Mireille Delmas-Marty observe une tendance des démocraties¹³⁹⁶ à se prêter à des pratiques totalitaires, qu'elle analyse comme l'un des effets des attentats du 11 septembre 2001. Les modèles libéraux seraient animés par un double mouvement libéral et autoritaire voire totalitaire. D'abord, un mouvement libéral avec l'apport des cours des droits de l'homme (principalement de la Cour EDH) et dans une moindre mesure des cours constitutionnelles, ainsi que la conception de l'« irréductible humain » reconstruisant l'égalité de tous dans un monde marqué par une « anthropologie guerrière », qui conçoit l'autre comme un ennemi à éradiquer¹³⁹⁷. Ensuite, un mouvement vers les modèles totalitaires caractérisés par l'admission au nom de la sécurité collective de pouvoirs coercitifs de l'État quasi illimités¹³⁹⁸, ce mouvement conduisant à une radicalisation du contrôle social et à une déshumanisation du droit pénal. Ainsi, Mireille Delmas-Marty soulève les contradictions idéologiques sous-tendant la politique criminelle contemporaine. Cette dernière est marquée à la fois par une idéologie libérale¹³⁹⁹ fondée notamment sur l'idée d'État de droit et par un attachement au mythe sécuritaire qui se révèle pourtant incompatible avec l'État de droit¹⁴⁰⁰. En somme, les réponses données par la politique criminelle contemporaine seraient incertaines car reflétant une incertitude quant aux choix à établir sous les tensions entre société de la peur et « communauté de destin »¹⁴⁰¹. L'auteure privilégie, avec une note résolument optimiste, la seconde option, la regardant comme une clé, pour le futur, au dénouement des conflits libertés/sécurité, anthropologie humaniste/anthropologie guerrière, politique criminelle libérale/politique criminelle autoritaire ou totalitaire.

671.- Ces évolutions montrent, en effet, le caractère paradoxal des États démocratiques, dont la traduction dans les contenus des politiques criminelles est la

1395 Voir synthèse dans le *Dictionnaire de sciences criminelles*, *op.cit.*, pp. 718-719.

1396 L'auteure relève les mêmes tendances au sein de plusieurs pays démocratiques, les États-Unis et des pays européens.

1397 Sur le concept d'ennemi, voir *supra* (Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2).

1398 M. DELMAS-MARTY, 2010, *op.cit.*, p. 31.

1399 Voir *supra*.

1400 M. DELMAS-MARTY, 2010, *op.cit.*, p. 29s.

1401 *Ibid.*, p. 32.

conjugaison d'éléments par essence contraires et forcément conflictuels, ce que résume Mireille Delmas -Marty par les « réponses incertaines ». Pour notre part, ces incertitudes sont le reflet d'une approche, au contraire, déterminée à traiter de toutes les incertitudes sociétales qu'alimente une conception sécuritaire de la gestion des risques sociétaux, et dont le pendant dans le domaine pénal se réalise dans un dispositif « précautionniste » excessif.

II. LE MODÈLE FRANÇAIS DE POLITIQUE CRIMINELLE PRÉCAUTIONNISTE : UN MODÈLE INÉDIT

672.- Déjà en 1983, André Varinard en étudiant la politique criminelle française depuis la loi du 17 juillet 1970, estimait que toutes les réformes, en dépit de la diversité de leurs objets d'interventions, poursuivaient une même méthode qui est, par delà l'accent mis sur certaines infractions, le ciblage des délinquants commettant ces infractions et la volonté de les traiter¹⁴⁰². Ce premier constat généraliste sur la législation pénale française nous invite à préciser les conditions de l'élaboration de la politique criminelle.

673.- D'après le *Dictionnaire de sciences criminelles*, il existe deux types de facteurs de la politique criminelle : les facteurs d'orientation structurelle et les facteurs d'adaptation conjoncturelle¹⁴⁰³. Les premiers « dessinent l'orientation d'une politique criminelle sur le long ou le moyen terme » et regroupent « le système des valeurs dominantes en cours dans la société, l'influence des idéologies lourdes dont font partie certaines doctrines de politique criminelle, le régime politique, le système économique, la conception des relations sociales et l'état des sciences et techniques »¹⁴⁰⁴. Nous avons déjà évoqué *supra* le poids de l'opinion publique et des valeurs collectives ainsi que l'idéologie sous-jacente à l'émergence du nouveau modèle de politique criminelle¹⁴⁰⁵. Soulignons aussi, parmi « les facteurs d'orientation structurelle » de cette nouvelle politique criminelle, la présidentialisation du régime politique français avec notamment l'instauration du quinquennat faisant coïncider élections présidentielles et élections parlementaires, la mondialisation

1402A. VARINARD, « Politique criminelle et tendances de la législation pénale française contemporaine », *Déviance et société*, 1983 - Vol. 7, N°2, pp. 155-169.

1403 *Dictionnaire de sciences criminelles*, *op.cit.*, p. 719.

1404 *Idem*.

1405 Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitres 1 et 2.

économique et le système de marché, l'individualisme poussé et le recours de plus en plus fréquent à l'expertise et à des outils statistiques dans la gestion de la délinquance¹⁴⁰⁶.

674.- Les seconds facteurs sont ceux « qui viennent perturber le cours de l'orientation générale de la politique criminelle dans le court terme en raison de la survenance de circonstances particulières : crises politiques ou économiques, agitations sociales, alternances fréquentes de majorité politique, nécessités pratiques dues au développement d'une délinquance de masse, engorgement des tribunaux, etc. »¹⁴⁰⁷. Les facteurs d'adaptation conjoncturelle du nouveau modèle de politique criminelle pourraient alors être la crise économique doublée d'une crise de la confiance placée dans le politique, la survenance d'« émeutes » dans les banlieues en 2005, le passage à un mandat ultra présidentiel de l'UMP (Union pour la Majorité Parlementaire) en 2007 (mais nous datons la consécration de la nouvelle politique criminelle à 2002 avec la LOPSI 1), les scandales sanitaires, une hausse dénoncée de la petite délinquance et des incivilités... et aujourd'hui, avec le changement de majorité parlementaire, en 2012, nous pourrions nous demander si un véritable changement de cap est en train de se produire (mais, à ce jour, nous ne disposons pas du recul nécessaire pour répondre convenablement à cette interrogation).

675.- Enfin, compte tenu de nos analyses précédentes sur le système pénal, les nouveaux contenus que fait apparaître la politique criminelle française actuelle appellent une requalification du modèle tel qu'il est perçu par la doctrine, à savoir un modèle libéral¹⁴⁰⁸. Les grands bouleversements opérés dans la société mais surtout dans le système pénal ont donné les orientations d'une politique criminelle axée sur une sur-responsabilisation des individus et leur plus grande implication dans la gestion politique des problèmes. Les réponses données à la délinquance mais également à la déviance, qu'elles émanent de l'appareil étatique ou de la société, se sont considérablement accrues ces dernières années au point d'autoriser à les analyser dans un nouveau modèle (A). Car la classification des différents modèles de politique criminelle recensés par la doctrine ne permet plus à elle seule de saisir les enjeux de la politique criminelle actuelle, que nous repérons à partir d'un modèle « précautionniste » (B).

1406 Voir *supra*.

1407 Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitres 1 et 2.

1408 Voir *supra*.

676.- Nous ne recenserons pas ici toutes les réformes pénales récentes¹⁴⁰⁹ mais nous soulignerons que toutes illustrent une tendance générale à l'augmentation des mesures pénales, et ce notamment dans le domaine du suivi des délinquants et dans le mouvement de pénalisation des déviations (1). D'ailleurs, cette pénalisation des déviations rappelle l'assimilation de la déviation à l'infraction, propre aux modèles autoritaires décrits par la doctrine (2). En outre, une autre tendance devra être relevée, celle confiant à la société une partie grandissante de la gestion de la délinquance et de la déviation (3).

1) Un accroissement des mesures pénales : le suivi judiciaire des délinquants et la pénalisation des déviations

677.- Après un mouvement d'abandon du pénal initié dans les années 60/70¹⁴¹⁰, une tendance inverse de retour au pénal¹⁴¹¹ a pu être observée, qui illustre, de façon significative, des traits caractéristiques du modèle précautionniste de politique criminelle : le suivi judiciaire des délinquants et la pénalisation de déviations.

678.- Concernant le suivi judiciaire des délinquants, nous renvoyons principalement à ce que nous avons déjà étudié lorsque nous comparions les nouvelles mesures de sûreté aux mesures de précaution¹⁴¹², et aux développements ci-dessus concernant la prévention de la récidive, la coercition et l'affliction contenues par ce type de mesures. Nous renvoyons également à la « veille » et la traçabilité avec l'accroissement du fichage¹⁴¹³. La généralisation des fichiers conduit à « un abaissement du niveau de risque potentiel que doivent constituer les individus pour être fichés »¹⁴¹⁴. Même si les fichiers sont initialement créés pour garder en mémoire certains auteurs d'infractions, on peut craindre leur extension à toute la population. Ce mouvement de prolifération des fichiers doit aussi être relié au

1409 Voir *supra*.

1410 Sur cet abandon du pénal voir R. GASSIN, *op.cit.*

1411 Pour Raymond Gassin, en France, ce retour au pénal s'est manifesté de plusieurs façons : d'abord par l'utilisation des technologies informatiques et la recherche de l'efficacité (communes aux États-Unis), ensuite, l'affirmation du droit à la sécurité (voir *supra* sur ce point), l'élargissement du domaine d'application de certaines infractions et/ou l'aggravation des sanctions encourues, l'incrimination d'incivilités majeures (rappelant la théorie de la fenêtre brisée), l'accroissement des pouvoirs de la police (rattaché à l'idée de « tolérance 0 ») et une véritable politique coordonnée de la sécurité (voir *supra* sur ce point). R. GASSIN, *op.cit.*

1412 Voir *supra*.

1413 Voir *supra* et *infra*.

1414 M. DELMAS-MARTY, 2010, *op.cit.*, p. 70.

nouveau principe de disponibilité des informations qui encourage le partage des données au sein de l'Union européenne¹⁴¹⁵.

679.- S'agissant de la pénalisation des déviations, nous renvoyons également aux développements précédents, lorsque nous avons mis en avant l'incrimination de comportements dits à risque¹⁴¹⁶, qui correspondent en réalité à des déviations, des attitudes hors normes. Ce phénomène peut être confronté aux explications de Raymond Gassin. Ce dernier rappelle que l'objectif premier de toute politique criminelle est la construction et la préservation d'un « ordre social minimum » par l'incrimination de certains comportements. Le choix des incriminations s'opérerait alors selon un critère formel (la légalité) et des critères matériels tels que l'idée de nécessité et l'idée de justice. On peut se demander si ces critères ont vraiment été mis à l'œuvre dans l'incrimination de certaines déviations, sauf à y voir, pour le critère de nécessité, une utilité sociale dans la pratique d'une sorte d' « eugénisme social », et pour le critère de justice, une résurgence d'intégration culturelle et de cohésion sociale autour de certaines valeurs morales. Ce qui conduit à la redoutable confusion évoquée par Raymond Gassin entre le droit qui est impératif et les mœurs qui sont de l'ordre de l'indicatif¹⁴¹⁷. L'auteur conclut finalement qu'il n'existe « pas de critère vraiment scientifique de la criminalisation car le droit pénal repose sur un système de valeurs qui relèvent de l'idéologie et non de la science »¹⁴¹⁸. Parmi ces valeurs, il faut en effet distinguer les valeurs-moyens caractérisées par leur permanence¹⁴¹⁹ et les valeurs-fins profondément idéologiques et marquées par la relativité. Les valeurs fondant le droit pénal incriminant certains comportements sans préjudice pour autrui peuvent alors être regardées comme des valeurs issues de l'idéologie précautionniste¹⁴²⁰, qui organise la méfiance à l'égard de tout germe de risque et, au-delà, à l'égard de tout ce qui peut être vécu comme la moindre émergence de risque¹⁴²¹.

1415 Voir M. DELMAS-MARTY, 2010, *op.cit.*, pp. 74-75.

1416 Voir *supra* (Chapitre précédent).

1417 L'auteur précise que « cet amalgame entre droit et mœurs est redoutable notamment si les valeurs de l'opinion du plus grand nombre constituent des « anti-valeurs », par exemple, des tendances racistes, des tendances à l'exclusion de certains d'entre nous parce qu'ils sont pauvres, vivent différemment etc ». R. GASSIN, *op.cit.*

1418 *Ibidem*.

1419 Raymond Gassin renvoie à la notion de « noyau dur de la délinquance ».

1420 Voir *supra* à propos de l'idéologie précautionniste (Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2).

1421 Sur le lien entre sentiment d'insécurité et devoir de précaution, voir *supra* (Partie 1, Titre 1, Chapitre 1).

680.- Récemment, un retour en arrière a été triplement préconisé avec le souhait de dépenaliser certains comportements dont l'incrimination n'apparaît pas utile. Le rapport parlementaire d'information de Dominique Raimbourg visait, à cet effet, notamment le racolage passif, la mendicité « agressive » et l'occupation d'un hall d'immeuble¹⁴²². La CNCDH proposait, quant à elle, de réfléchir à « la contraventionnalisation de certains délits voire à la décriminalisation de certains agissements »¹⁴²³. Et la Conférence de consensus émettait des recommandations dans le même sens¹⁴²⁴. Ces trois instances souhaitaient donc revenir sur la pénalisation, initiée dans les années 2000, de certains comportements déviants ou jugés à risques¹⁴²⁵. Cependant, malgré ce consensus et volontés affichés, aucun accord n'a été trouvé pour dire précisément quelles infractions devaient sortir du champ pénal¹⁴²⁶. Le stade de réflexion n'ayant pas encore été dépassé, nous pouvons poursuivre notre raisonnement et souligner que cette assimilation de la déviance à l'infraction, qui n'est donc pas officiellement effacée à ce jour, rappelle quelque peu les modèles autoritaires de politique criminelle. En effet, la loi du 15 août 2014 ne contient pas l'abrogation des incriminations que les trois instances souhaitaient voir disparaître ou modifier.

2) Une tendance à l'assimilation de la déviance à l'infraction empruntée aux modèles autoritaires

681.- Dans une partie intitulée « Ne pas confondre délinquance et déviance », le Rapport prévention de la délinquance des jeunes de 2010 affirme que : « La délimitation paraît *a priori* claire, tant sur le plan conceptuel que statistique : la délinquance est une construction juridique qui désigne l'ensemble des crimes et délits commis sur un espace et en un temps donné, et se détermine par rapport à la loi. La déviance est quant à elle une construction sociale qui désigne l'ensemble des conduites qui s'écartent de la norme, et se détermine par rapport à des « valeurs ». La distinction entre ces deux notions repose sur la nature des réponses que l'acte ou le comportement entraîne : légale dans un cas, sociale dans l'autre, une action pouvant entraîner des réactions sur les deux registres. On ne sait pas

1422D. RAIMBOURG, « Penser la peine autrement : propositions pour mettre fin à la surpopulation carcérale », Rapport parlementaire d'information de l'Assemblée nationale n°652/2013.

1423CH. LAZERGES, *RSC* 2013, *op.cit.* Avis de la CNCDH sur la prévention de la récidive du 21 février 2013. Disponible sur le site de la CNCDH.

1424Recommandation n°5 de la Conférence de consensus. [Http://conference-consensus.justice.gouv.fr](http://conference-consensus.justice.gouv.fr)

1425Voir *supra*.

1426Sur ce point de « dissensus », voir CH. LAZERGES, *RSC*, 2013, *op.cit.*

toujours à partir de quels registres déterminer des réponses adaptées. Pour nécessaire qu'il soit, le registre judiciaire n'est pas toujours suffisant »¹⁴²⁷.

682.- En effet, cette distinction entre délinquance et déviance n'est pas toujours si limpide que cela, notamment lorsqu'on observe le mouvement de pénalisation de certains comportements déviants. Dans les modèles totalitaires, aucune frontière n'existe entre les deux notions. Sur ce point, Mireille Delmas-Marty évoque l'équation Infraction = Déviance. Henri Donnedieu de Vabres, à propos des politiques criminelles autoritaires mussolinienne, hitlérienne et de l'URSS, insiste pour chacune d'elles sur la normalisation par le pénal (avec une forte dimension familiale et religieuse en Italie, une dimension raciale en Allemagne, et politique en URSS)¹⁴²⁸.

683.- Aussi, le constat de l'incrimination de certaines attitudes appartenant plus à la catégorie des déviations appelle à assigner au nouveau modèle précautionniste, qui se dessine, une politique criminelle qui, pour les besoins de la précaution, n'hésite pas à emprunter certaines techniques propres aux modèles totalitaires. La politique criminelle précautionniste fait revivre le concept unique Infraction-Déviante créé par Mireille Delmas-Marty pour caractériser les modèles autoritaires.

684.- Dès lors, à observer les relations fondamentales définies par l'auteure entre, d'une part, les infractions et les déviations, et d'autre part, la réponse étatique et la réponse sociale, celles-ci ne suffisent plus à lire le modèle de la politique criminelle actuelle. Il faudra alors se tourner vers le concept ID mais également à un nouvel invariant constitué par une réponse qui se veut presque autant sociale qu'étatique (RES). « La pénalisation des comportements dans l'espace public »¹⁴²⁹ donnerait naissance à une nouvelle relation non envisagée par Mireille Delmas Marty : ID – RES.

685.- De même, lorsque c'est la dangerosité¹⁴³⁰ (la dangerosité comprise comme un état permanent ou non, mais toujours relié à l'individualité de la personne déclarée dangereuse) qui est visée et non pas l'infraction ni même la déviance, les concepts d'infraction

1427Rapport « Prévention de la délinquance des jeunes », 2010, précité, p. 9.

1428H. DONNEDIEU DE VABRES, *op.cit.*

1429Titre d'un article de P. PONCELA, *op.cit.*

1430Voir supra sur la notion de dangerosité (Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1).

et de déviance ne sont plus appropriés. On pourrait tenter de classer la dangerosité dans le concept unique ID. Selon Mireille Delmas-Marty (en 2010), la généralisation du concept de dangerosité conduit en effet à une confusion infraction/déviance¹⁴³¹. En outre, le « brouillage terminologique » - dangerosité/culpabilité, peine/mesure de sûreté¹⁴³²- serait à l'origine de la désuétude des concepts d'infraction et de déviance.

686.- Mais la déviance suppose une sorte de choix, d'option dans les conduites à modifier, qui est absente dans la lecture officielle de la dangerosité quand celle-ci est rattachée à un trouble mental¹⁴³³. Par conséquent, il semblerait plus opportun d'introduire dans la lecture systémique de Mireille Delmas-Marty le concept-même de dangerosité, dangerosité pour laquelle la réponse rattachée est à la fois étatique et sociale. Ceci se justifierait notamment par la mise en place de mesures de précaution¹⁴³⁴ visant les personnes déclarées dangereuses et par la sollicitation et l'investissement croissant de la société autour de la problématique du danger.

3) Une participation accrue de la société à la gestion de la délinquance et de la déviance

687.- Un rappel de l'article 2 de la Charte constitutionnelle pour l'environnement de 2005 permet de comprendre la liaison que nous établissons entre, d'une part, cet accroissement de la participation de la société civile à la lutte contre la délinquance et à la production de sécurité (civile) et, d'autre part, la transposition du principe de précaution à ces domaines. Transposé à la matière pénale, cet article, qui dispose que : « *toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement* », pourrait signifier que toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de la sécurité (civile). Ce devoir peut s'exercer de manière formelle (cas d'obligations légales) comme de manière informelle (simples vellétés). Dans tous les cas, il découle d'une politique criminelle martelant que « la sécurité est l'affaire de tous »¹⁴³⁵ et que le devoir de précaution doit s'appliquer à tous. Ce tropisme sécuritaire et précautionniste se découvre dans le projet de

1431M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Seuil, Coll. « La couleur des idées », 2010, p.30.

1432Voir *infra* Partie 2 sur ces notions.

1433Voir *supra*. Malgré la distinction établie par le Rapport Garraud entre dangerosité criminologique et dangerosité psychiatrique (Rapport précité), la définition retenue par la loi du 25 février 2008 et insérée dans le code de procédure pénale évoque une « *dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité* » (article 706-53-13 CPP).

1434Voir *supra* à propos des mesures de précaution (Chapitre précédent).

1435Slogan utilisé au départ pour promouvoir la co-production de sécurité dans le cadre de l'avènement de la politique de la ville. Voir *supra*.

code de la sécurité intérieure (a). Il se révèle déjà dans de nombreux mécanismes invitant à participer à la production de sécurité tels que « le secret partagé » et les différents cas d'obligation de signalement (b), la création de groupes de civils aidant les forces policières (c) et la surveillance de voisinage (d). Ces différents modes licites de participation sociale, conjugués à une attente inassouvable de toujours plus de sécurité de la part des pouvoirs publics, pourraient paradoxalement conduire à l'émergence d'un système d'auto-défense où la société, au lieu d'agir aux côtés des institutions, interviendrait seule (e)¹⁴³⁶.

a) Le projet de code de la sécurité intérieure

688.- Le rapport sur les orientations de la politique de sécurité intérieure, annexé à la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, avait préconisé la rédaction d'un « *code de la sécurité intérieure regroupant l'ensemble des textes qui intéressent la sécurité publique et la sécurité civile* ». L'élaboration d'un projet de code a été engagée à partir de 2006. Ensuite, la loi du 14 mars 2011 a donné habilitation au gouvernement pour procéder, par ordonnance, à la codification dans un délai de 12 mois. Le 12 mars 2012, une ordonnance a ainsi été prise en ce sens : l'ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure¹⁴³⁷. Il s'est agi de codifier toutes les dispositions relatives à la sécurité publique et à la sécurité civile. Dans le prolongement du phénomène d'assimilation de toutes formes de risques que nous évoquions¹⁴³⁸, sont ainsi regroupées dans ce code des dispositions relatives à la sécurité sous tous ces aspects. En effet, se côtoient deux notions, « sécurité publique » et « sécurité civile ». Le Titre premier « *principes généraux de la sécurité intérieure* » comprend un chapitre relatif à la « *sécurité publique* », débutant par un article affirmant que « *la sécurité est un droit fondamental et constitue l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives [...] [et que] L'État a le devoir d'assurer la sécurité en veillant, sur l'ensemble du territoire de la République, à la défense des institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics, à la protection des personnes et des biens* » (article L 111-1 CSI) ; ce Titre premier consacre

1436 Nous ne traiterons pas ici de la participation citoyenne à la justice qui a été encouragée par la loi du 10 août 2011 instaurant un jury correctionnel et un tribunal correctionnel pour certains mineurs. Il a été mis fin à l'expérimentation de ces jurys correctionnels en juin 2013.

1437 Sur la procédure d'élaboration du projet de code de sécurité intérieure, voir Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure *JORF* n°0062 du 13 mars 2012 page 4530, texte n° 15.

1438 Voir *supra* (Partie 1, Titre 1, Chapitre 1).

ensuite un chapitre relatif à la « sécurité civile », avec un premier article ainsi rédigé : « *La sécurité civile [...] a pour objet la prévention des risques de toute nature, l'information et l'alerte des populations ainsi que la protection des personnes, des biens et de l'environnement contre les accidents, les sinistres et les catastrophes par la préparation et la mise en œuvre de mesures et de moyens appropriés relevant de l'État, des collectivités territoriales et des autres personnes publiques ou privées. Elle concourt à la protection générale des populations, en lien avec la sécurité publique au sens de l'article L. 111-1 et avec la défense civile [...]* » (article L. 112-1 CSI). Le lien que nous évoquions *supra* entre la réaction propulsée par l'État face aux risques de toute nature et face au risque délinquant¹⁴³⁹ est donc solennellement affirmé dans ce projet de code. Et ce texte juxtapose, par ailleurs, les réponses étatiques et sociétales comme si la société détenait ou devait détenir un rôle considérable dans la lutte contre les dangers¹⁴⁴⁰.

689.- Un projet de loi visant à ratifier l'ordonnance créant le code de la sécurité intérieure a été déposé le 9 mai 2012, respectant les délais impartis, mais il n'a pas encore été adopté¹⁴⁴¹. Après le changement de majorité parlementaire, un autre projet a été déposé dans le même sens mais n'a pas non plus été adopté¹⁴⁴². Ainsi, si la partie législative de ce code de la sécurité intérieure ne doit pas avoir de valeur à ce jour, rien n'empêche de reporter cette initiative à d'autres calendriers politiques. Enfin, faut-il signaler le projet de loi renforçant les dispositions de la lutte contre le terrorisme du 9 juillet 2014, qui propose d'insérer un nouvel article dans cette partie législative, l'article L. 224-1 CSI, prévoyant une interdiction de quitter le territoire applicable aux personnes soupçonnées de projeter un déplacement à l'étranger dans le but de commettre des actes terroristes ou de participer à des entraînements terroristes¹⁴⁴³.

1439 Sur l'assimilation du risque délinquant aux autres formes de risques voir *supra* (Partie 1, Titre 1, Chapitre 1).

1440 Voir *supra* sur la nouvelle liaison entre ID-RES (Infraction/Déviance - Réponse étatique et sociétale).

1441 Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure, déposé le 9 mai 2012.

1442 Projet de loi ratifiant diverses ordonnances relatives à la partie législative du code de la sécurité intérieure, déposé le 18 septembre 2013.

1443 Voir *supra*.

b) Le secret partagé et l'augmentation des cas de signalement

690.- Le secret professionnel est garanti par la loi et sa violation est pénalement sanctionnée. L'article 226-13 du code pénal dispose en effet que « *La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende* ». Cet article est explicite des libertés publiques et de la protection individuelle des personnes, autant les professionnels que les personnes à qui ceux-ci s'adressent.

691.- L'article suivant du code pénal vient nettement temporer cet impératif de respect du secret professionnel. L'article 226-14 précise en effet immédiatement que « *L'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. En outre, il n'est pas applicable : / 1° A celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes sexuelles dont il a eu connaissance et qui ont été infligés à un mineur de quinze ans ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique ;/2° Au médecin qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République les sévices qu'il a constatés dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences sexuelles de toute nature ont été commises* ».

692.- Ces cas où la violation du secret est licite ont sensiblement augmenté ainsi que les situations où le professionnel se trouve dans l'obligation de signaler, le mettant quelques fois en porte à faux avec l'exercice de sa profession.

693.- Pour illustration, la loi n°2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines a créé de nouvelles hypothèses de partage d'informations. En ce qui concerne l'exécution des peines, le dialogue entre médecins et juges est facilité par l'obligation pour le juge d'instruction de remettre au médecin ou au psychologue devant assurer le suivi d'une personne mise en examen (article 138 10° du code de procédure pénale), ou d'une personne condamnée à une peine de sursis avec mise à l'épreuve (article 132-45 3° du code de procédure pénale) ou encore d'une personne faisant l'objet d'une injonction de soin

(article L. 3711-2 du code de la santé publique) une copie de l'ordonnance de placement sous contrôle judiciaire accompagnée, si le juge le souhaite ou si le médecin le demande, des rapports des expertises réalisées au cours de la phase d'enquête ou de l'instruction¹⁴⁴⁴. En outre, le médecin qui suit une personne condamnée en milieu fermé doit désormais délivrer au juge d'application des peines, une fois par trimestre minimum, des attestations concernant le suivi régulier du traitement imposé¹⁴⁴⁵. La remise de ces attestations servira au juge d'application des peines pour se prononcer sur le retrait des réductions de peine, l'octroi de réductions de peine supplémentaires ou d'une libération conditionnelle (article 717-1, alinéa 5 du code de procédure pénale). Réciproquement, le juge de l'application des peines adressera la décision de condamnation au médecin traitant (article précité, alinéa 6) et le cas échéant au psychologue traitant (article précité, alinéa 7). Ces nouvelles dispositions pourraient encourager, voire inciter, les condamnés à se soumettre au suivi imposé par la justice¹⁴⁴⁶. Et il apparaît logique, de prime abord, de vérifier le respect des mesures d'ordre médical prononcées judiciairement. Toutefois, d'un point de vue purement éthique, on peut constater là encore une mise à mal de la confidentialité habituellement assortie au suivi médical.

694.- L'affaire Agnès a inspiré d'autres dispositions de cette même loi du 27 mars 2012. Pour mémoire, rappelons que Matthieu, suspecté du meurtre d'Agnès, était placé sous contrôle judiciaire au moment des faits et que le directeur de son lycée ignorait tout de cette mesure. Un débat s'est alors créé, à l'Assemblée nationale comme dans la société, autour de cette absence d'informations, qui auraient permis, selon les défenseurs du partage d'informations, d'éviter le drame. Lors de la séance du 12 janvier 2012, un amendement déposé par le gouvernement était débattu : l'amendement n° 47 relatif au partage d'informations entre l'autorité judiciaire et les académies scolaires. Au soutien de cet amendement, Michel Mercier, alors garde des Sceaux, présentait son objectif « de prévenir une éventuelle récurrence dont les événements récents [le meurtre d'Agnès] nous ont malheureusement démontré le risque »¹⁴⁴⁷ ; et Eric Ciotti, député des Alpes maritimes, de renchérir : « L'actualité récente a mis en évidence les conséquences d'une information mal partagée. Le gouvernement, par cet amendement, fait avancer notre droit dans le sens d'une meilleure protection de notre société en renforçant les dispositifs d'information partagée ».

1444Article 5 de la loi du 27 mars 2012 précitée.

1445Article 7 de la loi précitée.

1446Voir en ce sens la chronique législative de Ph. BONFILS, *RSC* avril/juin 2012, p. 420. Voir aussi *supra* sur l'incitation au soin (Partie 1, Titre 2, Chapitre 1).

1447Assemblée Nationale, Session ordinaire 2011-2012, Compte-rendu intégral, Séance unique du jeudi 12 janvier 2012, disponible en ligne sur <http://www.assemblee-nationale.fr>

L'amendement ayant été retenu, il est devenu, au fil des discussions parlementaires, l'article 6 de la loi du 27 mars 2012, qui insère dans le code de procédure pénale deux nouveaux articles imposant à l'autorité judiciaire de transmettre, pour certaines infractions, une copie de la décision (de placement sous contrôle judiciaire, de condamnation, d'aménagement de peine, de surveillance judiciaire ou de surveillance de sûreté) aux autorités scolaires : l'article 138-2 CPP relatif au contrôle judiciaire et l'article 712-22-1 CPP concernant les personnes condamnées sous le contrôle du juge de l'application des peines ou du juge des enfants. Si l'intéressé poursuit sa scolarité dans un établissement (privé ou public), une copie de l'ordonnance de placement sous contrôle judiciaire ou de la décision de condamnation doit être transmise à l'autorité académique et, le cas échéant, au chef d'établissement. Cette nouvelle exigence de partage d'information est néanmoins encadrée par la loi. Les personnes tenues au courant ne peuvent divulguer l'information qu'aux personnes responsables de la sécurité et de l'ordre dans l'établissement, et le cas échéant, dans les structures d'hébergement des élèves, et aux personnels, soumis au secret professionnel, chargés du suivi sanitaire et social des élèves (article 138-2 CPP alinéa 3 et article 712-22-1 alinéa 3 du même code). En outre, il est précisé que « *Le partage de ces informations est strictement limité à ce qui est nécessaire à l'exercice de leurs missions* » (mêmes alinéas des mêmes articles). Sans préjudice de l'article 226-13 du code pénal réprimant la violation du secret professionnel, les personnes informées (initialement informées - autorité académique, chef d'établissement - ou tenus informés par ces derniers en raison de leurs fonctions), qui divulguent les renseignements obtenus (soit la décision soit son contenu) à des tiers non autorisés, encourent une amende de 3 750 euros (alinéas 4 des articles précités).

695.- Mais même si elles sont encadrées, ces dispositions sont significatives de l'augmentation des hypothèses où le secret doit désormais être partagé entre des institutions, qui, pourtant, se distinguent par leurs missions respectives.

c) La réserve civile et le service volontaire citoyen de la police nationale

696.- La loi du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (dite LOPSI 1) avait prévu la création d'une réserve civile sur le modèle des réserves de forces armées. Le motif invoqué était qu' « à l'occasion d'événements

exceptionnels ou de situations de crise, l'État doit pouvoir faire appel à des réservistes si les forces de sécurité intérieure s'avèrent insuffisantes »¹⁴⁴⁸. Cette réserve civile a été créée par la loi du 18 mars 2003. Au départ, elle ne comprenait que des policiers et des gendarmes retraités¹⁴⁴⁹. Ceux-ci étaient tenus à une obligation de disponibilité de cinq ans. La LOPPSI 2 du 14 mars 2011 a étendu la possibilité d'intégrer la réserve civile à tout citoyen majeur jusqu'à 65 ans.

697.- La loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance a institué, en outre, un service volontaire citoyen. Pour être « collaborateur occasionnel », il faut être âgé de plus de 17 ans (*NB* : la majorité n'est pas requise ici). Ce dispositif a été créé aux côtés de la réserve civile, élargissant ainsi les conditions d'entrée¹⁴⁵⁰ : la loi du 5 mars 2007 a modifié la loi du 18 mars 2003 en insérant les dispositions relatives au service volontaire citoyen.

698.- Ces deux nouveaux mécanismes institutionnalisent l'engagement de citoyens dans la production de sécurité. Dans le même temps, la création de tels groupes encourage la société à prendre part à la lutte contre la délinquance.

d) La délation « déguisée » en surveillance

699.- Une circulaire du 22 juin 2011 de Claude Guéant prévoit l'extension du dispositif de participation citoyenne déjà expérimenté dans plusieurs communes¹⁴⁵¹. Inspiré du système anglo-saxon de *neighbourhoodwatch*, ce dispositif consiste en « *l'engagement des habitants d'une même aire géographique (quartier, lotissement, résidence, village, ...) dans une démarche collective visant à accroître le niveau de sécurité du secteur* »¹⁴⁵². « *Fondé sur la solidarité de voisinage, le concept vise à développer, chez chaque personne disposée à*

1448Rapport sur les orientations de la politique de sécurité intérieure, Première Partie Principes généraux, Article Annexe 1, VI. Rapport annexé à la loi n°2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure.

1449Article 4 de la loi du 18 mars 2003.

1450Au départ, la réserve n'accueillait que des retraités des corps actifs de la police et de la gendarmerie. Mais aujourd'hui, comme nous venons de le préciser, les conditions d'entrée dans la réserve civile ont été largement étendues

1451Circulaire du Ministère de l'intérieur, de l'outre mer, des collectivités territoriale et de l'immigration, du 22 juin 2011 (Objet : Le dispositif de participation citoyenne), adressée aux Préfets.

1452Circulaire du 22 juin 2011 précitée, p. 2.

participer à sa propre sécurité dans son quartier, son lotissement ou son village, un comportement de nature à mettre en échec la délinquance. Les personnes volontaires seront donc sensibilisées en vue : de l'accomplissement d'actes élémentaires de prévention, tels que la surveillance des logements temporairement inhabités, le ramassage du courrier des vacanciers ...; d'une posture de vigilance accrue à l'égard des comportements et événements suspects (démarcheurs trop insistants...) ; de l'acquisition du réflexe de signalement aux autorités compétentes de tout fait anormal (véhicules semblant en repérage, dégradation, incivilités...) »¹⁴⁵³. C'est notamment sur ce dernier point que le dispositif a pu être analysé en un encouragement à la délation.

700.- Signalons également le dépôt antérieur d'une proposition de loi le 9 mars 2011¹⁴⁵⁴ qui visait à instaurer un système associant les habitants d'un quartier à la prévention de la délinquance. Il était proposé de consacrer en droit français la possibilité d'organiser des « comités citoyens de surveillance »¹⁴⁵⁵ afin de poursuivre le mouvement initié par l'institution du service volontaire citoyen en 2003¹⁴⁵⁶. Par la création de tels comités, il s'agissait d'associer les habitants à la « surveillance » de leur quartier. Même si cela n'était pas précisément avancé dans cette proposition de loi, il est clair qu'une mission de surveillance consiste à vérifier le respect d'un certain ordre et pour cela à déceler la commission d'infractions et le cas échéant à alerter les services de police, comme l'affirmera la circulaire précitée. Cette proposition n'a pas été adoptée mais elle est une manifestation du souci permanent d'associer chacun à la production de sécurité.

e) Vers un système d'auto-défense assumé

701.- Tous ces mécanismes, que nous venons de recenser, permettant ou encourageant la société civile à participer à sa propre sécurité, invitent à penser l'intervention de cette dernière dans la lutte contre la délinquance comme hautement légitime. Si bien que l'auto-défense, dont le développement a déjà été constaté dans les années 1980¹⁴⁵⁷, tend aujourd'hui à se généraliser en même temps que l'auto-protection : installation de système de

¹⁴⁵³*Ibid.*, p. 3.

¹⁴⁵⁴Proposition de loi relative à l'instauration d'un système associant les habitants d'un quartier à la prévention de la délinquance, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 mars 2011.

¹⁴⁵⁵Voir l'exposé des motifs de la proposition de loi précitée.

¹⁴⁵⁶Voir *supra*.

¹⁴⁵⁷R. DULONG, « Sens et non-sens de l'autodéfense », *Déviance et Société*, 1981, n°5, vol. n°3, pp. 211-222.

surveillance dans les commerces mais aussi chez les particuliers, popularisation de cours de techniques de combat d'autodéfense etc. Un fait divers illustre tout particulièrement ce mouvement. En effet, à l'automne 2012, des habitants d'un quartier marseillais ont entrepris d'évacuer eux-mêmes un camp de Roms qu'ils jugeaient importunant¹⁴⁵⁸.

702.- Tout aussi significatifs sont les cas où des victimes d'agressions se défendent elles-mêmes, parfois en causant la mort de leur agresseur. A Nice, un bijoutier venant de subir un vol à main armée dans son commerce a ouvert le feu et a tiré sur l'un de ses agresseurs en fuite, provoquant la mort de celui-ci¹⁴⁵⁹. Bien que cet acte ne réunisse pas les conditions nécessaires à la légitime défense¹⁴⁶⁰, beaucoup de citoyens ont manifesté leur soutien au bijoutier¹⁴⁶¹. Dans l'ère sécuritaire et sous la force de l'attitude précautionniste, la conscience collective admet que l'on se fasse justice soi-même.

703.- L'expansion des réponses étatiques et sociétales données aussi bien à la délinquance qu'à la déviance, ainsi que l'extension subséquente de la sphère de la politique criminelle, nous conduisent à modéliser cette nouvelle politique criminelle.

1458 Voir de nombreux articles de presse dont « Marseille : des habitants excédés chassent des Roms », *Le Point*, 28 septembre 2012 ; « Marseille : les coulisses de l'expulsion de Roms par des riverains », *L'Express*, 28 septembre 2012 ; « Marseille : des Roms déjà chassés jeudi par des habitants à nouveau évacués », *Le Monde*, 2 octobre 2012.

1459 Voir différents articles de presse dont « Le scénario du braquage du bijoutier de Nice décrypté », *Nice Matin*, 24 septembre 2013 ; « Bijoutier de Nice : « je suis la victime avant » le braqueur », *Le Nouvel Observateur*, 18 septembre 2013 ; « Bijoutier de Nice : dissection d'un fait divers médiatique », *Slate.fr* ; « Le bijoutier de Nice mis en examen pour homicide volontaire », *Le Monde*, 11 septembre 2013.

1460 L'article 122-5 du code pénal pose les conditions de la légitime défense : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte.* / *N'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction* ». Voir sur l'absence de légitime défense dans le cas du bijoutier de Nice : <http://www.maitre-eolas.fr/post/2013/09/15/L-affaire-du-bijoutier-de-Nice>.

1461 Voir par exemple « Braqueur tué à Nice : manifestation de soutien au bijoutier », *Voix du Nord*, 16 septembre 2013 ; « Vague de soutien sur internet pour le bijoutier de Nice qui a tué le braqueur », *Nice Matin*, 12 septembre 2013 ; « Braqueur tué à Nice, manifestation de soutien au bijoutier », *Libération*, 16 septembre 2013 ; « A Nice, les soutiens du bijoutier descendent dans la rue », *Le Figaro*, 16 septembre 2013.

704.- La modélisation d'une politique criminelle précautionniste, telle que nous la proposons, nécessite que nous la situons d'abord dans ses lignes philosophiques directrices (1) avant d'en tracer schématiquement le fonctionnement (2)

1) Les lignes directrices du modèle précautionniste de politique criminelle

705.- Le principe de précaution sert de « guide politique » à la politique criminelle actuelle¹⁴⁶². Ceci emporte plusieurs conséquences sur le fonctionnement du modèle de politique criminelle ainsi créé. Le modèle précautionniste se situe au-delà de l'opposition liberté/sécurité (a), en se basant sur une nouvelle acception de la nécessité et de l'urgence (b). Il procède d'une combinaison entre politique criminelle de l'acte et politique criminelle volontaire (c), et élabore, dans tous les cas, une réponse en réseau (d), ces deux aspects conduisant à une surresponsabilisation de tous (e).

a) Un dépassement de l'opposition liberté/sécurité

706.- La politique criminelle précautionniste dépasse l'opposition liberté/sécurité en se manifestant, au contraire, comme le résultat d'une identification conceptuelle et mutuelle de l'une à l'autre. Avec la naissance du droit à la sécurité¹⁴⁶³, la sécurité est devenue pour elle la première des libertés et la condition à toutes les autres libertés. Ainsi l'équation sécurité = libertés a imposé progressivement la construction d'une nouvelle politique criminelle. Si la sécurité est la condition *sine qua non* de la liberté, toutes les mesures doivent pouvoir être prises en son nom. Dès lors, il ne s'agit plus de concilier liberté et sécurité ou de trouver un équilibre entre ces deux pôles puisque désormais l'une équivaudrait à l'autre. En matière environnementale, il a d'ailleurs été avancé que le principe de précaution n'entravait pas la liberté d'entreprendre¹⁴⁶⁴, et que la sécurité de l'environnement et des générations futures constituait, en quelque sorte, une condition à l'exercice de cette liberté.

1462 Sur la valeur du principe de précaution comme politique, voir *supra*.

1463 Voir *supra*. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

1464 Voir *supra* Introduction.

707.- Dans le domaine pénal, le modèle précautionniste de politique criminelle est issu d'une grande mutation du principe sécurité que nous pouvons décrire selon Frédéric Gros par une approche de la biosécurité. Pour l'auteur, la biosécurité se rapporte au dernier foyer de sens pour la sécurité : « [la] Sécurité : qui permet le fonctionnement normal d'une activité, [et] le déroulement normal d'un processus »¹⁴⁶⁵. Et « les principes de la biosécurité inspirent des techniques sociales de sécurisation »¹⁴⁶⁶ que l'on observe objectivement. La sécurisation dont il est ici question est celle du noyau vital de l'individu et comprend trois dimensions : la protection, le contrôle et la régulation.

708.- S'agissant de la protection, la biosécurité serait notamment guidée par la doctrine de la « sécurité humaine »¹⁴⁶⁷ pour laquelle l'État doit se mettre au service des individus¹⁴⁶⁸ afin de les protéger contre les menaces accompagnées ou non de violence¹⁴⁶⁹ et qui aboutit à une extension indéfinie et volontaire des menaces envisagées¹⁴⁷⁰. Ce dernier point est caractéristique de la posture insufflée par le principe de précaution. Il conduit à la construction d'une approche globale de toutes les menaces¹⁴⁷¹ et invite à penser l'homme non plus seulement comme un sujet de droits mais par son « noyau vital »¹⁴⁷². Par ce déplacement de l'objet d'attentions de la personnalité juridique au noyau vital, la doctrine de la sécurité humaine entend agir en fonction de l'urgence concrète et estime que le reste (existence politique, sociale et culturelle) découlera de la protection de ce noyau vital¹⁴⁷³. La référence au noyau vital véhicule un certain universalisme, l'identification de chacun dans la souffrance de l'autre et par là fonde le sentiment d'appartenir à une même communauté¹⁴⁷⁴. Avec une portée différente, Mireille Delmas-Marty parle d'une « communauté de destin »¹⁴⁷⁵. Au sein de la

1465F. GROS, *Le Principe Sécurité*, nrf Essais, Gallimard, 2012, p. 173.

1466*Ibidem*.

1467*Ibid.*, p. 185s. La doctrine de la sécurité humaine souhaite dépasser la doctrine réaliste de la sécurité des États axée principalement sur la sécurité extérieure. Elle se distingue toutefois de la gouvernementalité pastorale qui définit une relation à l'autre de protection et pleine de sollicitude car le contrat social repose sur l'idée d'un pacte conclu entre l'État et des individus éclairés et responsables. Une autre doctrine a vu le jour, la théorie du « care » qui, s'éloignant de ce postulat de l'individu rationnel et responsable, entend se rapprocher des vulnérabilités réelles et concrètes. Voir pp. 182-185.

1468*Ibid.*, p. 187. L'auteur cite une formule de Kofi Annan : « C'est l'État qui doit être au service des individus et non l'individu au service des États ». K. ANNAN, « Deux concepts de la souveraineté », *Le Monde*, 22 septembre 1999.

1469*Ibid.*, p. 186. L'auteur se réfère aux propos Lloyd Axworthy (ministre des Affaires étrangères du Canada de 1996 à 2000).

1470*Ibid.*, p. 190.

1471*Ibid.*, p. 191.

1472 Frédéric Gros parle d'un « enracinement dans le vital plutôt que dans le juridique ». V. F. GROS, *op.cit.*, p. 192.

1473*Ibid.*, p. 192.

1474*Ibid.*, p. 193.

1475M. DELMAS MARTY, 2012, *op.cit.* Voir *supra*.

politique criminelle précautionniste, c'est cette même communauté qui se construit autour de peurs partagées et de la capacité à s'auto-transposer la victimisation de son semblable car celle-ci touche à son « immédiateté vivante »¹⁴⁷⁶. C'est la société de victimes que nous évoquons¹⁴⁷⁷ et qui, comme nous le verrons *infra*¹⁴⁷⁸, conduit à la solidarité face à ceux qui se sont délibérément exclus de ce cercle, soit parce qu'ils ont manifesté leur « dépersonnalisation » par la commission d'infractions en référence au concept élastique de la personne développé par Günther Jakobs¹⁴⁷⁹, soit parce que leur dangerosité est redoutée, dans tous les cas par une omission du caractère « irréductible humain »¹⁴⁸⁰ de ces Autres.

709.- Quant au contrôle, il est, lui aussi, dans la biosécurité, rattaché au noyau vital, à « la vie comme substrat biologique »¹⁴⁸¹. La référence au corps comme noyau vital permet l'identification par des paramètres biologiques, physiologiques. Le contrôle en biosécurité s'effectuera en trois étapes fondamentales : l'identification, la localisation, la « récapitulation des données numériques ». La sécurité comprend alors trois dimensions sur lesquelles son action s'exerce : « sélection, fluidité, transparence »¹⁴⁸². Sélectionner, c'est-à-dire différencier les bons des mauvais flux ; fluidifier les données se réalise grâce à la vitesse et à l'automatisation de leur traitement ; enfin, « la transparence numérique » permet la traçabilité qui symbolise aujourd'hui la sécurité en lieu et place de l'enfermement selon Frédéric Gros¹⁴⁸³. La politique criminelle précautionniste s'apparente grandement à cette biosécurité décrite par l'auteur en ce qu'elle organise un contrôle en forme de boucle comme nous le verrons *infra*¹⁴⁸⁴. La traçabilité, notion appliquée initialement aux produits de consommation, est désormais applicable aux individus¹⁴⁸⁵.

1476F. GROS, *op.cit.*, p. 193. L'auteur distingue l'humanité de l'humanitaire. Pour lui, la DDHC s'adresse à l'humanité conçue presque comme un « postulat métaphysique », « l'humanité comme idée, comme réalisation idéale de ce qu'il y a de plus élevé dans l'humain, l'humanité comme exigence », tandis que la sécurité humaine se réfère à l'humanitaire : « l'humanitaire comme l'immédiateté vivante, la base concrète et biologique de l'humain, l'indéfiniment partageable au sens de ce qui établit la fraternité des corps souffrants ». Ainsi, « le respect cède à la compassion ».

1477Voir *supra* (Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2).

1478Voir *infra* la modélisation du modèle précautionniste exacerbé (B-2-b) de ce II).

1479G. JAKOBS, *op.cit.*, V. *supra*.

1480Voir M. DELMAS MARTY, *op.cit.*

1481F. GROS, *op.cit.*, p. 195.

1482*Ibid.*, p. 199.

1483*Ibid.*, pp. 200-202.

1484Voir *infra* (B-2-a) de ce II).

1485Voir *supra*, Chapitre précédent.

710.- Orchestrer la traçabilité des individus permettrait de contrôler et d'anticiper la réification de leur dangerosité potentielle et de prendre des mesures adéquates, à l'image du retrait du marché des produits dont une nocivité a pu être décelée au cours de leur traçage¹⁴⁸⁶.

b) Une reconfiguration de la nécessité et de l'urgence

711.- Ce diktat de la sécurité s'est développé d'autant plus facilement qu'un autre principe, proche du principe de précaution, s'est imposé en droit pénal, celui de la nécessité. Rappelons le sens initial du principe de nécessité en droit pénal, lequel se rapporte à la nécessité des peines et figure dans l'article 8 de la DDHC de 1789. Une idée de nécessité des incriminations elles-mêmes est présente dans l'article 5 de la DDHC¹⁴⁸⁷ et doit, selon la doctrine¹⁴⁸⁸, gouverner la création de la norme pénale. Mais quelle mesure peut ne pas apparaître nécessaire pour une politique criminelle précautionniste ? Dans plusieurs décisions du Conseil constitutionnel, des mesures portant plus ou moins atteinte à des principes fondamentaux du droit pénal ou de la procédure pénale ont été validées après un contrôle de leur nécessité au regard des impératifs de sécurité et de la répression¹⁴⁸⁹. Ainsi, ce qui apparaît nécessaire dans la recherche de l'équilibre entre la préservation des libertés et la garantie de la sécurité est différent de ce qui est nécessaire lorsque la posture choisie est précautionniste. A partir du moment où la voie principale définie est celle de la précaution, tout devient nécessaire. Ainsi, passe-t-on, avec le paradigme de la précaution, du principe de nécessité à un état de nécessité.

712.- Rappelons qu'en droit pénal, l'état de nécessité permet de ne pas sanctionner une personne qui a commis une infraction si elle a agi face à un danger actuel ou imminent, dans une nécessité absolue, et dans l'objectif de sauvegarder un intérêt supérieur à l'intérêt ainsi bafoué¹⁴⁹⁰. En effet, l'article 122-7 du code pénal exonère la personne « *qui, face*

¹⁴⁸⁶Voir *supra*, à propos de la « veille » également.

¹⁴⁸⁷L'article 5 de la DDHC dispose que : « *La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. [...]* ». Voir *supra*.

¹⁴⁸⁸Voir not. R. GASSIN, *op.cit.*(§ 679 de cette thèse) et R. PARIZOT, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », *Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz 2014, p. 245s. Nous reviendrons infra sur le principe de nécessité.

¹⁴⁸⁹Voir par exemple la décision constitutionnelle du 9 août 2007, précitée, considérant 13 : « Considérant que le principe d'individualisation des peines, qui découle de l'article 8 de la Déclaration de 1789, ne saurait faire obstacle à ce que le législateur fixe des règles assurant une répression effective des infractions ».

¹⁴⁹⁰Voir entre autres B. BOULOC, *Droit pénal général, op.cit.*, n° 406, p. 353.

à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ». Cela nous ramène à des constats ultérieurs : la précaution conduit, par un pessimisme presque inéluctable, à la considération d'un danger potentiel comme s'il s'agissait d'un danger imminent ; elle s'érige en moyen ultime de garantie de sécurité ; elle opère selon une hiérarchie de valeurs, plaçant au sommet les victimes potentielles et à l'échelon le plus bas les dangereux potentiels¹⁴⁹¹. D'ailleurs, le lien entre état de nécessité et principe de précaution a déjà été soulevé dans la jurisprudence à l'occasion du jugement de faucheurs d'OGM (voir *supra*)¹⁴⁹².

713.- L'état de nécessité, dans une conception plus généraliste est aussi très proche de l'état d'exception¹⁴⁹³ voire de l'état d'urgence. Dans ces deux derniers états, nécessité oblige, au vue de la sûreté publique. La politique criminelle précautionniste transfère ces états, à l'origine conçus pour sauvegarder la sûreté (publique) donc de l'État ou la Nation, dans le domaine de la sécurité civile, donc de la société¹⁴⁹⁴. La voie empruntée est celle de l'exceptionnel et de l'urgence¹⁴⁹⁵.

714.- D'ailleurs, il est significatif que la plupart des lois pénales sont depuis une dizaine d'année votées selon la procédure d'urgence, requalifiée procédure accélérée¹⁴⁹⁶. Notons aussi, par exemple, que la loi n° 2012-1432 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme du 21 décembre 2012 proroge des dispositions particulièrement liberticides conçues, au départ, comme provisoires et nécessaires dans un temps de crise (jusqu'au 31 décembre 2015), et étend l'application de la loi pénale française dans l'espace (afin de traiter des ressortissants français participant à l'étranger à des camps d'entraînement terroristes)¹⁴⁹⁷.

1491 Voir *supra*.

1492 Voir aussi le rapport annuel de la cour de cassation 2011, Troisième partie, Livre 3, Titre 2, Chapitre 2 : « Le principe de précaution et son invocation devant les juridictions pénales au titre de l'état de nécessité ». La cour de cassation rappelle que la jurisprudence a écarté l'état de nécessité tant avant la consitutionnalisation du principe de précaution (Crim., 28 avril 2004, pourvoi n° 03-83.783 ; Crim., 18 février 2004, pourvoi n° 03-82.951 ; Crim., 19 novembre 2002, pourvoi n° 02-80.788) qu'après (Crim., 27 mars 2008, pourvoi n° 07-83.009 ; Crim., 31 mai 2007, pourvoi n° 06-86.628 ; Crim., 4 avril 2007, pourvois n° 06-80.512 et n° 05-83.595 ; Crim., 7 février 2007, pourvoi n° 06-80.108). Selon la chambre criminelle, le degré de certitude des risques présentés par les OGM ne permet pas d'assimiler ces risques à un péril réel ou imminent.

1493 Sur la notion d'état d'exception, voir M. DELMAS-MARTY, « États d'exception et régimes de suspicion », Cours au Collège de France du 3 mars 2009, disponible en version audio sur le site du Collège de France ; M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, *op.cit.*

1494 Voir *supra* sur les notions de sécurité et de sûreté.

1495 Sur le culte de l'urgence, voir *supra* (Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2).

1496 Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République.

1497 Voir not. *AJ pénal*, 26 février 2013, pp. 90-91.

L'adoption de cette loi - selon la procédure accélérée, en conseil des ministres - illustre la vocation à la pérennisation de dispositions adoptées sous le couvert d'une situation exceptionnelle. La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) a rendu un avis très critique à propos de cette loi et déplore ne pas avoir été saisie en temps utile - en raison de la procédure d'urgence déclarée (les dispositions prorogées arrivaient à expiration le 31 décembre 2012) pour donner son avis sur des mesures attentatoires aux libertés¹⁴⁹⁸.

715.- Aussi, nombreux sont les exemples attestant du culte de l'urgence¹⁴⁹⁹, de la banalisation de l'exception et d'une restructuration de la nécessité. Le nouveau sens élargi, voire extensible à l'infini, donné à la « nécessité » amène le modèle précautionniste à convoquer alternativement une politique criminelle de l'acte et une politique criminelle volontaire.

c) L'alternative opportuniste politique de l'acte/politique volontaire

716.- Le droit pénal « postmoderne » a été décrit comme utilitariste¹⁵⁰⁰. Le modèle précautionniste partage cette philosophie pénale et peut même être qualifié d'opportuniste en ce sens qu'il convoque tour à tour une politique criminelle volontaire et une politique criminelle de l'acte, si bien que, quel que soit l'élément infractionnel prédominant¹⁵⁰¹ en l'espèce, le système pénal pourra toujours se déployer. Cette option ouverte à la politique criminelle a été étudiée par Henri Donnedieu de Vabres lorsqu'il décrit le modèle national socialiste.

1498Avis de la CNCDH (Assemblée plénière) sur la loi relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme rendu le 20 décembre 2012. Sur la CNCDH et son rôle en politique criminelle, voir la chronique de CH. LAZERGES, « Politique criminelle nationale et droits de l'homme à l'aune des avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme », *RSC* juillet/septembre 2012, pp. 747-754. Après un historique sur la genèse de la commission, un recensement des avis rendus par elle depuis cinq ans et une distinction entre la saisine officielle et l'auto-saisine de la commission (une faculté depuis 1989), Christine Lazerges, Présidente de la commission depuis août 2012, déplore le fait que la commission « est le plus souvent conduite à s'auto-saisir dans l'urgence de projets de lois déjà délibérés en Conseil de ministres » et pointe du doigt le « recours excessif à la procédure accélérée » (p. 749).

1499Voir *supra* sur le culte de l'urgence (Partie 1, Titre 1, Chapitre 1).

1500Voir *supra* Introduction.

1501A propos de la focalisation sur l'élément matériel, voir *infra* (Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1).

717.- La politique criminelle de l'acte permet de sanctionner un acte en tant que tel même quand son auteur ne réunit pas les conditions de l'existence de l'élément moral¹⁵⁰². Face à des délinquants qui, certes, ne sont pas doués d'un discernement total, « l'indulgence est [toutefois] pleine de périls »¹⁵⁰³ et il faut dès lors s'attacher à sanctionner l'acte en lui-même. La politique criminelle volontaire, quant à elle, est axée non plus sur l'acte mais sur la volonté criminelle de l'agent. Pour Henri Donnedieu de Vabres, il s'agit d'une caractéristique commune à tous les États autoritaires que de « promouvoir l'élément psychologique de l'infraction, ce qui leur permet d'arrêter plus tôt le cours de l'activité dangereuse, de pratiquer, le cas échéant, une véritable inquisition, et de briser, enfin, la volonté criminelle »¹⁵⁰⁴.

718.- Le modèle précautionniste envisage donc deux hypothèses auxquelles il entend toujours donner réponse¹⁵⁰⁵. La première hypothèse est celle de l'absence d'élément psychologique saillant (absence de discernement, abolition ou altération de discernement). Dans ce cas, le modèle précautionniste préconise de se focaliser sur l'élément matériel de l'infraction (l'élément factuel, l'acte, et le dommage causé ou potentiel). La seconde hypothèse est celle de l'existence d'une volonté criminelle ou dangerosité en l'absence d'acte. Le modèle précautionniste impose alors une focalisation sur l'élément moral, à défaut de faits.

719.- Le modèle précautionniste propose donc une politique criminelle non pas unitaire mais duale. Et l'utilitarisme évoqué plus haut¹⁵⁰⁶ conduit à choisir un aspect ou l'autre selon les nécessités, qui sont toujours appréciées à l'aune du devoir de précaution étudié *supra*¹⁵⁰⁷, lequel constitue donc le fil directeur de ce modèle précautionniste.

720.- En outre, la réponse donnée au crime par le modèle précautionniste n'est pas non plus unique. Elle obéit à une logique de réseau faisant intervenir une multitude d'acteurs.

1502 Voir *infra*.

1503 H. DONNEDIEU DE VABRES, *Politique criminelle des États autoritaires*, Sirey, 1938, rééd. Dalloz, 2009, p. 102.

1504 H. DONNEDIEU DE VABRES, *op.cit.*, p. 94.

1505 Voir *infra* sur les éléments matériel et moral de l'infraction dans une rationalité de précaution. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

1506 Voir *supra*, Introduction.

1507 Sur le devoir de précaution, voir *supra* (Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1).

d) *L'élaboration d'une réponse réticulaire*

721.- La frontière artificiellement établie entre réponse étatique et réponse sociétale pour distinguer les différents modèles de politiques et surtout, parmi eux, les modèles libéraux des modèles autoritaires se dilue, au sein du modèle précautionniste, dans la mise en réseau de tous les acteurs possibles, allant de l'individu, simple particulier, aux institutions, en passant par les individus objets de la défiance eux-même. Par exemple, la circulaire du 22 juin 2011, précitée, affirme la nécessité de « *développer les actions partenariales* » pour améliorer l'efficacité de la prévention de la délinquance¹⁵⁰⁸.

722.- Comme l'explique Frédéric Gros, à propos de la biosécurité, la surveillance n'est plus subie ; le contrôle est devenu démocratique et participatif¹⁵⁰⁹. La politique criminelle précautionniste recherche la participation de tous au contrôle. Elle ambitionne de responsabiliser chacun dans la prévention et la lutte contre la délinquance¹⁵¹⁰. Frédéric Gros ajoute que le contrôle est global¹⁵¹¹ et s'inscrit dans une dimension de réseau sous le paradigme informatique : « connectivité indéfinie », « ramifications horizontales », solidarité du réseau de lui-même dans le sens d'une « interdépendance généralisée ».

723.- La dimension réticulaire de la politique criminelle précautionniste est particulièrement visible dans la construction de nouvelles connexions entre différentes institutions comme nous l'avons évoqué *supra*¹⁵¹². Le réseau de précaution constitue un filet cherchant à ne laisser aucun danger échapper à ses mailles constamment resserrées. Cette approche par la notion de réseau conduit à envisager l'infini des possibles et, face à cette possibilité, à favoriser la place importante de chacun pour y faire face. Elle va de pair avec une tendance à l'extension des responsabilités.

1508 Voir la circulaire du 22 juin 2011 précitée.

1509 F. GROS, *op.cit.*, p. 204. Le contrôle est même aujourd'hui marchandisé comme avec le site anglais *Internet Eyes*, où les internautes signalent par un clic les comportements anormaux qu'ils repèrent dans les images de caméras de vidéosurveillance diffusées et où les plus performants obtiennent des points. V. F. GROS, *op.cit.*, p. 205.

1510 Voir *infra*.

1511 L'auteur distingue trois concepts de l'extension maximale : l'universel, le total et le global. Avec un horizon juridique, acquis des Lumières, l'universel s'adresse à un sujet de droit, un citoyen. Le total, en référence notamment à H. ARENDT, relève du paradigme industriel et poursuit la production de comportements en séries, la construction d'individus objets en série, la fabrication d'êtres interchangeable et prévisibles. Le global lui possède une dimension réticulaire. F. GROS, *op.cit.*, pp. 205-211.

1512 Voir not. les nouveaux cas de partage d'informations instaurés pas la loi d'avril 2012, *supra*,

e) Une responsabilisation à tous les niveaux

724.- La responsabilisation permet de mobiliser chez les individus leur implication et leur capacité à participer au programme de la société. Elle concerne tous les niveaux : la responsabilisation des individus redoutés eux-mêmes par les divers mécanismes décrits plus haut (peines plancher, « prévention » de la délinquance juvénile, mesures de sûreté, contrainte pénale créé par la loi du 15 août 2014¹⁵¹³...); la responsabilisation de la société civile qui est largement associée à la prévention de la délinquance et qui se voit tenir un rôle dans la surveillance et le contrôle ; la responsabilisation des professionnels qui doivent désormais collaborer dans de multiples situations avec l'institution judiciaire ; et la responsabilisation de l'État via les professionnels de ses institutions judiciaires et médicales, qui peuvent être sanctionnés *a posteriori* s'il apparaît que des précautions n'ont pas été prises.

725.- Sur ce dernier point, citons la récente affaire mettant en cause une psychiatre après le meurtre commis par l'un de ses patients schizophrène, à sa sortie d'hôpital¹⁵¹⁴. Cette psychiatre de l'hôpital Édouard Toulouse de Marseille, Danièle Canarelli, a été poursuivie pour homicide involontaire. Un de ses patients, hospitalisé, Joël Gaillard, avait commis un meurtre sur la personne de Germain Trabuc en 2004 pour lequel il a été déclaré pénalement irresponsable. Danièle Canarelli n'aurait pas établi un juste diagnostic des troubles de Joël Gaillard, et serait indirectement responsable de la mort de Germain Trabuc. C'est bien le principe de précaution qui sous-tend cette affaire sans qu'il soit expressément nommé. En effet, c'est clairement l'absence de prise de mesures de précaution à l'encontre de Joël Gaillard qui est reprochée à Danièle Canarelli. En outre, avec l'irresponsabilité acquise par l'auteur réel au sens d'auteur matériel des faits, cette affaire révèle aussi le souhait, présenté comme une nécessité, d'afficher une politique criminelle de précaution capable, dans toute situation, de trouver et de juger un responsable. Le 18 décembre 2012, le tribunal correctionnel de Marseille a condamné Danièle Canarelli à un an d'emprisonnement avec sursis pour homicide involontaire, croyant déceler dans le comportement de cette dernière des défaillances constitutives d'une faute caractérisée¹⁵¹⁵.

1513 Voir *infra* sur les modalités de la contrainte pénale (Partie 2, Titre 2, Chapitre 1). La contrainte pénale est une nouvelle peine instaurée par la loi du 15 août 2014 précitée, qui s'exécute en milieu ouvert et consiste en la contraction d'obligations qui emportent sanctions si elles ne sont pas respectées. On entrevoit dans cette nouvelle peine la tendance à la surresponsabilisation de l'individu dans sa propre réinsertion.

1514 Voir entre autres « Une psychiatre jugée à la suite d'un meurtre commis par l'un de ses patients », *Le Point*, 13 novembre 2012.

1515 Voir *infra* (Partie 2, Titre 1, Chapitre 1) et en Annexes un commentaire personnel de cette décision (Annexe

726.- De même, la responsabilisation *a posteriori* de représentants de l'Institution a été mise en avant dans l'affaire de l'amiante. Martine Aubry a récemment été mise en examen pour homicide involontaire dans des décès liés à l'amiante¹⁵¹⁶. Pour sa défense, l'ex ministre a alors fait valoir qu'il n'existait pas à cette époque d'interdiction officielle de l'amiante. En effet, ce n'est que plus tard qu'une directive est intervenue. Il semblerait bien, là encore, que c'est une application rétrospective du principe de précaution caractéristique du modèle précautionniste de politique criminelle, qui tend vers une responsabilisation accrue de tous les acteurs possibles.

727.- Un autre exemple se trouve dans l'affaire Mohamed Merah¹⁵¹⁷. Le ministre de l'Intérieur, Manuel Valls, évoque « une faute de la DCRI » (Direction centrale du renseignement intérieur)¹⁵¹⁸. Une enquête a été diligentée pour vérifier les erreurs qui auraient été commises. Lors d'une intervention à Toulouse, le chef de l'État, François Hollande, affirme que tout est mis en œuvre pour élucider les éventuelles failles et s'assurer de savoir si « cette tragédie aurait [...] pu être évitée », question qui « s'est posée dès le lendemain des faits »¹⁵¹⁹. Ceci révèle encore une fois la quête de responsables une fois l'événement produit, quête légitimée par l'influence du principe de précaution.

728.- Enfin, il est de plus en plus courant de rechercher les manquements qui ont pu être commis par la justice¹⁵²⁰. Dès qu'une affaire criminelle met en cause un récidiviste, la politique criminelle précautionniste conduit à une analyse rétrospective des mesures qui ont été prises et à prendre surtout des mesures de précaution qui apparaissent, dans le présent, comme celles qui auraient permis d'éviter le drame¹⁵²¹. Nous pouvons citer, à cet égard,

n°3). Voir aussi, Cour d'appel Grenoble, 6 novembre 2013, *infra*.

1516 Voir not. « Amiante : Martine Aubry mise en examen pour « homicides » », *Le Monde*, 7 novembre 2012.

1517 Voir les nombreux articles de presse sur ce sujet.

1518 Émission « Pièces à conviction » diffusée mercredi 6 mars 2013 sur France 2.

1519 « Affaire Merah : Hollande promet aux familles que les zones d'ombres seront levées », Huffingtonpost, 17 mars 2013, <http://www.huffingtonpost.fr>.

1520 Sur ce point, voir l'ouvrage de Xavier Bébin, qui estime que notre système judiciaire fonctionne mal et qui déplore un manque de précaution dans le suivi des personnes dangereuses. Xavier Bébin, *Quand la justice crée l'insécurité*, Fayard, 2013.

1521 Voir par exemple sur l'affaire Chloé Rodriguez – Kamel Bousselat : « Le suivi du ravisseur présumé de Chloé en question », *Le Figaro*, 19 novembre 2012 ; « Chloé : le suivi judiciaire en question », *Europe 1*, 19 novembre 2012 ; « De Barjac à Offenbourg, le calvaire de Chloé », *Le Figaro*, 19 novembre 2012 (cet article interroge : « Y a-t-il eu des défaillances dans le suivi de ce délinquant ? »). Sur l'affaire Laëtitia – Tony Meilhong, voir *supra*. Sur l'affaire Agnès, voir entre autres : « Qui est l'assassin présumé d'Agnès ? », *L'Express*, 22 novembre 2011 ; « Meurtre d'Agnès : l'enquête pointe des failles », *Le Parisien*, 23 juin 2012 ; « Meurtre d'Agnès : après le drame, la polémique », *La Dépêche*, 21 novembre 2011 ; voir aussi *supra*, notamment l'impulsion que cette affaire a donné à la loi du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines (sur le lien entre le meurtre d'Agnès et cette loi, voir CH. DAADOUCHE, « Réformes du droit pénal des mineurs : une

l'affaire Laëtitia¹⁵²², l'affaire Agnès déjà évoquée¹⁵²³ et l'enlèvement de Chloé¹⁵²⁴. Certains faits divers mettant en exergue une plausibilité de défaut de mesures de précaution ont motivé des lois sécuritaires comme pour ces affaires¹⁵²⁵.

729.- Récemment, c'est l'administration pénitentiaire qui a été visée par cette surresponsabilisation subséquente à l'application rétroactive du principe de précaution. Après l'évasion de Redoine Faïd¹⁵²⁶, le ministre de l'Intérieur, Manuel Valls, a dénoncé une faille du système¹⁵²⁷. A l'inverse, la ministre de la Justice, Christiane Taubira, qui a déjà démontré sa volonté de rompre avec la perversion du principe de précaution, affirme que cette évasion n'est pas la conséquence d'une faille¹⁵²⁸.

730.- Ces différents exemples, dont la liste est loin d'être exhaustive, illustrent une responsabilisation extensible, marque du principe de précaution. Et la loi du 15 août 2014 prolonge, en quelque sorte, ce mouvement de responsabilisation en confiant à l'individu condamné à une contrainte pénale la réussite de sa réinsertion¹⁵²⁹.

2) L'approche systémique du modèle précautionniste de politique criminelle

731.- Nous envisagerons d'abord le modèle précautionniste type, dans ses caractéristiques de fonctionnement (a) avant de nous pencher sur ce que deviendrait ce modèle s'il ne connaissait aucune limite, c'est-à-dire poussé à son paroxysme (b). En guise de conclusion, nous nous interrogerons sur la solidité et la pérennité du modèle conçu (c).

dernière pour la route », disponible sur le site de Laurent Mucchielli, à l'adresse suivante : <http://www.laurent-mucchielli.org/index.php?post/2012/04/13/Reformes-du-droit-penal-des-mineurs-une-derniere-pour-la-route>).

Voir aussi *supra* sur le nouveau partage d'informations instauré par cette loi.

1522 Voir *supra*.

1523 Voir *supra*.

1524 Après avoir été portée disparue pendant un certain temps, cette jeune fille a été retrouvée en Allemagne où elle était séquestrée et aurait peut être subi un viol. Le suspect est un homme connu de la justice et des services de police pour avoir déjà été condamné pour vol et agression sexuelle. Voir entre autres : « Chloé : l'information judiciaire est aussi ouverte pour viol », *Le Point*, 19 novembre 2012 ; « De retour chez ses parents, Chloé raconte son enlèvement », *Le Figaro*, 18 novembre 2012 ; « Enlèvement de Chloé Rodriguez : les questions en suspens », *L'Express*, 18 novembre 2011 ; « Affaire Chloé : le ravisseur Kamel Boussetat est soupçonné de viols », *Midi Libre*, 19 novembre 2012.

1525 Voir *supra* sur le fait divers comme élément déclencheur de la loi pénale.

1526 Rédoine Faïd a été condamné plusieurs fois pour vol à main armée. Au moment de son évasion, il se trouvait en détention provisoire pour un braquage à l'occasion duquel un agent de police avait trouvé la mort.

1527 « Manuel Valls reconnaît une faille dans l'évasion de Rédoine Faïd », *Le Nouvel Observateur*, le 16 avril 2013, disponible sur www.tempsreel.nouvelobs.com.

1528 « Christiane Taubira assure qu'il n'y a pas eu de faille à l'origine de l'évasion du braqueur Rédoine Faïd », *Le Monde*, 15 avril 2013.

1529 Voir *supra* (note 1255) et *infra* sur les modalités de la contrainte pénale (Partie 2, Titre 2, Chapitre 1).

a) *Le modèle type*

732.- Le modèle précautionniste type correspond à l'enchevêtrement de trois systèmes fonctionnant en interdépendance. En effet, il est constitué à la fois d'un système circulaire, d'un système réticulaire et d'un système que l'on qualifiera de globalisant¹⁵³⁰.

733.- D'abord, le modèle précautionniste est caractérisé par la circularité, qui s'exprime dans l'intervention à tous les moments autour de l'instant clé de la commission de l'infraction. Le modèle précautionniste envisage une action avant et après l'infraction et espère ainsi créer un *continuum* de précaution autour de l'infraction afin d'éviter la récidive, en tout cas la réitération. L'échelle du temps précautionniste n'est dès lors plus bornée par un début et une fin mais dessine une boucle¹⁵³¹.

Échelle du temps précautionniste



734.- Si l'instant de référence demeure, en partie, la commission de l'infraction, multiples sont les interventions organisées autour de cet élément. Avant l'infraction, on retrouve les programmes classiques de prévention doublés voire remplacés par les programmes que nous avons rattachés, plus haut, à la précaution, tels que la prévention dite situationnelle¹⁵³². Après l'infraction se déploient toutes les mesures dites de « prévention de la récidive » que nous avons clairement identifiées comme étant des dispositifs de

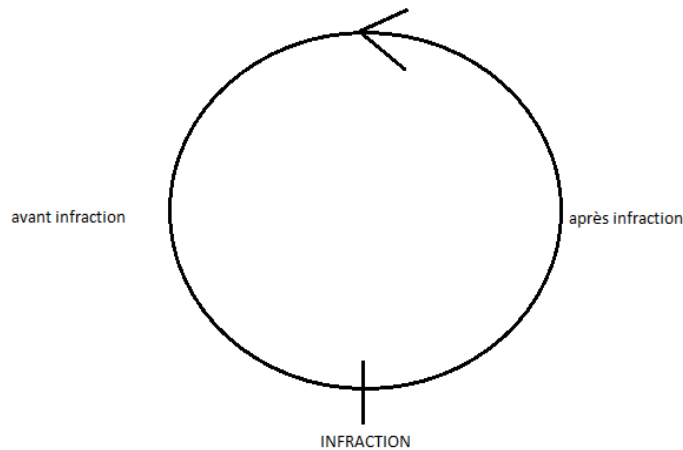
1530 Voir *supra* à propos de la distinction entre total et global.

1531 Pour une étude de la temporalité pénale dans la rationalité de précaution, voir *infra* (Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2).

1532 Voir *supra*.

précaution¹⁵³³. Ces différentes phases autour de l'infraction sont susceptibles de se rejoindre et de retracer indéfiniment la boucle de précaution.

Boucle de précaution



735.- Il faut ajouter à cet aspect temporel du modèle de précaution un aspect organisationnel, caractérisé par le paradigme du réseau. Le modèle précautionniste est, en effet, également un système réticulaire au sein duquel l'information doit circuler entre différentes institutions, la conséquence étant le resserrement des mailles du filet de précaution, comme nous l'avons évoqué *supra*¹⁵³⁴. Il encourage chacun à transmettre les informations dont il dispose afin d'organiser le suivi des dangers et d'en faciliter le repérage.

736.- Enfin, le modèle de précaution est globalisant dans la mesure où il invite chaque personne à participer à son entreprise¹⁵³⁵. Tout individu, professionnel comme civil, doit contribuer au devoir de précaution, lequel est conçu comme un gage du droit à la sécurité. En ce sens, le modèle de précaution marque son emprise sur tout individu et procède, incidemment, d'une méthode incluante/excluante¹⁵³⁶. C'est en particulier en raison de ce

1533 Voir *supra*.

1534A propos de la circulation de l'information et notamment de son renforcement par la loi du 24 avril 2012, voir *supra*.

1535 Voir *supra*.

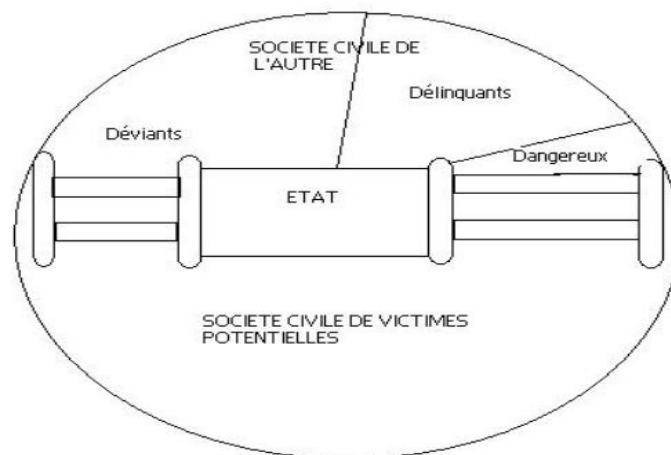
1536 Voir *supra*, sur la sanction « paradoxale ».

procédé que l'exacerbation du modèle précautionniste s'avère dangereuse d'un point de vue humaniste et éthique.

b) *Le modèle stéréotypé*

737.- Le modèle précautionniste stéréotypé, au sens de paroxystique, aurait pour conséquence de scinder la société en deux, avec, d'un côté, les individus, conçus comme victimes potentielles, qui se prêtent au jeu de la précaution, et de l'autre côté, ceux qui, n'ayant pas respecté ses règles, en sont définitivement exclus.

Modèle précautionniste paroxystique



738.- La catégorie de l'Autre est extensible¹⁵³⁷ et peut accueillir aussi bien des délinquants, reconnus par leur passage à l'acte que ceux dont on redoute la dangerosité, et ceux dont le comportement est vécu comme un risque social. Pour reprendre la formulation de Michel Foucault, le modèle de précaution exacerbé conduit à la multiplication des « hétérotopies »¹⁵³⁸, ces lieux de mise à l'écart. Entre cette *sous* société de l'Autre et la

1537 Voir également *supra* sur l'extensibilité des notions de dangerosité et d'ennemi (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2).

1538 M. FOUCAULT, « Les Hétérotopies », France Culture, 7 décembre 1966 ; M. FOUCAULT, *Dits et écrits* 1984 texte 360, « Des espaces autres » (conférence au Cercle d'études architecturales, 14 mars 1967), Architecture, Mouvement, Continuité, n°5, octobre 1984, pp. 46-49 ; M. FOUCAULT, *Les Hétérotopies - Le Corps Utopique*, Paris, Éditions Lignes, 2009.

sur société de victimes potentielles s'érige une barrière symbolique de l'État à qui l'on enjoint de prendre des mesures sécuritaires et séparatistes.

c) Pérennité du modèle précautionniste

739.- Comme nous l'avons étudié *supra*, le modèle précautionniste est guidé par le devoir de précaution, pendant du droit à la sécurité¹⁵³⁹. Aussi, revenir sur des mesures de précaution est impossible sans faire preuve de défaut de précaution. En effet, lorsque des mesures de précaution ont été prises au nom du devoir de précaution, condition désormais *sine qua non* du droit à la sécurité¹⁵⁴⁰, il paraît hautement contestable de les remettre en cause. Une suppression de telles mesures signifierait le non respect du devoir de précaution et, incidemment, la négation du droit à la sécurité. En témoigne la lutte idéologique qui a opposé Christiane Taubira et Manuel Valls¹⁵⁴¹. Et l'opinion publique ne semble pas favorable à un retour en arrière¹⁵⁴². De surcroît, la suppression de la rétention de sûreté, qui, malgré les recommandations de la Conférence de consensus, ne faisait pas partie du projet de loi relative à la prévention de la récidive et à l'individualisation des sanctions¹⁵⁴³, mais qui a été réintroduite au débat par un amendement, n'a pas été validée. La loi du 15 août 2014 n'abroge donc pas ce dispositif précautionniste par excellence.

740.- Par ailleurs, le modèle précautionniste de politique criminelle fonctionne par un renvoi de messages incessants. Il renvoie autant de démonstrations de précaution qu'il reçoit de demandes de sécurisation, ces demandes étant sociales et étatiques dans la mesure où elles aussi sont insufflées par l'État¹⁵⁴⁴.

1539 Voir *supra* sur la consécration du devoir de précaution pendant du droit à la sécurité (Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1).

1540 Voir *supra*.

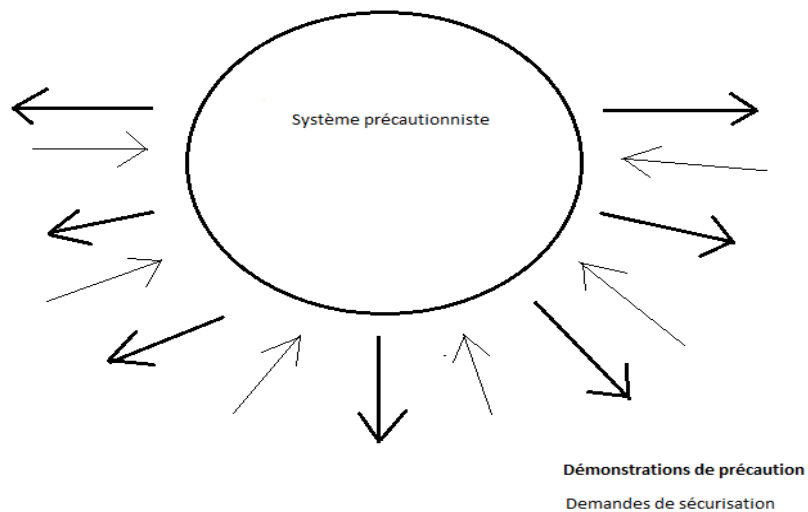
1541 Voir *supra*.

1542 Voir par exemple : « Réforme pénale : Taubira évangélise », *Le Figaro*, 10 septembre 2013 ; « Sondage : la réforme pénale jugée inefficace contre la délinquance », *Le Parisien*, 7 octobre 2013 ; « Sondage : 75% des français pensent que la loi Taubira est inefficace », *20 minutes*, 7 octobre 2013 ; « Réforme pénale : 75% des français estiment inefficace la loi Taubira », *L'Express*, 7 octobre 2013.

1543 Voir *supra* sur les préconisations de la Conférence de consensus, ainsi que celles de la CNCDH et du rapport parlementaire d'information de Dominique Raimbourg.

1544 Voir *supra*.

Demandes de sécurisation – Démonstration de précaution



741.- Aussi, réside toute la difficulté à déconstruire un tel modèle. En effet, ce modèle perdurera tant que seront envoyées des demandes de sécurisation à la politique criminelle, tant que la sécurité continuera à être proclamée droit. Il résulte de ces conditions propices au développement du modèle précautionniste une impossibilité idéologique à défaire ce modèle sauf à supprimer, et le devoir de précaution, et le droit à la sécurité.

CONCLUSION

742.- Le modèle français de politique criminelle a été désigné par la doctrine comme un modèle libéral, en relation avec le régime politique français libéral¹⁵⁴⁵ et au sein duquel la réponse à l'infraction est étatique tandis que celle à la déviance est sociétale¹⁵⁴⁶. Depuis quelques années, ce modèle semble s'être transformé comme en témoignent différentes analyses doctrinales¹⁵⁴⁷. Aujourd'hui, **de profondes modifications ont participé à la construction d'un modèle inédit, qui rappelle les politiques environnementales et la**

1545D. SZABO, *op.cit.*

1546M. DELMAS-MARTY, *op.cit.*

1547M. DELMAS-MARTY, *op.cit.* et V. GAUTRON, *op.cit.*

logique du principe de précaution. Ce modèle inscrivant la précaution au centre de son action peut être nommé **modèle précautionniste**.

743.- En premier lieu, la précaution s'est immiscée dans le clivage répression/prévention, qui sont habituellement présentées comme antinomiques ou complémentaires, dans tous les cas comme deux modes distincts d'action dans une lutte commune contre la délinquance. Répression et prévention se distinguent, en effet, d'un point de vue temporel, la première intervenant après le passage à l'acte délinquant, tandis que la seconde se déploie avant ce passage, et d'un point de vue substantiel, la première agissant sur un mode pénal tandis que la seconde, en principe, s'exerce sur un mode « social ». Mais la précaution brouille la frontière établie entre ces deux modes d'action. Et déjà, sous l'influence de la précaution, apparaissent de nouvelles formes de prévention qui ne correspondent plus à la définition initiale de cette dernière et ressemblent davantage à des techniques de précaution. Aussi, il est de plus en plus demandé à la prévention d'être productive de sécurité et au droit pénal de faire preuve d'anticipation, c'est-à-dire d'être prédictif et préventif.

744.- Ainsi, on constate, sous le paradigme de la précaution, une fusion de la répression et de la prévention, dans un souci d'assurer efficacement la protection de la société. Cette volonté d'unir ces deux antagonismes apparents se révèle dans les rapports et discours officiels. Certains auteurs évoquent alors une politique intégrée¹⁵⁴⁸. Et on constate cette fusion notamment à travers l'instauration de mesures de sûreté ou de précaution créées dans le but de prévenir la récidive mais qui s'avèrent coercitives et liberticides, ou encore dans l'évolution de la prévention de la délinquance juvénile, qui s'est déplacée de l'intervention sur le milieu social vers une responsabilisation des jeunes et de leurs parents. Dans ce dernier contexte, naît **un nouveau type de sanction, la sanction paradoxale, qui possède une double finalité** : d'une part, conférer aux parents la reconnaissance de leur statut, et d'autre part, faire jouer la menace de la sanction en cas de transgression de règles imposées à la réalisation de leur responsabilité parentale.

745.- Pour autant, la prévention classique existe toujours, et comme en matière environnementale, le nouveau mode de précaution vient s'y ajouter plus que la remplacer. Les modalités respectives de la prévention et de la précaution se distinguent

1548R. GASSIN, *op.cit.*

nettement par leur approche de la criminalité, la première différence étant l'usage de l'échelle du groupe en matière de prévention et de celle de l'individu au sein de la précaution. La précaution fonctionne en trois étapes : le ciblage d'individus, la responsabilisation et la sanction. Elle peut entrer dans certaines catégories de prévention, comme la prévention dite tertiaire qui concerne des personnes ayant déjà commis une infraction, ou la « prévention pénale spéciale »¹⁵⁴⁹, qui renvoie à un droit pénal préventif par la dissuasion de récidiver. C'est ainsi tout particulièrement en matière de lutte contre la récidive que la prévention s'est « précautionnalisée ». En effet, dans ce domaine, et notamment dans les lois pénales correspondantes, on observe plus une large prédominance de la précaution qu'une juxtaposition de la prévention et de la précaution. Malgré leur intitulé contenant le terme « prévention », ces lois ne proposent aucun dispositif de réelle prévention mais instaurent des mesures répressives ou des mesures de précaution désignées comme mesures de sûreté. S'agissant des mesures répressives présentées comme ayant pour finalité la prévention de la récidive, nous devons citer les peines planchers, qui, bien qu'ayant été supprimées par la loi du 15 août 2014, constituent un exemple de « précautionnalisation » de la prévention ou de l'utilisation galvaudée de l'expression « prévention ». S'agissant des mesures de précaution, celles-ci n'ont pas été remises en cause par la loi du 15 août 2014 et continuent donc d'être les parangons de l'usage de la précaution en lieu et place de la prévention.

746.- Partant de cette fusion entre répression et prévention, et multipliant les techniques de précaution, le modèle de politique criminelle est devenu un modèle précautionniste, caractérisé par une utopie de la précaution, qui considère les menaces comme évitables quand la rationalité de risque évalue des seuils de « tolérabilité »¹⁵⁵⁰. Afin d'éviter toute menace et d'éradiquer le sentiment d'insécurité comme l'insécurité elle-même, le modèle précautionniste accroît les réponses au danger, que ce soit en maximisant le suivi judiciaire des délinquants ou en pénalisant des simples déviances. D'ailleurs, cette assimilation de la déviance à l'infraction est le signe d'une radicalisation du modèle de politique criminelle, qui emprunte, pour les besoins de la précaution, aux modèles totalitaires dans lesquelles infractions et déviances sont confondues¹⁵⁵¹. En outre, le modèle précautionniste ajoute aux concepts d'infraction et de déviance celui de dangerosité. Dans ce modèle inédit, à ces trois catégories de comportements ou d'état jugés nuisibles, la réponse est étatique et sociétale. En

1549 *Dictionnaire des Sciences criminelles, op.cit.*

1550 Voir *supra*.

1551 M. DELMAS MARTY, *op.cit.*

effet, on constate, à côté de la réaction de l'État, une participation accrue des citoyens à la sécurité. Cette participation, qui révèle un devoir assimilé de prendre part à la sécurité, est inspirée de la Charte de l'environnement consacrant le devoir de prendre part à la préservation de l'environnement¹⁵⁵².

747.- Par ailleurs, le modèle précautionniste s'illustre dans son dépassement de l'opposition liberté/sécurité, cette opposition étant la conséquence de la conception de la sécurité présentée comme la condition d'exercice des libertés¹⁵⁵³. Il fonctionne sur des méthodes proches des états d'urgence, d'exception et de nécessité, cette dernière notion étant redéfinie sous les auspices de la précaution, pour laquelle toute mesure est considérée nécessaire face au danger. Également, le modèle précautionniste promeut une politique criminelle duale : selon les circonstances et selon un arbitrage utilitariste, la politique criminelle sera axée sur l'acte ou sera volontaire.

748.- Aussi, le modèle précautionniste adopte une réponse réticulaire faisant intervenir tout un chacun (particuliers, professionnels, représentants de la justice, État) et incluant le délinquant lui-même. Il conduit à une sur-responsabilisation de tous à tous les niveaux, que l'on peut particulièrement vérifier dans des applications rétrospectives du principe de précaution, visant la recherche d'un responsable une fois l'événement dommageable réalisé. Ce mouvement de responsabilisation a été prolongé par la création, par la loi du 15 août 2014, de la contrainte pénale, qui, par la contraction d'obligations, impose une attitude hautement responsable au condamné¹⁵⁵⁴.

749.- En définitive, le modèle précautionniste est circulaire, car préconisant une action avant et après l'infraction en dessinant une boucle de précaution et en b tissant un *continuum* de précaution ; il est réticulaire, ce qui permet, par l'intervention de tous, d'optimiser le suivi des dangers ; et il est globalisant, convoquant chacun à son entreprise de sécurité. Ce modèle semble enclin à durer, tant sa déconstruction s'avère difficile. La préservation des mesures de sûreté, alors qu'une réforme pénale vient d'être adoptée en 2014, témoigne de cette difficulté à revenir sur des dispositifs de précaution. Déconstruire le modèle de précaution nécessiterait la négation du devoir de précaution et par ricochet celle du droit à la

1552 Article 2 de la Charte de l'Environnement.

1553 Voir *supra*.

1554 Voir *infra*.

sécurité, le premier étant censé réaliser le second. Et cette négation du droit à la sécurité semble pour l'heure, dans la spirale sécuritaire, impensable.

CONCLUSION DU TITRE 2

750.- L'inévitable adhésion du droit pénal et de la politique criminelle au principe de précaution peut être mise en évidence par l'émergence d'une rationalité pénale de précaution et par la naissance d'un modèle précautionniste de politique criminelle.

751.- D'abord, le droit pénal dont l'adhésion philosophique au principe de précaution ne fait pas de doute, fonctionne désormais aussi sur une rationalité de précaution. Celle-ci vient se superposer à la rationalité pénale moderne légaliste et à celle de risque, issue de l'introduction d'une logique probabiliste. Dans cette rationalité pénale de précaution, le droit pénal est invité à prendre en considération des dangers incertains et imprévisibles. Il est enjoint à s'exercer en situation d'incertitude, cette dernière étant intégrée au processus décisionnel. La rationalité pénale de précaution préconise alors, tout comme le principe de précaution, des mesures de précaution qui, présentées sous le vocable de mesures de sûreté par le législateur et la doctrine, ont pour objectif de parer aux dangers incertains avant que leur occurrence soit prévisible de manière scientifique et fiable. Ces mesures de précaution sont décidées en fonction du degré de dangerosité révélé par des évaluations renouvelées, l'exigence d'évaluations faisant partie intégrante du principe de précaution.

752.- Ensuite, la politique criminelle ayant adhéré à la logique de précaution opère aujourd'hui selon un modèle précautionniste, qui donne la priorité à l'usage de toute précaution nécessaire à la protection de la société. Avec ce modèle, les deux volets de la politique criminelle que sont la répression et la prévention, se trouvent réunis dans le souci d'une meilleure efficacité de l'un comme de l'autre dans leur lutte commune contre la

délinquance. Aussi, un nouveau mode de gestion des risques, la précaution, vient largement concurrencer, dans des domaines particuliers comme la prévention de la récidive, les programmes de prévention classiques. Le modèle précautionniste invite ainsi à une multiplication incessante des réponses aux dangers, qui passe notamment par la participation de tous à la production de sécurité, par la mise en réseau de tous les acteurs, et par une sur-responsabilisation de ces derniers. Surtout, ce modèle précautionniste rompt avec la recherche du juste équilibre que le droit pénal et la politique criminelle sont censés trouver entre la liberté et la sécurité. Tout à la fois circulaire, réticulaire et globalisant, le modèle précautionniste a vocation à être pérenne dans la mesure où son objectif de défense sociale est indéfectible et qu'il émane tant de l'État que des demandes sociales croissantes de sécurisation.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

753.- Connue d'abord des seuls experts de la pollution de l'environnement, le principe de précaution constitue, aujourd'hui, la figure caractéristique d'une nouvelle étape dans la lutte contre les risques. Tandis que le droit positif s'allie à la certitude de la science pour l'établissement de la présence d'un risque avéré, l'expertise scientifique sera sollicitée autant que de besoin par les décideurs pour obtenir des réponses infaillibles. Puis, la peur ciblée que notre société contemporaine avait cru pouvoir enrayer en adoptant une démarche préventive combinée avec des mécanismes assurantiels a cédé la place à une peur plus diffuse dont la menace apparaît plus globale que locale, plus collective qu'individuelle. Cette évolution s'explique notamment par l'intrusion, au sein de la science, de l'incertitude qui occupera une place centrale dans le processus décisionnel. Il s'agira d'agir même dans la conscience que nous avons de l'imperfection des connaissances afin d'éviter l'irréversible. La précaution face à l'incertitude trouve ainsi naturellement écho dans le droit au point qu'il est possible d'affirmer que face à l'incertitude d'une règle technique ou d'une situation, le droit doit prendre en charge le risque du système. Ainsi, légitimé par ce nouveau rôle de l'État dans la gestion de tous les risques, justifié par la protection de victimes réelles et virtuelles et fondé sur une idéologie sécuritaire œuvrant contre la dangerosité, le principe de précaution s'est progressivement installé en droit pénal. Mais aussi inévitable et légitime qu'est apparue l'application du principe de précaution en droit pénal et en politique criminelle, celle-ci se trouve pervertie par une recherche toujours croissante de sécurité. Cette application a donné naissance à une rationalité pénale de précaution, qui emprunte la logique du principe de

précaution, pour se situer au-delà de la rationalité du risque, en prenant en compte les menaces incertaines et en intégrant cette incertitude dans le processus décisionnel. Elle a aussi conduit à la construction d'un modèle précautionniste de politique criminelle, qui, par ses caractères circulaire, réticulaire et globalisant, conduit à toujours privilégier la sécurité, à sur-responsabiliser tout individu et à scinder la société en deux, avec d'un côté les victimes hypothétiques et de l'autre, les dangereux potentiels. La rationalité pénale de précaution tout comme le modèle précautionniste de politique criminelle ne contiennent pas de limites et peineront à circonscrire leur développement. L'objectif hautement honorable de protéger la société des dangers conduit à la construction d'une spirale sécuritaire qui, sous l'invocation du principe de précaution, ne connaît pas de fin.

754.- D'autant plus que l'application du principe de précaution au droit pénal peut être considérée comme un aboutissement de la reconnaissance du droit à la sécurité et de sa consécration comme droit fondamental. Si la sécurité est un état qu'il est naturel de souhaiter, l'avoir érigé en droit a conduit à la conséquence inéluctable de reconnaître, parallèlement, un véritable devoir de précaution incombant à l'État, et tel qu'on pourrait l'envisager dans la théorie du contrat social qui sous-entend que les individus acceptent de se soumettre à l'État en échange d'une protection de sa part. Toutefois, accorder cette protection de manière illimitée dans le but d'assurer une sécurité inconditionnelle conduit à des dérives incontrôlables en terme de liberté et à une focalisation néfaste et irrationnelle sur le besoin de sécurité. Dans son expression extrême de droit à la sécurité absolue, c'est-à-dire dans le refus de « tous les dangers » y compris celui de la maladie et de la mort, grande est la tentation du pouvoir absolu de celui qui édicte la norme et de celui qui la juge.

755.- Cependant, et sans remettre totalement en cause le principe de précaution, la volonté et la nécessité de trouver un juste équilibre ont imposé à la réflexion juridique le principe de proportionnalité de la réponse, mettant implicitement l'accent sur des notions comme « le doute raisonnable » et « le risque acceptable ». En ce sens, la loi du 15 août 2014, s'attachera à revisiter, en certains points, le modèle précautionniste de la politique criminelle, notamment avec la suppression, très symbolique, des peines plancher. Toutefois, cette réforme pénale ne rompra pas radicalement avec le modèle précautionniste, laissant demeurer des aspects symptomatiques de la rationalité de la précaution, telles les mesures de sûreté dont la rétention de sûreté fait figure.

756.- Nonobstant ces limites, les débats menés depuis 2012, autour de la nécessité de déconstruire ou de mettre un terme au sécuritarisme, incarné par le modèle précautionniste, témoignent d'une prise de conscience de la perversion de ce modèle et de l'importance de trouver des solutions alternatives. Mais l'affaiblissement du modèle précautionniste exige avant tout un changement des mentalités consistant en l'acceptation du caractère inévitable d'un certain risque délinquant, en l'admission de l'idée que l'État ne pourra jamais, en effet, éradiquer toute la criminalité, et en la reconnaissance de l'humanité des « dangereux » et de leur appartenance à la société qui, sans ces considérations, ne laisse de place qu'à une société de victimes. Cette modification des perceptions et des attitudes de précaution est d'autant plus urgente que l'adhésion du droit pénal au principe de précaution se traduit par des bouleversements inacceptables du droit pénal.

PARTIE 2 : L'INACCEPTABLE SOUMISSION DU DROIT PENAL AU PRINCIPE DE PRECAUTION

757.- Le droit pénal possède des principes propres que le principe de précaution, malgré son ambition d'extension infinie, ne saurait bouleverser sans conséquences graves sur l'État de droit et les libertés individuelles. Nous démontrerons que le principe de précaution, en dépit de toutes les qualités louables qu'il renferme dans les domaines dans lesquels il a été consacré, ne saurait s'inscrire officiellement dans notre droit pénal. Le cas échéant, toutes les fondations du droit pénal s'effriteraient et laisseraient place à de nouvelles armatures incapables de garantir un juste équilibre entre liberté et sécurité, droits et devoirs, garanties procédurales et efficacité de la répression. Si le droit pénal acceptait de se soumettre entièrement au principe de précaution, la balance s'inclinerait toujours du même côté, celui de la sécurisation maximale, et le déséquilibre ainsi occasionné serait porteur d'injustice, *d'a priori* et de risques de dérives. Aussi, le droit pénal issu du nouveau code pénal, d'inspiration néoclassique, qui avait su créer un certain équilibre devrait se livrer à de terribles batailles pour retrouver son originalité¹⁵⁵⁵.

758.- Certes, la précaution a toujours été, pour le droit pénal et la politique criminelle, un fil directeur tout en demeurant voilée¹⁵⁵⁶. Aujourd'hui, l'utilisation de certaines techniques de précaution apparaît inévitable compte tenu de l'objectif de sécurité dans un monde devenu allergique à l'incertitude face aux risques¹⁵⁵⁷. Mais sa proximité nouvelle avec ces matières est inquiétante surtout si le droit pénal entretient comme unique logique celle du

1555 Voir par exemple E. MONDIELLI et J. FILAIRE, *op.cit.*

1556 Voir *supra*, Partie 1, Titre 1.

1557 Voir *supra*, Introduction et Partie 1.

principe de précaution, laquelle ne peut s'emboîter, sans heurts, dans l'architecture et les murs porteurs de ce vaste domaine.

759.- D'une part, intégrer officiellement le principe de précaution au droit pénal s'avère problématique à maints égards car cela entraîne une déconstruction de l'architecture du droit pénal moderne par des bouleversements conceptuels conséquents, tant au niveau des notions à la base du droit pénal, tels que l'infraction et la responsabilité, qu'au niveau des principes directeurs en la matière (**Titre 1**).

760.- D'autre part, une telle intégration aurait pour conséquence une déstructuration de la portée et du sens-même du droit pénal (**Titre 2**). En particulier, le principe de précaution se heurte à la pénologie issue du droit pénal moderne, qui fonde son sens, et chamboule la portée de ce dernier dans le temps, par une prise en considération excessive du futur incertain.

TITRE 1 : DECONSTRUCTION DE L'ARCHITECTURE DU DROIT PENAL MODERNE PAR LE PRINCIPE DE PRECAUTION

761.- Incorporer le principe de précaution au droit pénal soulève de nombreuses interrogations quant au devenir des concepts fondant la légitimité du droit pénal contemporain.

762.- Merle et Vitu définissent le droit pénal comme « l'ensemble des règles juridiques qui organisent la réaction de l'État vis-à-vis des infractions et des délinquants »¹⁵⁵⁸. Ainsi, selon Jean Pradel, le droit pénal est « le droit de l'infraction et de la réaction sociale qu'elle engendre »¹⁵⁵⁹. Le dictionnaire de *Vocabulaire juridique* précise encore que le droit pénal est le droit de la répression et de la prévention des infractions¹⁵⁶⁰. Le droit pénal peut donc être défini comme étant la branche du droit s'appliquant en cas de commission d'infraction¹⁵⁶¹, laquelle est une violation de la loi¹⁵⁶². Il est susceptible de faire engager une responsabilité pénale à chaque fois que les interdits prévus par la loi pénale n'ont pas été respectés. Aussi, il s'articule autour des notions d'infraction, de responsabilité et de peine, lesquelles répondent à des définitions précises.

763.- Or, le principe de précaution est étranger à cette logique et à toute idée de nécessité d'un tel préalable légal. Le facteur déclenchant le principe de précaution n'est pas

1558R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, Tome 1, Paris, Cujas, 7^{ème} édition, 1997.

1559J. PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 18^{ème} édition, 2010.

1560G. CORNU, *op.cit.*, à « pénal (droit) ».

1561 Voir pour d'autres définitions du droit pénal, par exemple, B. BOULOC, *op.cit.*, p. 31s.

1562 Voir, par exemple, G. LOPEZ et S. TZITIS (dir.), *op.cit.*, « Infraction », p. 542s.

le fait d'une violation de la loi mais celui de la seule incertitude scientifique¹⁵⁶³. Aussi, une union entre le droit pénal et le principe de précaution ne peut être parfaite. Au contraire, elle donnerait naissance à une modification substantielle des concepts pénalistes et des principes directeurs du droit pénal.

764.- D'abord, les notions d'infraction et de responsabilité pénale telles que conçues par le droit pénal contemporain, d'inspiration classique, se heurtent au principe de précaution qui tend, sinon à les vider de leur substance, à en déformer le sens (**Chapitre 1**).

765.- Ensuite, les principes directeurs du droit pénal sont confrontés à une rationalité de précaution à laquelle il a longtemps résisté afin d'éviter l'arbitraire (**Chapitre 2**). Le principe de précaution se conjugue mal avec ces principes directeurs. Il en affaiblit le contenu en y superposant une logique de précaution incompatible avec leur fixité.

¹⁵⁶³Voir *supra* et également *infra* lorsque nous aborderons l'atteinte portée au principe de légalité par le principe de précaution appliqué au droit pénal (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : DÉCONSTRUCTION DES CONCEPTS DU DROIT PÉNAL MODERNE PAR LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION

Les concepts d'infraction et de responsabilité aux prises avec le principe de précaution

766.- L'engagement de la responsabilité pénale est provoquée par la commission d'une infraction¹⁵⁶⁴, laquelle doit réunir trois éléments pour être constituée¹⁵⁶⁵ : l'élément légal ou préalable légal, que nous aborderons *infra*¹⁵⁶⁶, lorsque nous étudierons le principe de légalité ; l'élément matériel ; l'élément moral.

767.- Le principe de précaution initiant la prise de mesures et/ou de sanctions indépendamment de la commission d'une infraction, dans des situations où l'infraction est seulement redoutée, s'accorde mal avec les fondamentaux pénaux rappelés. Ainsi, l'influence du principe de précaution et son application (actuellement implicite ou en filigrane, hypothétiquement officielle et pleine) en la matière conduisent à un bouleversement des conceptions. Les éléments constitutifs de l'infraction sont appréhendés d'une nouvelle

1564 Voir not. B. BOULOC, *Droit pénal général, op.cit.*, p. 205s.

1565 Pour Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, cette définition de l'infraction, comportant trois éléments et provenant de la doctrine classique semble aujourd'hui obsolète. Le nouveau code pénal ne reprend pas, en effet, ces distinctions. Il se réfère aux notions de loi pénale et de responsabilité pénale. Les auteurs privilégient alors une définition de l'infraction (voire de la responsabilité pénale) ne retenant que deux éléments : l'élément matériel et l'élément intellectuel. F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, Corpus Droit Privé, 14^{ème} édition, 2007, pp. 377-378.

1566 Nous l'étudierons plus tard car il mérite un développement distinct, étant en relation directe avec le principe de légalité qui est le premier principe directeur du droit pénal (Chapitre 2 du présent titre). Par ailleurs, la doctrine tend à ne plus considérer l'élément légal comme élément constitutif de l'infraction (voir *supra*). En effet, le texte d'incrimination préexiste à l'existence ou commission de l'infraction. Dès lors, ce n'est pas un élément qui doit être présenté par l'infraction pour être constituée. Ainsi, la doctrine ne retient à présent plus que les deux autres éléments, l'élément matériel et l'élément moral ou intellectuel pour définir l'infraction.

manière, ne correspondant plus aux seules définitions classiques. Le principe de précaution invite autant à une refonte de ces éléments qu'à celle de leur combinaison.

768.- Plus particulièrement, l'élément matériel répond à de nouvelles règles de détermination et fait l'objet d'une focalisation accrue (**Section 1**). Et surtout, l'élément moral, dont la présence conditionne classiquement l'engagement de responsabilité devant la justice pénale, se voit entièrement revisité par le principe de précaution quand il n'est pas quasiment éludé (**Section 2**).

SECTION 1 : L'ÉLÉMENT MATÉRIEL DE L'INFRACTION : ENTRE MUTATION ET SURREPRÉSENTATION

769.- Posée par l'école classique, l'exigence de l'existence d'un élément matériel pour constituer une infraction produit la règle « Il n'existe pas d'infraction sans activité matérielle »¹⁵⁶⁷. Une infraction est donc généralement définie par une action, si bien que, comme le soulèvent Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, la plupart des incriminations du code pénal débutent leur rédaction par « le fait de.. ». Les mêmes auteurs soulignent le terme « fait » utilisé dans l'article 121-1 du code pénal : « *Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* »¹⁵⁶⁸.

770.- Au cours du 19^{ème} siècle, la doctrine appelait l'élément matériel « corps du délit ». L'infraction n'a de raison d'être que parce qu'elle matérialise, par la réalisation de certains faits, la volonté criminelle. L'élément matériel correspond à une manifestation (même minimale¹⁵⁶⁹) de l'intention criminelle. Il doit revêtir la forme des gestes décrits par le texte d'incrimination. Une des conséquences principales de cette nécessité de la présence d'actes

1567F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op.cit.*, 2007, p. 379 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, Tome 1, Éditions Cujas, 7^{ème} édition, 1997, p. 604. Merle et Vitu donnent la valeur de principe fondamental à cette règle (p.605).

1568F. DESPORTES et F. GUNEHEC, *op.cit.*, 2007, p. 379. Les auteurs rappellent que le sens premier de cet article est le principe de la personnalité de la responsabilité pénale. Voir *infra* sur ce point.

1569Pour certaines infractions, même si les faits et leur définition sont extrêmement minces, l'exigence d'une matérialisation de la volonté criminelle demeure. Voir par exemple l'article 450-1 du code pénal définissant l'association de malfaiteurs par l'existence d'un ou plusieurs faits matériels, sans que ceux-ci soient précisément désignés. *Idem* pour la participation à une bande ayant des visées violentes. Voir *infra* pour plus de détails.

matériels réside dans l'impunité attachée, en principe¹⁵⁷⁰, à la seule pensée délictuelle¹⁵⁷¹. Aussi, l'exigence d'un élément matériel devrait laisser hors du champ pénal les situations d'état dangereux ou d'état « pré délictuel¹⁵⁷² »¹⁵⁷³. Par ailleurs, l'élément matériel obéit à des nécessités probatoires, la seule pensée criminelle ne pouvant être démontrée¹⁵⁷⁴.

771.- En se donnant pour objectif d'éviter les dommages graves et irréversibles, le principe de précaution invite, quant à lui, à une focalisation sur les actes susceptibles de générer ces dommages. Transposé au droit pénal, il a tendance à éclipser les autres éléments constitutifs des infractions au profit de l'élément matériel correspondant aux actes entrant dans la définition des incriminations.

772.- D'une part, l'élément matériel, sous la pression précautionniste, subit une mutation en s'éloignant de la nécessité de production de résultat et en prenant de plus en plus en considération des actes matériels sans résultat (infractions formelles, infractions obstacles, infractions de prévention). Dès lors, l'élément matériel, qui était bien souvent caractérisé par son résultat, est désormais moins défini en référence à ce dernier que par les actes eux-mêmes qui y conduisent (I).

773.- D'autre part, répondant à cette nouvelle définition où le résultat ne détient presque plus la valeur d'exigence, l'élément matériel est sur-représenté dans la mesure où, selon le principe de précaution, il faut pouvoir agir sur les actions avant qu'elles ne

1570En principe seulement car nous verrons que les cas de répression de la seule volonté criminelle se multiplient et sont encore invités à croître sous la pression du principe de précaution. Voir *infra*.

1571R. MERLE et A. VITU, *op.cit.*, p. 605 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op.cit.*, p. 378 qui y voient là une exigence dans une société démocratique ; PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^{ème} édition, 2004 p. 187, n° 329, qui écrivent à propos de la caractérisation de la tentative, que « La question se pose pour des raisons politiques : la simple pensée coupable n'est pas punissable et il faut donc décider le moment où elle sera suffisamment manifestée extérieurement pour que la sanction répressive soit légitime et puisse intervenir sans risque d'erreur » ; P. CUCHE, *Précis de droit criminel*, Dalloz, 5^{ème} édition, 1934, p. 58, n° 62 : l'auteur qui a écrit que « la volonté criminelle échappe à toute répression, tant qu'elle ne s'est pas traduite extérieurement par un acte ou par une négligence prévus et incriminés par la loi pénale », est cité en 2012 par E. DREYER, *Droit pénal général*, Lexisnexis, Litec, 2^{ème} édition, 2012, p. 431. Nous regrettons que l'auteur cite sans réserve cet écrit datant de 1934 et ne correspondant plus, selon nous, à la réalité du droit pénal contemporain.

1572Les termes mêmes de « pré délictuel » ou « pré délinquant » apparaissent critiquables dans la mesure où ils introduisent une certaine idée de fatalité, qui ne peut être défendable si l'on croit aux valeurs de l'humanisme.

1573Nous verrons qu'en dépit de la focalisation sur l'élément matériel, il n'en est pas ainsi, en raison d'un autre bouleversement des concepts du droit pénal, celui affectant l'élément moral. Voir *infra*, Section 2 du présent Chapitre.

1574Sur ce point, voir F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op.cit.*, 2007, p. 380 ; R. MERLE et A. VITU, *op.cit.*, p. 605.

produisent de résultats dommageables. Cette concentration sur l'élément matériel emporte de nombreuses conséquences philosophiques et éthiques (II).

I. DE L'IMPORTANCE DU TROUBLE CAUSÉ À LA PRISE EN CONSIDÉRATION DU TROUBLE POTENTIEL

774.- La focalisation sur les dommages, due notamment à une approche victimaire du phénomène délinquant (A), conduit, lorsqu'elle est poussée à son extrême, à une prise en considération toujours croissante de la virtualité de dommage (B). Le principe de précaution invite à offrir un traitement pénal aux situations dans lesquelles le dommage est seulement hypothétique.

A. LE FAIT ENVISAGÉ EU ÉGARD À SES CONSÉQUENCES DOMMAGEABLES

775.- Sous la pression de l'attitude précautionniste, on assiste à une sorte d'obnubilation par le dommage résultant du fait délictuel. Dans la lecture du fait au prisme du résultat dommageable qu'il cause, ce dernier est à la fois critère de la définition des infractions (1) et critère de leur classification (2).

1) Le résultat, critère des infractions

776.- Lorsqu'ils sont envisagés en fonction des dommages qu'ils occasionnent, les faits font référence à la production d'un résultat. La plupart des infractions provoquent un résultat¹⁵⁷⁵ et certaines infractions considèrent même le résultat comme un élément constitutif. C'est le cas des atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité de la personne¹⁵⁷⁶ mais également de ces mêmes atteintes lorsqu'elles sont intentionnelles¹⁵⁷⁷. Les

1575F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *op.cit.*, p. 389. ; E. DREYER, *Droit pénal général*, Lexisnexis, Litec, 2^{ème} édition, 2012, p. 463.

1576Ainsi, la prescription de telles infractions ne débutera pas à la date de commission des faits mais à celle où le dommage est survenu, comme l'a jugé la cour de cassation, dans un arrêt du 4 novembre 1985 (Crim. 4 novembre 1985, *Bull. Crim*, n° 339) ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *op.cit.*, p. 385 ; Cass. Crim. 10 mars 1932, p. 1932. Emmanuel Dreyer exprime ainsi cette idée : « L'homicide involontaire est considéré comme une infraction instantanée, non à raison de l'instantanéité du fait fautif mais à raison de l'instantanéité de ce passage de vie à trépas », E. DREYER, *op.cit.*, p. 451.

1577E. DREYER, *op.cit.*, p. 450.

infractions de résultat ou « infractions matérielles » sont consommées à partir du moment où le résultat a été obtenu par l'agent. Ce résultat, ou « suites » ou « effets »¹⁵⁷⁸, ou encore « mal du délit »¹⁵⁷⁹, est défini par Merle et Vitu comme « un trouble social ou privé particulièrement grave en relation causale avec le comportement du délinquant ». Les auteurs poursuivent : « ce trouble social ou privé qui est précisément la seule justification de l'intervention de la loi pénale »¹⁵⁸⁰. Le résultat est « la suite logique du comportement incriminé »¹⁵⁸¹. Nous devons écarter, en effet, à l'instar d'Emmanuel Dreyer, le « résultat légal » qui, se définissant comme la simple réalisation du comportement décrit par la loi, englobe à la fois le dit comportement et ses conséquences concrètes, ainsi que le « résultat juridique » consistant dans l'atteinte à une valeur ou un intérêt par le comportement incriminé, et qui ne peut être perçu qu'en opérant une déduction, à partir d'une incrimination, de la valeur que cette dernière protège (le législateur ne précisant presque jamais l'intérêt qu'il entend protéger pénalement en incriminant tel ou tel comportement)¹⁵⁸². Xavier Pin voit, dans ce résultat juridique, l'application de la théorie allemande de l'*Unrecht* : « la loi pénale sanctionnerait toujours l'atteinte à des intérêts juridiques protégés par des normes non pénales, de sorte qu'en cas de disparition de la protection non pénale ou de disparition de l'intérêt protégé lui-même, la norme pénale ne serait plus applicable »¹⁵⁸³ (ce qui explique l'existence de faits justificatifs).

777.- Dans le nouveau code pénal, comme dans l'ancien, la plupart des infractions sont matérielles et font donc référence à la production d'un résultat. Ce résultat servira aussi à classer les infractions en fonction de leur gravité.

1578Termes utilisés par l'ancien code pénal, articles 301 et 434. Cités par R. MERLE et A. VITU, *op.cit.*, p. 652.

1579Expression utilisée par les pénalistes du 19^{ème} siècle tels que ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, I, n° 956, p. 434 ; VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, trad. Française, 1911, tome I, p. 181. Cités par R. MERLE et A. VITU, *op.cit.*, p. 653. Voir aussi, F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *op.cit.*, p. 389.

1580R. MERLE et A. VITU, *op.cit.*, p. 653.

1581E. DREYER, *op.cit.*, p. 465. L'auteur cite ensuite Jean-Yves Mayaud : Le résultat « élément constitutif de l'infraction [...] comme une atteinte, concrète ou abstraite à un intérêt pénalement protégé, qui constitue l'effet ou la conséquence des actes d'exécution de l'infraction ». J.-Y. MAYAUD, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, préface A. Prothais, L'Harmattan, 2003, n°87. Cité par J. PRADEL, *op.cit.*, p. 307, n°375 et par E. DREYER, *op.cit.*, p. 465, n° 679.

1582E. DREYER, *op.cit.*, p. 464.

1583X. PIN, « L'infraction injuste », *Mélanges en l'honneur de Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 585s et plus précisément, p. 589. L'auteur donne l'exemple de l'incrimination de vol, qui protège une norme non pénale interdisant de porter atteinte à la propriété d'autrui et qui ne peut exister si l'objet soustrait appartient à l'auteur et a été soustrait à un possesseur illégitime. Sur ce point, voir aussi Jacques-Henri Robert, qui précise que l'inexistence de l'intérêt protégé constitue une cause d'exonération. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, Coll Thémis Droit, 6^{ème} édition refondue, 2005, 1988, pp. 276-277

2) Le résultat, critère de classification des infractions

778.- Selon l'École classique, la sanction doit être mesurée en fonction du trouble social occasionné par l'infraction. Ainsi, la nature et la mesure de la peine doivent être définies en fonction de l'utilité sociale. Dans son traité *Des délits et des peines*, qui arbore à maints égards un visage utilitariste¹⁵⁸⁴, Beccaria écrit que la peine ne doit pas être mesurée à la souffrance de la victime, ni en fonction du degré d'intention, mais que « la seule mesure des délits est le tort fait à la nation », au bien public¹⁵⁸⁵.

779.- Dès le code de brumaire de l'an IV, les infractions ont été classifiées en trois catégories : crimes, délits, contraventions¹⁵⁸⁶. Cette classification tripartite des infractions a été reprise dans le code de 1810 puis dans celui de 1992 et a été établie en fonction de leur gravité. En effet, l'article 111-1 du code pénal dispose que « *les infractions sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions* ». Et la doctrine précise que les crimes constituent les infractions les plus graves, les délits celles de moyenne gravité et les contraventions celles de moindre gravité ou mineures¹⁵⁸⁷. La question porte alors sur les critères de définition de la gravité d'une infraction. Le 1^{er} article du code pénal de 1810 disposait ainsi : « *L'infraction que les lois punissent des peines de police est une **contravention**. / L'infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un **délit**. / L'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un **crime*** », instituant un critère de dépendance entre la nature de la peine et la catégorie de l'infraction. Mais, comme le soulignent Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, « ce n'est pas la nature de la peine qui doit déterminer la gravité de l'infraction mais bien évidemment l'inverse », la nature de la peine n'étant qu'un critère de reconnaissance du choix du législateur dans la qualification de l'infraction¹⁵⁸⁸.

1584 Voir sur ce point, A. P. PIRES, « Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne » in CH. DEBUYST, F. DIGNEFFE, J.-M. LABADIE et A. P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, Tome II : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie, Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, De Boeck Université, Collection Perspectives criminologiques 1998, Chapitre 3, pp. 83-143.

1585 C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, *op.cit.*, p. 75s.

1586 F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, Corpus Droit Privé, 14^{ème} édition, 2007, p. 65. Les auteurs rappellent que dans l'ancien droit était distingué le grand criminel du petit criminel.

1587 F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op.cit.*, 2007, p. 65. (références à : J. MOULY, « La classification tripartite dans la législation contemporaine », *RSC*, 1982, p. 3 ; J. H. ROBERT, « La classification tripartite des infractions dans le nouveau code pénal », *Droit pénal*, 1995, chronique n°1).

1588 F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op.cit.*, 2007, pp. 69-70.

780.- Reste à savoir comment se mesure la gravité d'une infraction¹⁵⁸⁹. Il apparaît que celle-ci obéit à une conception relative, à la fois dans le temps et dans l'espace. Les comportements répréhensibles varient d'une époque à l'autre, d'un pays à un autre, tout en étant guidés par un certain universalisme. Généralement, la gravité est mesurée au regard des dommages créés mais encore faut-il que soit identifié le lésé par ces dommages. Il semblerait que pour l'École classique, et son chef de file Beccaria, les dommages soient, en réalité, conçus comme révélateurs de l'importance du trouble à l'ordre public occasionné et que ce dernier doit, par conséquent, constituer la mesure de la gravité de l'infraction¹⁵⁹⁰.

781.- Mais l'infraction peut occasionner deux types de dommages ou plus exactement deux types de lésés peuvent être identifiés. Bien souvent, une infraction provoque une atteinte à l'ordre public en même temps qu'elle cause préjudice à une victime concrète. D'ailleurs, la commission d'une infraction donne naissance à deux type d'actions¹⁵⁹¹ : l'action publique, action principale, portée par le Ministère public, qui a en charge, l'intérêt général ; l'action civile, action accessoire, appartenant à la victime et dont le but est la réparation du dommage créé par l'infraction¹⁵⁹².

782.- Aussi, Merle et Vitu distinguent deux degrés dans le contenu du résultat de l'infraction : « au premier degré, l'activité pénale engendre toujours une atteinte à un droit, à un intérêt légitime, à l'ordre public » ; « ce dommage, cette lésion d'un droit ou d'un intérêt engendrent souvent au deuxième degré un préjudice au détriment de la victime »¹⁵⁹³. Depuis les années 1990 et la montée en puissance des droits de l'homme, et plus encore depuis une dizaine d'années, ces degrés semblent avoir subi une inversion sous l'influence du principe de précaution, lui-même sous le poids de la pression victimaire¹⁵⁹⁴.

783.- Nonobstant toutes ces observations, le résultat pénal continue d'être distingué, en général, du préjudice civil, par la doctrine¹⁵⁹⁵ et par la jurisprudence¹⁵⁹⁶. « Le

1589R. Garraud évoquait la « gravité sociale » des faits, critère de la classification tripartite. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, Sirey, 13^{ème} édition, 1921, p. 72.

1590Voir *supra* (notamment, note 27).

1591Voir not. F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *op.cit.*

1592Une nuance doit être apportée avec l'existence d'une action vindicative. Voir *supra* (Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2).

1593R. MERLE et A. VITU, *op.cit.*, p. 654.

1594Voir *supra* à propos de l'idéologie victimaire (Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1).

1595Y. MAYAUD, « La résistance du droit pénal au préjudice », *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 811.

1596Même lorsque le texte d'incrimination se réfère explicitement au « préjudice », la jurisprudence admet le

résultat pénal a une dimension sociale qui dépasse la simple protection d'un intérêt individuel »¹⁵⁹⁷. Cette distinction entre résultat pénal et préjudice civil « se comprend parfaitement car c'est moins la souffrance de la victime qu'il s'agit d'apprécier que la gravité de l'acte reproché à son agresseur »¹⁵⁹⁸, d'une part, et parce que le droit pénal « envisage des actes ayant causé un trouble à l'ordre public et non à une personne déterminée »¹⁵⁹⁹, d'autre part.

784.- Mais force est de constater que l' « irruption des victimes au devant de la scène pénale »¹⁶⁰⁰ et la montée de l'individualisme ont eu pour conséquence un intérêt grandissant pour le préjudice subi par la victime au détriment de la perturbation de l'ordre social résultant de l'infraction¹⁶⁰¹. Depuis le nouveau code pénal, la hiérarchie des valeurs protégées par le droit pénal a été inversée de la protection de l'État à celle de individu¹⁶⁰². Cette nouvelle échelle des valeurs situe l'individu au premier plan, devant d'abord ses biens, puis les intérêts de la Nation. Et certaines infractions sont clairement définies en fonction de la gravité du préjudice de la victime, « la quantité de préjudice [étant] souvent prise en considération par la loi pour déterminer la peine »¹⁶⁰³. Tel est le cas des atteintes à l'intégrité de la personne¹⁶⁰⁴, définies par rapport à la durée de l'incapacité totale de travail occasionnée

préjudice éventuel (à propos de l'abus de confiance, Cass. Crim. 13 janvier 2010 : *Bull. crim.* 2010, n°6 ; *JCP* 2010, n°18, 500, note J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *Droit pénal* 2010, comm. 61, obs. M. VÉRON ; *Gaz. Pal.* 24-25 mars 2010, p. 24, obs. E. DREYER). Voir sur ce point aussi E. DREYER, *op.cit.*, p. 466. Aussi, en matière d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse dont la définition implique que la victime ait été contrainte « à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables », la jurisprudence estime que le dommage ne doit pas s'être nécessairement réalisé. Voir Cass.crim. 12 janvier 2000 : *Bull. Crim.* 2000, n° 15 ; *D.* 2001, p. 813, note J.-Y. MARÉCHAL ; *Droit pénal* 2000, comm. 69, obs. M. VÉRON. Jurisprudence citée par E. DREYER, *op.cit.*, p. 467. Toutefois pour Jean Pradel, affirmer que la jurisprudence se passe de la condition de préjudice, « c'est oublier qu'il y a au moins un préjudice moral ou éventuel ». L'auteur relève à cet égard que la chambre criminelle a eu l'occasion de rappeler « qu'en l'absence de tout préjudice, l'un des éléments constitutifs du délit d'escroquerie fait défaut » (Crim. 3 avril 1991, *Bull. Crim.*, n° 155, *Dalloz* 1991, Sommaire 275, obs. G. AZIBERT, *Dalloz* 1992.400, note C. MASCALA). J. PRADEL, *op.cit.*, p. 308, n°375.

1597E. DREYER, *op.cit.*, p. 466.

1598Ibidem.

1599J. PRADEL, *op.cit.*, p. 307, n°375. Référence faite à J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, préface A. Prothais, L'Harmattan, 2003, n°87.

1600Expression de D. SALAS, *op.cit.*, voir *supra*.

1601Voir *supra*.

1602Voir *supra*.

1603J. PRADEL, *op.cit.*, p. 308, n°376.

1604Dans ces infractions, la prise en considération du préjudice est directe. Mais celle-ci peut aussi être indirecte, lorsque le législateur aggrave une peine en estimant que certaines circonstances ont aggravé le préjudice pour la victime. Analyse de J. PRADEL, *op.cit.*, p. 308, n°376.

pour la victime¹⁶⁰⁵. Ici, le résultat se confondrait presque avec le préjudice et la peine encourue se proportionne à la gravité du préjudice¹⁶⁰⁶.

785.- Sous la pression victimaire, le récit politique et médiatique des infractions se résume souvent à la mesure de la souffrance de la victime. Paul Ricoeur résume cette idée en écrivant que « Derrière la clameur de la victime se trouve une souffrance qui crie moins vengeance que récit »¹⁶⁰⁷. Aujourd'hui, si l'on se réfère au résultat de l'infraction, il semblerait que cela provient plus d'une prise en compte de la souffrance éprouvée par des victimes physiques, donc capables de témoigner des conséquences visibles de l'acte, que d'une compréhension du trouble causé à l'ordre public et de l'atteinte à l'intérêt général¹⁶⁰⁸. Si le principe de précaution venait à s'appliquer à la théorie générale de l'infraction, le résultat ne serait plus que défini par le préjudice. Le principe de précaution appelle à une prise en considération du préjudice en fonction de sa gravité. La Charte de l'Environnement de 2005 précise bien à cet égard que le principe de précaution s'applique en cas d'hypothétiques dommages graves ou irréversibles¹⁶⁰⁹. Une application générale et élargie du principe de précaution en matière pénale pourrait conduire à n'envisager l'élément matériel qu'à travers la seule gravité du préjudice subi par une victime réelle ou du préjudice encouru par une victime potentielle. [Ce qui n'est pas une situation souhaitable compte tenu de la distinction justifiée entre résultat pénal et préjudice¹⁶¹⁰].

786.- D'ailleurs, le droit pénal reconnaît, de façon de plus en plus remarquable, que le dommage peut aussi bien être réel qu'hypothétique et que « le préjudice peut être effectif ou seulement en germe »¹⁶¹¹. De même, le principe de précaution s'active afin d'éviter les victimisations et invite le droit pénal à envisager toujours plus de situations d'incertitudes susceptibles de générer un dommage.

1605 Sur ce point, voir F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *op.cit.*, p. 390. La sanction sera d'autant plus sévère que le préjudice est important ; pour une position plus nuancée, voir EMMANUEL Dreyer, *op.cit.*, p. 466. n°680 : « Aparté : sur la distinction du résultat pénal et du préjudice civil ». L'auteur estime que « même en matière de violences, où le résultat pénal coïncide davantage avec le dommage souffert par la victime, celui-ci n'est pas envisagé de façon individuelle mais de « manière abstraite et impersonnelle » via une nomenclature (citant là Y. MAYAUD, « La résistance du droit pénal au préjudice », *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 811) [...] ».

1606 R. MERLE et A. VITU, *op.cit.*, p. 655.

1607 P. RICOEUR, entendu comme témoin lors du procès sur le sang contaminé. Cité par Christine Lazerges in CH. LAZERGES et G. GIUDICELLI-DELAGE (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, *op.cit.*, p. 21.

1608 D'ailleurs, nous avons déjà soulevé, lorsque nous évoquions le « résultat juridique », la difficulté à déceler, dans les textes d'incrimination, l'intérêt social protégé pénalement.

1609 Voir *supra*.

1610 Voir *supra* sur cette distinction.

1611 J. PRADEL, *Droit pénal général*, Éditions Cujas, 18^{ème} édition, 2010, n°375, p. 307.

787.- Avec cette prise en compte du large champ des incertitudes, se posera alors la question du lien de causalité entre ces situations incertaines et le dommage virtuel. A l'inverse des situations où le résultat s'est effectivement produit, l'établissement de la certitude du lien de causalité entre le comportement incriminé et la production d'un résultat redouté s'avérera plus difficile.

B. LE FAIT ENVISAGÉ SANS ÉGARD À SES CONSÉQUENCES DOMMAGEABLES

788.- L'hypothèse du résultat redouté est aussi envisagée. Elle recouvre des situations où « c'est la gravité du résultat [que le fait] est susceptible de provoquer qui justifie la mise en œuvre de l'arsenal répressif »¹⁶¹². Pour Marion Lacaze, « l'existence même d'infractions formelles ou de prévention peut déjà être interprétée comme un signe du recul du résultat au profit de l'activité matérielle et donc de la substitution du risque au résultat comme fondement de la responsabilité pénale »¹⁶¹³. Dès l'adoption du nouveau code pénal, la nécessité de traiter pénalement des comportements sans résultat s'est posée. Le rapporteur de la commission des lois, Charles Jolibois, précisait que le législateur souhaitait faire entendre que « chacun sache qu'il peut être condamné, même s'il n'a pas fait de victime, simplement parce qu'il en a pris délibérément le risque »¹⁶¹⁴.

789.- Considérer le fait sans prêter attention à ses conséquences dommageables revient à punir le fait en lui-même, sa potentialité de génération de risque devenant alors la mesure de la sanction. Cette approche du fait se trouve toujours en rapport avec l'idéologie victimaire¹⁶¹⁵ et surtout avec le principe de précaution dont l'essence même est d'agir avant que le risque se réalise, même si celui-ci souffre d'incertitude. En 2012, il a été affirmé, par exemple, à propos de l'affaire du sang contaminé, que l'« on a vu [...] prononcer la relaxe de personnes convaincues d'avoir distribué du sang dont elles savaient qu'il pouvait transmettre le SIDA, pour la simple raison, au demeurant correcte, [que] les victimes avaient

¹⁶¹²E. DREYER, *op.cit.*, p. 465.

¹⁶¹³M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, Préf. Anne Hauteville, Thèse, Université de Montpellier I, Faculté de droit, soutenue le 18 juin 2009, « Collection des Thèses », n° 39, L.G.D.J., 2010, p. 104, n°170.

¹⁶¹⁴*Journal officiel*, Sénat, Compte rendu, 30 avril 1991, p. 812. Cité dans le Rapport N° 246, Sénat du 11 janvier 2012, Rapport fait sur la proposition de loi de MM. Pierre Fauchon, François Zocchetto et Jean-René Lecerf relative à la délinquance d'imprudence et à une modification des dispositions de l'article 223-1 du code pénal instituant le délit de « mise en danger délibérée de la personne d'autrui », par M. François Zocchetto, Sénateur.

¹⁶¹⁵Voir *supra* sur l'idéologie victimaire (Partie 1, Chapitre 1, Section 2).

pu contracter ce mal autrement qu'à l'occasion d'une transfusion sanguine. Une telle décision donne à penser que dans cette circonstance, la justice n'a pas été rendue. Elle conduit à s'interroger sur le point de savoir si le caractère délictueux ou non d'une « imprudence » ne devrait pas être apprécié davantage en fonction des éléments qui caractérisent cette imprudence plus que de l'effectivité de ses conséquences et prendre en compte même les imprudences n'ayant pas ou pas encore provoqué de dommages ou n'ayant pas de lien de causalité certain avec un dommage effectif »¹⁶¹⁶.

790.- Dans le droit positif, certaines incriminations existantes se concentrent sur le fait lui-même indépendamment de son résultat. Ces infractions constituent déjà une application du principe de précaution, dans la mesure où ce dernier vise à réguler des activités ou à rationaliser l'usage de produits avant qu'elles ou ils ne causent des dommages. Il s'agit des infractions obstacles, des infractions formelles et des infractions de prévention (1). Plus généralement, la théorie de l'infraction permet actuellement de punir, à certaines conditions, un comportement dont le résultat n'a fortuitement pas été atteint. Cette sanction de la tentative peut aussi être mise en relation avec le principe de précaution qui intervient dès que l'activité litigieuse ou l'usage du produit suspecté commence, et ce indépendamment du fait que cette dernière ou ce dernier provoque effectivement un dommage (2). Enfin, la parenté avec le principe de précaution est encore plus évidente s'agissant de la sanction du dol éventuel sous la qualification de mise en danger délibérée de la personne d'autrui (3).

1) Infractions-obstacles, infractions formelles, infractions de prévention¹⁶¹⁷

791.- Infractions obstacles, infractions formelles et infractions de prévention sont constituées indépendamment du résultat. Ces trois types d'infractions participent de la gestion du domaine de la prise de risque sans que la volonté de réalisation de dommage soit systématiquement présente. A ce titre, Jean Pradel évoque un « préjudice [...] en pointillé, en germe, lorsque l'agent n'a pas lésé concrètement une personne, mais a agi de telle façon qu'il aurait pu la léser »¹⁶¹⁸.

1616Exposé des motifs, Proposition de loi du 13 janvier 2011 relative à la délinquance d'imprudence à une modification des dispositions de l'article 223-1 du code pénal instituant le délit de « mise en danger délibérée de la personne d'autrui ».

1617Nous avons déjà abordé ces notions lorsque nous décrivions les conséquences de la rationalité de risque. Ici, il s'agit d'étudier leurs liens avec le principe de précaution et leur devenir si le principe de précaution venait à dominer le droit pénal.

1618J. PRADEL, *Droit pénal général*, Éditions Cujas, 18^{ème} édition, 2010, n°375, p. 307.

792.- La répression de tels comportements protège une victime hypothétique ou une « victime générale »¹⁶¹⁹ et derrière cette répression se trouve l'idée que l'auteur pourrait, dans le futur, atteindre une victime réelle¹⁶²⁰. Pour Jean Pradel, c'est « à des fins de prévention, que le législateur amenuise donc l'élément matériel »¹⁶²¹ en l'allégeant de la nécessité d'un résultat.

793.- Étant donné la différence de distance, observée, dans chacun des types d'infractions évoqués, entre le comportement de l'agent et le résultat redouté, il convient d'étudier séparément infractions formelles (a), infractions-obstacles (b) et infractions de prévention (c). De surcroît, les relations entre chacune de ces catégories d'infractions et le principe de précaution doivent être analysées distinctement.

a) Infractions formelles

794.- Définie tantôt comme l'infraction « dans laquelle la loi incrimine un procédé sans s'inquiéter des suites »¹⁶²², tantôt comme une infraction se caractérisant par « le fait que son résultat légal se résume tout entier dans le résultat matériel »¹⁶²³, l'infraction formelle ne suppose pas, à la différence des infractions matérielles¹⁶²⁴, qu'un résultat soit atteint pour être constituée¹⁶²⁵. De même, la consommation d'une telle infraction n'implique pas une atteinte effective à la valeur protégée¹⁶²⁶. Dès lors, l'infraction formelle n'a pas de résultat juridique¹⁶²⁷ et « n'engendre aucun trouble tangible à l'ordre public »¹⁶²⁸. *A fortiori*, elle n'engendre pas, non plus, systématiquement de réel préjudice¹⁶²⁹, ou de « trouble privé »¹⁶³⁰.

1619J. PRADEL, *op.cit.*, n°375, p. 307. L'auteur écrit : « [...] malgré l'absence d'une victime concrète et déterminée, il y a cette victime générale qui est représentée par la collectivité des citoyens, par la société ».

1620J. PRADEL, *op.cit.*, n°375, p. 307 puis n°377, p. 309.

1621J. PRADEL, *op.cit.*, n° 397, p. 321.

1622Ibidem.

1623PH. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^{ème} édition, 2004, p. 184, n°322.

1624Celles supposant donc la production d'un résultat, voir *supra*, A.

1625F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op.cit.*, p. 402, n°460. J. PRADEL, *op.cit.*, p. 321, n°397. Si résultat il y a dans l'infraction formelle, ce ne peut être que le risque (d'atteinte). Selon Jean Pradel, « Si l'on introduit l'idée de résultat, on peut dire que dans l'infraction matérielle, le résultat découle du comportement (et consiste dans un dommage effectif) alors que dans l'infraction formelle, le résultat s'intègre au comportement (le dommage n'étant alors qu'éventuel ou en germe ». J. PRADEL, *op.cit.*, p. 322, n°397.

1626PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op.cit.*, p. 184, n°322.

1627Voir *supra* pour la définition du résultat juridique. Sur l'absence de résultat juridique dans l'infraction formelle, voir PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op.cit.*, p. 184, n°322.

1628Ibidem.

1629Ou en d'autres termes, « l'atteinte effective à l'intégrité physique de la victime n'est pas un élément constitutif de l'infraction », J. PRADEL, *op.cit.*, p. 321, n°397.

1630Expression utilisée par MERLE et VITU, *op.cit.* Voir *supra*.

795.- Ainsi, l'existence d'infractions formelles démontre bien la prise en compte par le législateur du fait sans égard à ses conséquences dommageables. En l'absence de résultat, élément constitutif, l'attention est portée sur l'autre partie de l'élément matériel, à savoir le fait lui-même. L'incrimination est donc « centrée sur les moyens qu'utilise le délinquant »¹⁶³¹.

796.- Mais la focalisation sur le fait pur dissimule un intérêt porté à l'intention, le fait n'étant pas, en réalité, entendu autrement que comme la manifestation de l'intention de parvenir à un résultat. Et les moyens employés par l'auteur « condensent en eux toute la criminalité de l'intention »¹⁶³². La doctrine voit, d'ailleurs, dans l'infraction formelle une sorte de tentative¹⁶³³, l'intérêt étant alors de considérer comme des commencements d'exécution des actes qui n'auraient été qualifiés que de préparatoires¹⁶³⁴. Les comportements entrant dans les prévisions des infractions formelles doivent effectivement avoir été de nature à atteindre un résultat redouté par le législateur¹⁶³⁵.

797.- La proximité des infractions formelles avec le principe de précaution est évidente dans la mesure où ces infractions ne nécessitent pas, pour être constituées, que soit rapportée la preuve d'un résultat. En effet, le principe de précaution n'exige pas non plus que soient démontrées la réalité et l'effectivité du dommage, puisqu'il ne vise que le risque de dommage¹⁶³⁶. Aussi, dans les deux cas, est visé un comportement de nature à provoquer un résultat, lequel peut être analysé en risque, en raison de la seule éventualité de dommage.

1631 PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op.cit.*, p. 184, n°322.

1632 *Ibidem*.

1633 « En quelque sorte une tentative à titre principal », pour F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op.cit.*, p. 402, n°460 ; « Tentative incriminée comme infraction consommée », pour J. PRADEL, *op.cit.*, p. 321, n°397 ; « Incrimination, à titre autonomie, de la tentative de l'infraction matérielle homologue », pour PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op.cit.*, p. 184, n°322. Évoquant ce rapprochement établi par la doctrine entre infraction formelle et tentative, Emmanuel Dreyer explique que les auteurs affirmant ce lien estiment que pour les infractions formelles, le législateur envisage des commencements d'exécution alors que pour les infractions obstacles (voir *infra*), il n'envisage que des actes préparatoires. Voir E. DREYER, *op.cit.*, p. 472, n°687. Or pour Emmanuel Dreyer, dans le processus criminel, infraction formelles et infraction matérielles se situent à la même étape où l'exécution est terminée.

1634 Voir F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, à propos de l'empoisonnement, *op.cit.*, p. 402, n°460.

1635 E. DREYER, *op.cit.*, p. 472, n°687.

1636 Voir par exemple CE, 12 avril 2013, Association coordination inter-régionale Stop THT et autres, n°342409, 342569, 342689, 342740, 342748, 342821. Bien qu'estimant que des mesures de précaution suffisantes ont été mises en place, le Conseil d'État relève que « l'existence d'un risque accru de leucémie chez l'enfant en cas d'exposition résidentielle à des champs électromagnétiques de très basse fréquence devait, bien qu'aucun lien de cause à effet n'ait été scientifiquement démontré, être regardée comme une hypothèse suffisamment plausible, en l'état des connaissances scientifiques, pour justifier l'application du principe de précaution ».

798.- Par conséquent, le risque d'une généralisation de l'utilisation du principe de précaution en droit pénal serait la multiplication d'infractions formelles, qui n'ont pourtant pas encore causé de trouble effectif ni à l'ordre public ni à une victime concrète, et qui donc, dans cette mesure, contourne l'objectif premier du droit pénal qui est justement de faire répondre les contrevenants, devant la justice, du trouble qu'ils ont occasionné pour la société !

799.- Mais les infractions formelles sanctionnent des comportements considérés comme étant la cause naturelle du dommage redouté. « Le législateur recourt principalement à une incrimination de ce type dans les hypothèses où l'acte à proscrire consiste dans le déclenchement d'un mécanisme qui, une fois mis en mouvement, échappe au contrôle de l'agent. La survenance d'un résultat effectif, simplement fonction du hasard, ne présente plus alors qu'un intérêt social secondaire »¹⁶³⁷.

800.- Dans l'empoisonnement, qui constitue l'infraction formelle type, « le fait d'administrer une substance de nature à donner la mort »¹⁶³⁸ est nécessairement susceptible de conduire à la mort. L'atteinte du résultat par le risque est, dans le cas des infractions formelles, très probable. D'ailleurs, comme nous l'avons écrit plus haut, les auteurs qui établissent un lien entre tentative et infractions formelles soutiennent que ces dernières constituent des commencements d'exécution¹⁶³⁹. Le fait d'administrer un produit mortel est un acte ayant pour conséquence directe et immédiate la mort de la victime. Les actes incriminés en tant qu'infractions formelles sont donc les faits logiquement générateurs ou la cause logique du résultat redouté par le législateur¹⁶⁴⁰.

801.- Aussi, on comprend que le lien de causalité entre le comportement réprimé et le résultat redouté est considéré comme étant direct et certain. « Du point de vue de la politique criminelle, le législateur incrimine ces comportements précisément parce que, destinés à causer de manière quasi certaine le résultat de l'infraction homologue, ils auront le même résultat sociologique »¹⁶⁴¹. Dans les infractions intentionnelles formelles, il est supposé

1637J.-P. DOUCET, « Les familles d'infractions », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1975, p. 769.

1638Article 221-5 du code pénal.

1639Voir *supra* pour la définition du commencement d'exécution ; B. BOULOC, *op.cit.*, n°235, pp. 222-226.

1640Emmanuel Dreyer parle quant à lui de « suite logique » à propos de l'empoisonnement et de la mort de la victime. E. DREYER, *op.cit.*, p. 484, n°711.

1641Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op.cit.*, p. 197, n°345.

que l'agent a voulu atteindre ce résultat¹⁶⁴². La jurisprudence exige la démonstration de cette volonté de provoquer le résultat¹⁶⁴³. Ainsi, dans l'arrêt du 18 juin 2003 rendu à propos de l'affaire du sang contaminé, la chambre criminelle de la Cour de cassation a affirmé que « le crime d'empoisonnement ne peut être caractérisé que si l'auteur a agi avec intention de donner la mort »¹⁶⁴⁴.

802.- Cette observation sur le lien de causalité nous amène à conclure que, comparées aux infractions obstacles et aux infractions de prévention (détaillées ci-après¹⁶⁴⁵), les infractions formelles semblent, de ce point de vue, les moins proches du principe de précaution. En effet, le lien de causalité entre le résultat redouté et le comportement incriminé est considéré comme étant certain et direct dans cette catégorie d'infractions tandis que le principe de précaution relève du domaine de l'incertitude.

803.- Pour les infractions obstacles, la forte probabilité du lien de causalité entre les faits incriminés et le résultat redouté n'est pas aussi certaine, ce qui, dans cette mesure, les rapproche davantage du principe de précaution.

b) Infractions-obstacles

804.- Les infractions-obstacles, comme les infractions formelles, répriment des comportements indépendamment de la réalisation d'un résultat. Ces deux types d'infractions, à l'instar des situations visées par le principe de précaution, sont caractérisés par l'absence de résultat juridique, et se « résument à la seule création d'un péril »¹⁶⁴⁶. Jean Pradel

1642Par exemple, pour les appels téléphoniques malveillants et réitérés (article 222-16 du code pénal), la loi exige qu'ils aient été effectués « en vue de troubler la tranquillité d'autrui ». Voir E. DREYER, *op.cit.*, p. 484, n°711.

1643Toutefois, dans certains cas, la jurisprudence a admis la constitution d'infractions formelles en l'absence de lien direct : par exemple, a pu être considéré comme auteur d'un empoisonnement celui qui a fait administrer par une autre personne une substance de nature à donner la mort ou même par la victime elle-même (Cass.crim. 8 juin 1993, *Bull. Crim.* 1993, n° 203 ; *RSC* 1993, p. 774, obs. GEORGES LEVASSEUR). Voir sur ce point E. DREYER, *op.cit.*, pp.484-485, n°713 et 714.

1644Crim. 18 juin 2003, *op.cit.* (voir *supra*, Introduction), *Bull.Crim.* 2003, n° 127 ; *JCP* 2003, II, 10121, note M.-L. RASSAT ; *Droit pénal* 2003, comm. 97, obs. M. VÉRON ; *Dalloz* 2004, p. 1620, note D. REBUT ; *Dalloz* 2005, p. 195, note A. PROTHAIS ; *RSC* 2003, p. 781, obs. Y. MAYAUD.

1645Voir *infra*.

1646PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op.cit.*, p. 185, n° 322. Plus loin les auteurs discutent la distinction entre ces deux types d'infractions. Pour eux, la distinction est fragile et sa mise en œuvre difficile. Parfois une même infraction peut correspondre aux deux catégories. Ils proposent alors de renoncer à la catégories des délits-obstacles pour ne parler plus que d'infractions formelles, définies comme les infractions « juridiquement

définit l'infraction-obstacle comme « l'incrimination d'un comportement dangereux, mais sans conséquence dommageable immédiate et donc inoffensif en lui-même »¹⁶⁴⁷. La première différence entre ces deux types d'infractions réside dans la nature du résultat redouté et la précision qu'en donne le législateur : le résultat redouté dans les infractions-obstacles constitue lui-même une infraction¹⁶⁴⁸. Par exemple, l'incrimination des menaces d'atteintes aux personnes ou aux biens¹⁶⁴⁹ sanctionne un comportement, le fait de menacer autrui (à condition que la menace soit réitérée ou matérialisée par un écrit, une image ou tout autre objet), parce que de ce comportement pourrait résulter une infraction (atteintes aux personnes ou aux biens). Les infractions-obstacles ont donc pour objectif de faire obstacle à la commission d'infractions¹⁶⁵⁰.

805.- Par ailleurs, de façon encore plus évidente que dans les infractions formelles, l'élément matériel est fortement réduit dans les infractions-obstacles¹⁶⁵¹. Si dans la relation établie entre infractions formelles et tentative, il a pu être dit que les infractions formelles sanctionnaient des commencements d'exécution, dans les infractions-obstacles, ce ne sont que des actes préparatoires¹⁶⁵², une « simple extériorisation de la volonté criminelle »¹⁶⁵³, qui font l'objet de la répression. Ainsi, pour que soit constituée l'association de malfaiteurs (article 451-1 du code pénal), infraction-obstacle par excellence, l'élément matériel est réduit à la préparation de délits ou de crimes¹⁶⁵⁴, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, que le législateur ne prend pas le soin de définir. C'est ainsi qu'ont pu être qualifiés de « faits matériels » caractérisant une préparation, la détention et le transport d'armes¹⁶⁵⁵, le repérage des lieux et la fourniture d'instructions¹⁶⁵⁶, le fait d'avoir eu des

indifférentes à la réalisation du résultat de l'infraction matérielle correspondante ». (*Ibid.*, n° 323).

1647J. PRADEL, *op.cit.*, p. 322, n° 398.

1648L'existence d'infractions-obstacles est encouragée par la doctrine utilitarisme. Pour J. Bentham : « plus on distinguera d'actes préparatoires pour les prohiber, plus on a de chances de prévenir l'exécution même du délit principal ». J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, tome 2, Rey et Gravier, 3^{ème} édition, 1839, p. 334, cité par E. DREYER, *op.cit.*, p. 467, n° 683.

1649Article 222-17s du code pénal pour la menace d'atteinte aux personnes ; articles 322-12s du code pénal pour la menace d'atteinte aux biens.

1650Outre les atteintes volontaires aux personnes ou aux biens déjà citées, beaucoup d'autres infractions sont « empêchées » par des infractions-obstacles : atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité de la personne résultant de l'utilisation d'un véhicule automobile, vols à main armée, atteintes des institutions de la République, etc. Voir F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op.cit.*, p. 403, n°461.

1651F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op.cit.*, p. 403, n° 461 ; J. PRADEL, *op.cit.*, p. 322, n° 398.

1652En ce sens, Crim. 15 décembre 1993, *Droit pénal* 1994. 131. Pour que le délit d'association de malfaiteurs soit constitué, il suffit que l'entente établie ait été concrétisée par un ou plusieurs actes préparatoires.

1653J. PRADEL, *op.cit.*, p. 322, n° 398.

1654Sont visées la préparation d'un ou plusieurs crimes ou délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement.

1655Crim. 2 juillet 1991, *Bull. Crim.*, n° 288 ; *Gaz. Pal.* 1992. 1. Somm. 24.

1656Crim. 30 avril 1996, *Bull. Crim.*, n°176 ; *RSC* 1997. 100, obs. BOULOC, et 113, obs. DELMAS SAINT HILAIRE.

contacts avec un fournisseur de stupéfiants et l'organisation de livraison en utilisant des véhicules et en disposant d'une importante somme d'argent¹⁶⁵⁷... Et la jurisprudence affirme que la concrétisation de l'association de malfaiteurs par « un ou plusieurs faits matériels » est une circonstance de fait qui doit être laissée à l'appréciation des juges, et le cas échéant, des jurés¹⁶⁵⁸.

806.- Le second point de différenciation entre infractions-obstacles et infractions formelles est tiré de la proximité qu'elles entretiennent avec le résultat redouté. Dans les infractions-obstacles, le résultat redouté est plus éloigné du comportement incriminé que dans les infractions formelles, ce qui justifie les relations établies par la doctrine entre infractions-obstacles et actes préparatoires, et infractions formelles et commencement d'exécution. Les incriminations de délits obstacles se situent « très en amont sur l'*iter criminis* (chemin du crime) [...], faisant intervenir la répression de façon anticipée »¹⁶⁵⁹. Pour Emmanuel Dreyer, les infractions-obstacles se caractériseraient même par une « absence de proximité avec un résultat redouté »¹⁶⁶⁰. L'auteur distingue ensuite les infractions-obstacles « indéterminées » (dans lesquelles le risque d'infraction future est peu déterminé par le législateur) et celles « déterminées » (dans lesquelles le risque d'infraction est plus clairement identifié par le législateur¹⁶⁶¹).

807.- Finalement, comparées aux infractions formelles, les infractions-obstacles sont à la fois plus proches et plus éloignées du principe de précaution. Plus éloignées car le résultat redouté est bien plus précis que les « dommages graves ou irréversibles »¹⁶⁶² visés par le principe de précaution. Plus proches car le lien de causalité entre le comportement et le résultat redouté y est plus distendu comme dans le principe de précaution qui s'active en cas d'incertitude. Le Conseil d'État affirme qu'il suffit de « rechercher s'il existe des éléments circonstanciés de nature à accréditer l'hypothèse d'un risque de dommage [...] qui justifierait, en dépit des incertitudes subsistant quant à sa réalité et à sa portée en l'état des connaissances scientifiques, l'application du principe de

1657Crim. 3 janvier 2004, *Droit pénal* 2004. 182, à propos de la préparation d'une acquisition d'héroïne.

1658Et s'agissant des jurés, il n'est pas nécessaire que la nature des desdits faits matériels soit précisée dans la question qui leur est posée. Crim. 16 janvier 1985, *Bull. Crim.*, n° 30.

1659PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op.cit.*, p. 185, n°322.

1660E. DREYER, *op.cit.*, p. 467, n°683.

1661C'est le cas de l'association de malfaiteurs qui vise la préparation de crimes et délits punis de cinq ans d'emprisonnement.

1662Voir *supra*.

précaution »¹⁶⁶³. La seule « plausibilité [...] du risque » permet de déclencher le principe de précaution. De la même manière, s'agissant des infractions-obstacles, le lien de causalité entre le comportement incriminé et le résultat redouté est incertain et sans incidence¹⁶⁶⁴. Pourtant, « lorsque le lien de causalité se détend entre un comportement intentionnel et le résultat qu'il provoque ou est susceptible de provoquer, c'est que le principe de légalité cède devant une exigence d'efficacité »¹⁶⁶⁵.

808.- Dans les situations où le résultat est finalement atteint, trois solutions sont envisagées par le droit pénal¹⁶⁶⁶ : l'infraction-résultat absorbe l'infraction-obstacle¹⁶⁶⁷ ; les deux infractions sont constituées¹⁶⁶⁸ ; l'infraction-obstacle est considérée comme une circonstance aggravante de l'infraction-résultat. Cette dernière hypothèse recouvre les situations où une association de malfaiteurs réalise l'infraction préparée¹⁶⁶⁹. Les auteurs seront alors poursuivis au titre de cette seconde infraction, avec, sous les conditions de l'article 132-71 du code pénal, la circonstance aggravante de bande organisée¹⁶⁷⁰. Il semblerait que le principe de précaution aurait tendance à privilégier la deuxième solution, où les deux

1663Conseil d'État (assemblée du contentieux), 12 avril 2013, n° 342409 : *Gazette du palais*, 15 avril 2013, « Principe de précaution et déclaration d'utilité publique ». Le Conseil d'État affirme : « Une opération qui méconnaît les exigences du principe de précaution ne peut légalement être déclarée d'utilité publique. Il appartient dès lors à l'autorité compétente de l'État, saisie d'une demande tendant à ce qu'un projet soit déclaré d'utilité publique, de rechercher s'il existe des éléments circonstanciés de nature à accréditer l'hypothèse d'un risque de dommage grave et irréversible pour l'environnement ou d'atteinte à l'environnement susceptible de nuire de manière grave à la santé, qui justifierait, en dépit des incertitudes subsistant quant à sa réalité et à sa portée en l'état des connaissances scientifiques, l'application du principe de précaution. Si cette condition est remplie, il lui incombe de veiller à ce que des procédures d'évaluation du risque identifié soient mises en œuvre par les autorités publiques ou sous leur contrôle et de vérifier que, eu égard, d'une part, à la plausibilité et à la gravité du risque, d'autre part, à l'intérêt de l'opération, les mesures de précaution dont l'opération est assortie afin d'éviter la réalisation du dommage ne sont ni insuffisantes, ni excessives. Il appartient au juge, saisi de conclusions dirigées contre l'acte déclaratif d'utilité publique, de vérifier que l'application du principe de précaution est justifiée, puis de s'assurer de la réalité des procédures d'évaluation du risque mises en œuvre et de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation dans le choix des mesures de précaution ».

1664PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op.cit.*, p. 197, n°345. Les auteurs rappellent toutefois qu'il y a, au niveau de la peine prévue, une incidence de cette incertitude relative. La peine est, en principe, moins lourde pour l'infraction formelle que pour son infraction matérielle homologue.

1665E. DREYER, *op.cit.*, p. 484, n° 713. Voir *infra* sur le principe de légalité.

1666F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op.cit.*, pp. 403-404, n°461.

1667F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC donnent pour exemple l'attentat qui absorbe le complot (article 412-1 et 412-2 du code pénal), *ibidem*. Voir aussi, E. DREYER, *op.cit.*, p. 470, n°686. L'auteur donne pour exemple le harcèlement sexuel, qui, pendant son abrogation provisoire par le Conseil constitutionnel, n'avait pas à être relevé en présence de faits susceptibles de revêtir les qualifications de viols ou agressions sexuelles. Voir aussi J. PRADEL, *op.cit.*, pp. 322-323, n°398.

1668F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC donnent l'exemple des menaces et des violences. Voir aussi sur ce point J. PRADEL, *op.cit.*, p. 322, n° 398.

1669Mais la cour de cassation a déjà retenu les deux qualifications (association de malfaiteur et infraction résultat) : Crim. 15 juin 2011, *Bull. Crim.*, 2010, n°127 ; *Dalloz* 2011, p. 2258, note J. PRADEL ; *Droit pénal* 2011, comm. 133, obs. M. VÉRON. Voir aussi Crim. 19 janvier 2010, *Bull. Crim.* 2010, n° 11 ; *Droit pénal* 2010, comm. 43, obs. M. VÉRON ; *Gaz. Pal.* 24-25 mars 2010, p. 22, obs. S. DETRAZ. Voir aussi sur cette jurisprudence contraire à la logique d'absorption de l'infraction-obstacle par l'infraction qui a suivi : E. DREYER, *op.cit.*, p. 470, n° 686.

1670Issue de la loi du 9 mars 2004.

qualifications sont retenues, l'infraction-obstacle étant alors considérée comme la prise volontaire d'un risque en dépit de l'attitude précautionniste et méritant sanction indépendamment de celle du résultat obtenu.

809.- Enfin, on peut noter une recrudescence du recours aux infractions-obstacles, qui, comme nous l'avons souligné sont philosophiquement proches du principe de précaution : le mandat criminel (article 221-5-1 CP issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité), le fait d'appartenir à une bande ayant des visées violentes (article 222-14-2 du code pénal créé par la loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public), le délit d'embuscade (article 222-15-1 du code pénal créé par loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance), etc.

810.- Très récemment, a été proposé de créer une nouvelle infraction-obstacle en matière de terrorisme. En effet, le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme du 9 juillet 2014 prévoit la création d'un nouveau délit d'entreprise individuelle terroriste. L'article 5 de ce projet instaurerait, dans le code pénal, un nouvel article 421-2-6 ainsi rédigé : « *Constitue également un acte de terrorisme, lorsqu'il est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, le fait de rechercher, de se procurer ou de fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui, en vue de préparer la commission : / d'un des actes de terrorisme mentionnés au 1° de l'article 421-1 ; / d'un des actes de terrorisme mentionnés au 2° du même article, lorsque l'acte préparé consiste en des destructions, dégradations ou détériorations par substances explosives ou incendiaires destinées à entraîner des atteintes à l'intégrité physique de la personne ; / d'un des actes de terrorisme mentionnés à l'article 421-2.* ». La peine encourue pour ce nouveau délit serait de 10 ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende¹⁶⁷¹. Cette nouvelle incrimination entend, comme le prescrit le principe de précaution, agir avant la réalisation du risque. Il s'agit ici de sanctionner des actes préparatoires, révélant toute l'influence du principe de précaution : cette incrimination vise des actes très lointains de la réalisation de résultat redouté (la commission d'actes terroristes) et dont le lien de causalité

¹⁶⁷¹Article 421-5 alinéa 3 nouveau si le projet précité était adopté.

avec ce résultat est aussi incertain. Selon la CNCDH, « cette nouvelle hypothèse d'actes préparatoires incriminés de façon autonome [...] comporte le risque de poser problème au regard du principe de légalité [...], dès lors qu'en vertu de l'article 121-5 du code pénal, il n'y a pas de tentative punissable sans « commencement d'exécution »¹⁶⁷² »¹⁶⁷³.

811.- Par ailleurs, ce nouveau délit se rapprocherait encore un peu plus de l'esprit du principe de précaution en étant constitué d'un élément matériel imprécis, donc incertain. Comme le souligne la CNCDH, le terme « rechercher » « évoque une conduite fort imprécise car trop en amont du commencement d'exécution de l'infraction », ce qui peut donner lieu « à une appréciation dangereusement subjective »¹⁶⁷⁴. Et le rapprochement avec la précaution est aussi visible dans l'élément moral réduit de ce nouveau délit. La CNCDH estime que la rédaction actuelle de ce délit affecte, par son imprécision sur l'élément moral, le principe de légalité, et propose de retenir une autre formulation qui préciserait que seront uniquement sanctionnés « les actes accomplis que par la volonté d'accomplir l'une des infractions visées »¹⁶⁷⁵.

812.- Enfin, notons aussi, qu'étant donné leur finalité préventive, les infractions-obstacles sont parfois considérées comme des infractions de prévention. D'ailleurs, s'agissant du projet d'incriminer l'entreprise individuelle terroriste, la CNCDH estime que certains des actes visés « ne sont [même] pas encore des actes préparatoires au sens juridique [et la doctrine rapproche actes préparatoires et infractions obstacles, voir *supra*], en raison du lien trop ténu avec l'infraction projetée »¹⁶⁷⁶. Certains classeraient cette nouvelle incrimination dans la catégorie des infraction de prévention.

c) Infractions de prévention

813.- Beaucoup d'auteurs assimilent les infractions de prévention aux infractions-obstacles¹⁶⁷⁷ ou encore aux infractions formelles. Certaines incriminations sont

1672 Voir *infra* à propos de la tentative punissable et ses conditions.

1673 CNCDH, Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme (Projet), 25 septembre 2014, p. 6.

1674 *Ibidem*.

1675 *Ibid.*, p. 7.

1676 *Ibid.*, p. 6.

1677 Il en est ainsi dans le manuel de F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op.cit.*

susceptibles d'être classées dans l'une ou l'autre catégorie. Il en est ainsi du délit d'embuscade créé par la loi du 5 mars 2007 précité¹⁶⁷⁸, que certains auteurs font appartenir à la catégorie des infractions formelles¹⁶⁷⁹ et que d'autres rangent dans celle des infractions de prévention¹⁶⁸⁰.

814.- Les infractions de prévention sont celles qui, « en raison de leur finalité exclusivement préventive, n'opèrent qu'à la condition que le résultat redouté ne se produise pas »¹⁶⁸¹. Leur élément matériel est réduit au comportement du contrevenant, excluant tout résultat¹⁶⁸². Dans le cas où le résultat se produit, elles sont absorbées par la qualification de l'infraction matérielle correspondante. Aussi, il a pu être écrit, à propos des infractions de prévention, qu'elles ne sont pas, contrairement aux infractions formelles et aux infractions-obstacles, indifférentes au résultat : elles disparaissent avec la survenance du résultat¹⁶⁸³.

815.- Plus précisément, contrairement aux infractions-obstacles et aux infractions formelles, qui envisagent un résultat même si sa production est indifférente, les infractions de prévention, quant à elles, ne font pas référence à un résultat. L'infraction de prévention « comporte bien des actes interdits mais n'englobe pas le résultat de ces actes »¹⁶⁸⁴. Si l'on retient cette définition, nous ne pouvons, comme le fait Agnès Cerf, qualifier le mandat criminel de la loi du 9 mars 2004 et le délit d'embuscade de la loi du 5 mars 2007, d'infractions de prévention¹⁶⁸⁵. En effet, ces deux infractions font référence à un résultat (dans le premier : l'assassinat ou l'empoisonnement, article 221-5-1 CP ; dans le second : « *dans le but de commettre* [à l'encontre d'une personne parmi la liste des personnes susceptibles d'être visées] *des violences avec usage ou menace d'une arme* », article 222-15-1 CP)¹⁶⁸⁶. De même, en visant directement les actes terroristes redoutés, l'incrimination de l'entreprise individuelle

1678 Voir *supra*.

1679 Par exemple : PH. CONTE, « La loi de prévention de la délinquance du 5 mars 2007 : présentation des dispositions de droit pénal », *Droit pénal*, 2007, Étude 7.

1680 A. CERF, « La loi du 5 mars 2007 et les infractions de prévention : l'exemple du délit d'embuscade et sa déclinaison, le guet apens », *CRDF*, n° 6, 2007, pp. 141-148.

1681 PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op.cit.*, p. 185, n°323.

1682 Alors que l'élément matériel comporte, de manière générale, le comportement et le résultat. Voir par exemple PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op.cit.*, p. 187, n°328.

1683 PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op.cit.*, p. 186, n°323.

1684 J.-P. DOUCET, « Les infractions de prévention », *Gazette du Palais*, 1973 II, Doct., p. 764.

1685 A. CERF, *op.cit.*

1686 D'ailleurs, la circulaire du 16 mars 2010 estime qu'il y a, dans ces nouvelles infractions, un dol spécial. Or Jean-Paul Doucet évoque l'absence de dol spécial dans les infractions de prévention (voir *supra*). Circulaire de la DACG n° CRIM 2010-6/E8 du 16 mars 2010 relative à la présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi n°2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public. NOR : JUSD1007468C, p. 2.

terroriste contenue dans le projet de loi du 9 juillet précité, ne peut être considérée comme une infraction de prévention¹⁶⁸⁷.

816.- En revanche, parmi les infractions récentes, il paraît justifié de qualifier d'infraction de prévention le délit d'occupation illicite des halls d'immeuble. En effet, l'article L.126-3 du code de la construction et de l'habitat sanctionne le fait d'occuper en réunion les espaces communs en entravant l'accès ou la libre circulation des personnes ou en empêchant le bon fonctionnement des dispositifs de sécurité¹⁶⁸⁸. Il s'agit donc de réprimer un comportement sans référence à un résultat. Ce constat peut être renforcé avec la nouvelle rédaction en 2010 de l'article susvisé substituant le terme « *empêcher* » à celui d' « *entraver* »¹⁶⁸⁹, cette modification s'expliquant par le souhait d'une plus grande souplesse dans la définition de cette infraction et d'une plus grande facilité à la caractériser¹⁶⁹⁰. L'incrimination, qui permet désormais de « *viser les personnes qui occupent en réunion les parties communes et empêchent, par leur attitude passive, la circulation des personnes* »¹⁶⁹¹ semble bien correspondre à la définition des infractions de prévention dans la mesure où aucune finalité particulière n'est requise pour caractériser le comportement incriminé.

817.- Concernant le lien de causalité, nous avons précisé qu'il est considéré comme étant très probablement direct pour les infractions formelles et seulement « plausiblement » direct dans les infractions-obstacles. Dans les infractions de prévention, le lien de causalité entre le comportement réprimé et le résultat ne détient pas de rôle particulier¹⁶⁹². Jean-Paul Doucet distingue ainsi infractions de prévention et infractions-obstacles : « alors que les premières ne supposent aucune intention criminelle, les secondes saisissent un acte préparatoire à un délit principal et tendent ainsi à mettre fin à une activité criminelle en cours de développement, avant même que ne soit abordée la phase du commencement d'exécution »¹⁶⁹³. Aussi, les infractions de prévention constituées d'une base objective unique (et non pas double, en référence à un acte et à un résultat), comprennent un élément moral simplifié. Le dol général existant dans toute infraction intentionnelle porte à la

1687Voir *supra*.

1688Dans sa version initiale, issue de la loi du 18 mars 2003.

1689Modification issue de la loi n°2010-201 du 2 mars 2010.

1690Circulaire de la DACG n° CRIM 2010-6/E8 du 16 mars 2010 précitée, p. 4.

1691Circulaire précitée, p. 5.

1692Ce qui se vérifie avec le délit d'occupation illicite des halls d'immeubles car le comportement est incriminé indépendamment du fait qu'il puisse être la cause logique d'un résultat.

1693J.-P. DOUCET, *op.cit.*

fois sur l'acte et sur son résultat. Dans les infractions de prévention qui ne contiennent aucune indication quant au résultat, ce dol général se trouve affaibli¹⁶⁹⁴. Et le dol spécial, constitué par l'intention d'atteindre un résultat, est absent dans cette catégorie particulière d'infractions (alors qu'on peut le retrouver dans les infractions formelles et obstacles).

818.- Enfin, en référence aux développements précédents concernant la prévention et la rationalité de risque, et les rapports qu'elles entretiennent, il conviendrait d'appeler les réelles infractions de prévention, des infractions de précaution. En effet, la prévention opère par l'identification d'un risque¹⁶⁹⁵, tandis que les infractions dites de prévention, à l'instar du principe de précaution, ne font pas référence à ce risque identifié, introduisant un certain flou quant à l'existence, à la nature et à la portée du risque. C'est à se demander si ce que sanctionnent les infractions de prévention n'est pas plutôt un défaut volontaire de précaution.

819.- Un autre aspect du droit pénal peut être rapproché de la philosophie du principe de précaution en tant qu'il a trait à des situations où le résultat n'est pas atteint : la répression de la tentative.

2) La répression de la tentative : un cas d'application du principe de précaution ?

820.- Selon une conception objectiviste du droit pénal, comme en Allemagne au 19^{ème} siècle¹⁶⁹⁶, l'infraction ne devrait être punissable qu'à partir de sa consommation. En droit français, il en est autrement puisque la tentative est punissable (sous certaines conditions).

821.- En effet, le nouveau code pénal sanctionne la tentative au même titre que l'infraction consommée (article 121-4¹⁶⁹⁷) et définit la tentative, dans son article 121-5, par un commencement d'exécution et un désistement involontaire de son auteur. La répression de

¹⁶⁹⁴*Ibidem*.

¹⁶⁹⁵Voir *supra* à propos de la méthodologie observée par la prévention (Partie 1, Titre 2, Chapitre 1).

¹⁶⁹⁶Sur la répression de la tentative aujourd'hui en droit pénal allemand, dont la conception ressemble à celle française, voir par exemple, J. LEBLOIS-HAPPE et *al.*, « Chronique de droit pénal allemand », *Revue internationale de droit pénal*, 3/ 2002 (Vol. 73), pp. 1229-1259.

¹⁶⁹⁷Pour Philippe Conte et Patrick Maistre du Chambon, cet article présente la consommation et la tentative comme deux manières de se rendre auteur d'une infraction, alors que l'article 2 de l'ancien code pénal assimilait l'infraction tentée à celle consommée. PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op.cit.*, p. 186, n°325.

la tentative repose sur le comportement de l'auteur (élément matériel) devant constituer un commencement d'exécution, qui peut être conçu de différentes manières¹⁶⁹⁸. Une première conception, subjective, tend à considérer comme un commencement d'exécution tout acte dès lors qu'il révèle l'intention irrévocable de son auteur de commettre l'infraction. Cette position est éminemment dangereuse d'un point de vue des libertés individuelles, l'appréciation du commencement d'exécution pouvant s'y réduire à des critères non satisfaisants liés à la personnalité du délinquant¹⁶⁹⁹. Une autre conception, objective, se réfère aux actes eux-mêmes, considérant tantôt que le commencement d'exécution doit correspondre à un élément constitutif de l'infraction, tantôt qu'il est présent lorsque le comportement de l'auteur révèle objectivement que l'infraction est entrée dans sa phase d'exécution¹⁷⁰⁰. Philippe Conte et Patrick Maistre du Chambon, se référant à la lettre de l'article 121-5, affirment que « le commencement d'exécution suppose un acte objectivement déterminé, par sa proximité temporelle (« commencement ») et causale (« exécution ») avec la consommation »¹⁷⁰¹. Cette définition permet de distinguer, plus ou moins nettement, les actes préparatoires de ceux qui commencent véritablement l'exécution. La jurisprudence semble avoir opté pour une conception objective¹⁷⁰² ou mixte¹⁷⁰³. En effet, depuis l'arrêt rendu le 25 octobre 1962¹⁷⁰⁴, une définition relativement stable du commencement d'exécution s'est maintenue : retenant une conception objective, la chambre criminelle considère que le commencement d'exécution est caractérisé par des actes ayant pour « conséquence directe et immédiate la consommation de l'infraction » ou selon une formulation légèrement différente, par des actes « devant avoir pour conséquence directe de consommer le délit, celui-ci étant entré dans sa période d'exécution »¹⁷⁰⁵ ; par la suite, la Cour de cassation a parfois ajouté une dimension intentionnelle dans la caractérisation du commencement d'exécution¹⁷⁰⁶. Cette allusion à l'intention de commettre l'infraction a pu permettre à la jurisprudence de qualifier des actes, pourtant équivoques en eux-mêmes, de commencement d'exécution. C'est pour cette raison que Philippe Conte et Patrick Maistre du Chambon pensent que, malgré le choix d'une conception objective du commencement d'exécution, la jurisprudence, « lorsque les nécessités

1698 Voir sur les différentes conceptions du commencement d'exécution, PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op.cit.*, p. 188s, n°330s.

1699 PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op.cit.*, p. 188, n°331.

1700 *Ibid.*, pp. 188-189, n°332.

1701 *Ibid.*, p. 189, n°332.

1702 *Ibid.*, p. 189, n°333.

1703 R. MERLE et A. VITU, *op.cit.*, n°497s.

1704 Crim. 25 octobre 1962, *JCP* 1963.12985, note VOUIN ; *Dalloz* 1963.221, note BOUZAT.

1705 Crim. 15 mai 1979, *Dalloz* 1980.409, note CAMBASSÉDÈS, RSC 1980.969, obs. J. LARGUIER.

1706 Crim. 29 décembre 1970, *JCP* 1971.16770, note BOUZAT. La Cour de cassation évoque ici un acte « qui tend directement au délit avec intention de le commettre ».

de la répression l'exigent, [...] n'hésite pas à se référer à la psychologie du délinquant pour caractériser la conviction dont les juges ont besoin »¹⁷⁰⁷, c'est-à-dire, finalement, pour caractériser l'univocité d'actes équivoques.

822.- Pour nous, la question est de savoir si la sanction de la tentative peut être rattachée à l'esprit du principe de précaution. A l'évidence, la sanction de la tentative correspond à la sanction d'une situation susceptible de provoquer des dommages par la consommation d'une infraction. Selon une thèse relative à la protection pénale du bien juridique, la sanction de la tentative s'analyse en «répression du risque pour le bien juridique », démontrant, en quelque sorte, une « indifférence à la gravité de l'atteinte » et une « absence de gradation de l'injuste »¹⁷⁰⁸, dans la mesure où la peine encourue est identique, que l'infraction ait été consommée ou seulement tentée.

823.- En outre, pour que la tentative soit punissable, il faut que le désistement de l'auteur, ou l'échec de son acte, soit dû à une circonstance indépendante de la volonté de ce dernier. Ce qui corrobore l'idée selon laquelle l'auteur d'une tentative est dangereux et que seul un élément extérieur l'empêche de réaliser son acte. Ainsi, l'objet de la répression réside dans la dangerosité et non dans le résultat, la dangerosité de l'auteur s'étant manifestée par le commencement d'exécution. Nous avons vu précédemment les liens qu'entretiennent le principe de précaution et la notion de dangerosité en droit pénal, centrale chez les positivistes¹⁷⁰⁹. Dès lors, le lien entre le principe de précaution et la tentative est facilement établi.

824.- Par ailleurs, si la définition légale et jurisprudentielle de la tentative punissable restreint son champ d'application, force est de constater l'existence d'infractions permettant de sanctionner dès le stade des actes préparatoires (infractions-obstacles vues précédemment¹⁷¹⁰). Et ces infractions se sont multipliées sous l'influence du principe de précaution qui invite à agir en amont de la réalisation du risque¹⁷¹¹.

1707PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op.cit.*, p. 191, n°334.

1708M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, Préf. Anne Hauteville, Thèse, Université de Montpellier I, Faculté de droit, soutenue le 18 juin 2009, L.G.D.J., « Collection des Thèses », n° 39, 2010, p. 105, n° 171s.

1709Voir *supra*.

1710Voir *supra*.

1711Voir *supra*.

825.- De même, la répression du dol éventuel révèle une gestion du risque proche de celle dictée par une attitude précautionniste.

3) Le dol éventuel

826.- Le dol éventuel est parfois étudié dans les manuels au titre des infractions formelles, voire des infractions-obstacles. Mais son existence étant emblématique, non seulement de la rationalité de risque¹⁷¹² mais aussi, et dans une certaine mesure, du principe de précaution, il mérite un développement distinct.

827.- Le dol éventuel concerne l'auteur qui a pris un risque sans vouloir que celui-ci se réalise. D'emblée, nous pouvons constater que cette situation est aussi celle des agents susceptibles d'être visés par le principe de précaution en matière environnementale et sanitaire. En effet, ces personnes prennent des risques en utilisant des techniques ou des produits, à propos desquelles les connaissances scientifiques sont incertaines, sans toutefois souhaiter, en principe, que ces risques se concrétisent. Le principe de précaution ne se réfère aucunement à la volonté de réaliser le risque. De plus, l'exposition à un risque rappelle, de façon évidente, le défaut de précaution.

828.- En droit pénal, le dol éventuel est sanctionné au titre d'une infraction autonome de mise en danger délibérée de la personne d'autrui et en tant que circonstance aggravante d'infractions involontaires¹⁷¹³. La mise en danger délibérée de la personne d'autrui est définie par l'article 222-3 du code pénal comme « *le fait d'exposer autrui à un risque particulièrement grave par la violation manifestement délibérée d'une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* ». Elle suppose donc trois conditions pour être constituée : l'existence préalable d'une obligation particulière¹⁷¹⁴ de prudence ou de

1712 Voir *supra* (Partie 1, Titre 1, Chapitre 2).

1713 Voir *supra*.

1714 L'article exige l'existence préalable d'une obligation particulière. Cette obligation doit donc être précise et circonstanciée. Ce qui n'est pas le cas, par exemple, des règles générales déontologiques relatives aux médecins (Crim. 18 mars 2008, *Bull. Crim.* N°67, *D.* 2008. *AJ.* 1147 ; *AJ pénal* 2008. 283. note DUPARC).

sécurité issue de la loi ou d'un règlement¹⁷¹⁵ ; la violation manifestement délibérée de cette obligation¹⁷¹⁶ ; et l'exposition d'autrui à un risque particulièrement grave.

829.- Il s'est posé la question de l'application de cette incrimination au non respect du principe de précaution¹⁷¹⁷. Pour que le délit de mise en danger délibérée d'autrui puisse sanctionner une atteinte au principe de précaution, il faudrait déjà que des mesures de précaution aient été au préalable édictées par la loi ou le règlement, et que ces mesures soient particulières (il est envisageable qu'avec la multiplication des règles de sécurité, cette condition préalable soit de plus en plus présente). En sus, le risque visé par l'article 223-1 CP devrait comprendre le risque hypothétique, ce qui ne semble pas encore consacré par la jurisprudence¹⁷¹⁸, qui exige, ainsi, un lien de causalité direct et immédiat entre la violation de la règle de prudence ou de sécurité, et le risque. Il semblerait donc que le risque hypothétique n'entre pas dans les prévisions de l'article 223-1 CP, dont le délit est en « étroite dépendance avec des risques légalement prévus et encadrés par le législateur ou l'administration »¹⁷¹⁹. Par ailleurs, le terme « autrui » est apprécié strictement par la Cour de cassation, qui, parfois, exige la présence de cet autrui, ce qui signifie donc que l'autrui exposé au risque doit être concret, identifiable, ce que ne sont pas les « générations futures »¹⁷²⁰ visées par le principe de précaution.

830.- Selon certains auteurs, les dispositions concernant la mise en danger délibérée de la personne d'autrui se révèlent donc insuffisantes¹⁷²¹, ne permettant pas d'aboutir

1715La notion de règlement utilisée doit s'entendre dans le sens constitutionnel (Cour d'Appel d'Aix-en-Provence, 22 novembre 1995 : *D.* 1996. 405, note BORRICAND ; *Gaz. Pal.* 1996. 1. 112, note DOUCET) et vise les actes des autorités administratives à caractère général et impersonnel (Crim. 10 mai 2000, *Bull. Crim.* n°183). Elle recouvre seulement les actes émanant de l'autorité publique (Président de la République, Premier Ministre, Ministres, autorités territoriales, préfet). Sont exclus les règlements privés telles que les règlements intérieurs d'entreprise (CA Aix-en-Provence, 22 novembre 1995, précité).

1716L'agent doit avoir méconnu intentionnellement l'obligation (TGI Saint Etienne, 10 août 1994 : *Gaz. Pal.* 1994.2. 775 ; *RSC* 1995. 575, obs. MAYAUD) et doit avoir eu l'intention de mettre autrui en danger (CA Grenoble, 19 février 1999 : *D.* 1999. 480, note REDON ; *JCP* 1999, II, 10171, note Le Bas). Ainsi, doit être constatée la présence de l'autrui mis en danger et la connaissance par l'agent de cette présence. Mais, il n'est pas nécessaire de démontrer la recherche délibérée d'un résultat (CA Douai, 11 janvier 1995 : *Gaz. Pal.* 1995. 2. 543 ; *RSC* 1996. 651, obs. MAYAUD).

1717Pour une réponse positive, voir not. M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 5^{ème} édition, n°1140.

1718Selon la Cour de cassation, le délit n'est constitué que si le manquement défini par l'article 223-1 du code pénal a été la cause directe et immédiate d'un tel risque (Crim. 16 février 1999, pourvoi n° 97-86.290, *Bull. crim.* 1999, n° 24). Et c'est à l'accusation d'établir la réalité du risque (Crim. 4 octobre 2005, pourvoi n° 04-87.654, *Bull. crim.* 2005, n° 250).

1719F. ROUSSEAU, « Essai d'une reconfiguration des infractions pénales contre les personnes à l'aune des « scandales sanitaires » », Étude 11, *Droit pénal* n°5, mai 2013, pp. 7-12, p.10.

1720Voir *supra* et la Charte de l'Environnement de 2005.

1721F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *op.cit.*, p. 467, n°498.

à la répression dans certaines situations, notamment parce qu'elles sont inadaptées au principe de précaution¹⁷²².

831.- Néanmoins, en dépit de ces difficultés d'application de l'article 223-1 CP au principe de précaution, tel que défini par la loi, il est largement envisageable que ce dernier laisse son empreinte, en tant que prescription de la bonne conduite, dans la jurisprudence future¹⁷²³.

832.- Par ailleurs, en janvier 2012, une proposition de loi a été discutée qui prévoyait d'élargir le champ d'application de la mise en danger délibérée d'autrui. Ce texte a notamment été motivé par l'absence de condamnation pour l'affaire du sang contaminé¹⁷²⁴ ; de même, l'affaire des prothèses mammaires a été évoquée lors des discussions¹⁷²⁵.

833.- Selon l'exposé des motifs, l'exigence de la source légale ou réglementaire de l'obligation violée « paraît quelque peu arbitraire dans la mesure où il n'y a pas de concordance nécessaire entre l'édition d'une norme législative ou réglementaire et la création d'un risque, création qui, par nature, peut parfaitement échapper à la vigilance du législateur, alors que le développement des techniques ou l'imagination malfaisante créent chaque jour de nouvelles circonstances potentiellement dangereuses »¹⁷²⁶. Cette proposition de loi contenait un article unique : « *L'article 223-1 du code pénal est ainsi rédigé : « Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente soit par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou **les règlements**, soit par la commission d'une **faute d'imprudence grave** et qui expose autrui à un risque d'une particulière gravité que l'auteur de cette faute ne pouvait ignorer, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende »*. Cet article propose donc une double

¹⁷²²Sur l'inadaptation de l'article 223-1 CP au principe de précaution, voir not. D. Roets, « Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », RSC 2007, p. 251.

¹⁷²³Damien Roets, qui constate l'inadaptation de l'article 223-1, en l'état, au principe de précaution, évoque la possibilité d'une réécriture de cet article. D. ROETS, *op.cit.*

¹⁷²⁴Voir exposé des motifs de la proposition de loi évoquée, *op.cit.* Voir *supra* sur la décision relaxant des mis en cause dans cette affaire. Pour une reconfiguration de l'infraction d'empoisonnement et de celle d'administration de substances nuisibles afin de couvrir les situations telles que l'affaire du sang contaminé, voir F. ROUSSEAU, *op.cit.*, p. 11.

¹⁷²⁵François Zocchetto, rapporteur. Rapport précité, p. 21.

¹⁷²⁶Exposé des motifs de la proposition de loi relative à la délinquance d'imprudence et à une modification de l'article 223-1 du code pénal instituant le délit de mise en danger délibérée de la personne d'autrui du 13 janvier 2011, *op.cit.*

extension de l'incrimination de la mise en danger délibérée d'autrui : l'introduction du pluriel de règlement et l'introduction d'une « faute d'imprudence grave », dont la définition rappelle celle de la faute caractérisée, instaurée par la loi du 10 juillet 2000¹⁷²⁷.

834.- La pluralisation de « règlement » entraîne la prise en compte, non plus du seul règlement au sens constitutionnel et administratif, mais de tous les règlements, y compris ceux d'entreprise, ceux professionnels, ceux déontologiques¹⁷²⁸ et *in fine*, toutes les règles puisque aucune limite n'est fixée. Ensuite, même en l'absence d'une obligation préalable issue de la loi ou de n'importe quel règlement, la mise en danger délibérée pourrait être constituée par une faute caractérisée.

835.- Enfin, si le lien de causalité entre la violation manifestement délibérée d'une obligation et le risque avait pu être défini par la jurisprudence comme devant être direct et immédiat¹⁷²⁹, il n'est pas précisé, dans la proposition de loi, la nature du lien de causalité entre la « faute d'imprudence grave » et le risque exposé à autrui. Et la faute caractérisée (article 121-3 alinéa 4 CP) dont s'inspire « la faute d'imprudence grave » de la proposition ne concerne que le lien de causalité indirect. Ainsi, il semblerait qu'avec l'introduction de cette nouvelle faute dans le délit de mise en danger, est aussi envisagée l'hypothèse d'exposition indirecte au risque.

836.- Cette distension du lien de causalité est révélatrice de l'empreinte laissée par le principe de précaution dans tous les esprits. Il s'agit d'entrevoir toujours plus de situations susceptibles de créer des risques¹⁷³⁰ et de faciliter la mise en jeu de la responsabilité,

1727 Voir sur ce lien le rapport, *op.cit.*, p. 15. NB : En raison de leur définition respective, la faute caractérisée est plus facilement démontrée que la faute délibérée.

1728 Exemples donnés par le rapport de la commission des lois, précité, p. 14.

1729 Selon la cour de cassation, « Le délit de mise en danger d'autrui n'est constitué que si le manquement défini par l'article 223-1 CP a été la cause directe et immédiate du risque auquel a été exposé autrui, et si les juridictions du fond ne sont pas tenues de constater que l'auteur du délit avait connaissance de la nature de risque particulier effectivement causé par son manquement, il leur appartient de caractériser un lien immédiat entre la violation des prescriptions réglementaires et le risque auquel ont été exposées les victimes » (Crim. 16 février 1999, *Bull. Crim.* n°24, ; *D.* 2000. 9, note CERF ; *D.* 2000. Somm. 34, obs. MAYAUD ; *Dr. Pénal* 1999. 82, obs. VÉRON ; *RSC* 1999.581, obs. MAYAUD). Toutefois, les fautes reprochées au prévenu ne doivent pas nécessairement être la cause exclusive du danger (Crim. 30 octobre 2007, précité).

1730 Dans le même sens, François Rousseau écrit à propos de l'introduction de la faute caractérisée dans l'article 223-1 CP, souhaitée par la proposition de loi précitée, que l'on « pourrait donc craindre une répression trop étendue qui soubattrait sur toute conduite imprudente dont l'auteur ne pouvait raisonnablement ignorer les risques toujours possibles de dommages pour autrui (note de l'auteur : risque abstrait suffisant pour relever une faute caractérisée), alors même qu'il ignorait le danger particulier pour telle ou telle personne (note de l'auteur : risque concret consommant le délit de l'article 223-1 [voir *supra*] »). F. ROUSSEAU, *op.cit.*, p. 12.

même dans des cas d'incertitude quant à la nature causale du risque renfermée par la faute. D'ailleurs, un opposant à cette proposition de loi, Jean-Jacques Hyest s'exprima ainsi lors des débats : « Faire entrer le principe de précaution dans la Constitution me paraissait dangereux. Cela le serait encore plus si nous introduisions cette notion dans le code pénal »¹⁷³¹.

837.- En guise de conclusion, les différents types d'infractions et cas de répressions (infractions formelles, infractions-obstacles, infractions de prévention, tentative, dol éventuel) qui viennent d'être développés ont pu être rattachés à la rationalité de risque¹⁷³² mais le principe de précaution pouvant être regardé comme une exacerbation de la rationalité de risque¹⁷³³, on peut aussi les rapprocher de celui-ci, notamment lorsque leur nombre croît. Sous la pression du principe de précaution, ces infractions sont amenées non seulement à se multiplier mais aussi à être interprétées largement, de manière à y inclure autant de comportements que possibles¹⁷³⁴. Il est à craindre que le lien de causalité se distende de plus en plus, de façon à prendre en considération toutes les situations d'incertitude. Il pourrait même être créée une nouvelle catégorie d'infractions de précaution. Ces infractions sanctionneraient le comportement de l'auteur dont les suites sont incertaines et se distingueraient des réelles infractions de prévention dans lesquelles le risque devrait être identifié¹⁷³⁵. L'incrimination de l'occupation illicite des halls d'immeubles évoquée *supra* peut être analysée en infraction de précaution¹⁷³⁶ ainsi que l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestation sur la voie publique. En effet, l'article R. 645-14 du code pénal¹⁷³⁷ sanctionne le fait de dissimuler volontairement son visage afin de ne pas être identifié lorsque ces faits sont commis dans des circonstances faisant craindre des atteintes à l'ordre public. Dans cette infraction, il s'agit de sanctionner, par pure précaution, un comportement sans relation directe ni certaine avec un résultat. Le risque exprimé par « faisant craindre des atteintes » n'est pas un risque identifié. Ce risque souffrant d'incertitudes quant à son existence et quant à sa nature (la formulation « *des atteintes* » étant vague donc très extensible), l'incrimination de dissimulation illicite de visage peut entrer dans la catégorie des infractions de précaution. Également, le délit de refus de se soumettre à un prélèvement

1731 Rapport précité, p. 22.

1732 Voir *supra* (Partie 1, Titre 2, Chapitre 1).

1733 Voir *supra* également.

1734 Voir également la technique des « infractions ouvertes » *infra* (Partie 2, Titre 1, Chapitre 2).

1735 Voir la distinction prévention/précaution du point de vue de l'identification du risque, *supra* (Partie 1, Titre 2, Chapitre 1)

1736 Voir *supra*.

1737 Décret n°2009-724 du 19 juin 2009.

ADN¹⁷³⁸ peut s'analyser en infraction de précaution. Aucun résultat n'est évoqué dans la définition de ce délit et si l'on se réfère aux objectifs du fichage¹⁷³⁹, on ne peut que constater l'incertitude du risque causé par le refus de se soumettre à ce prélèvement.

838.- Aussi, on comprend, avec l'émergence d'infractions de précaution et l'attention portée au trouble tant réel que potentiel (voire à l'ombre de la silhouette d'un trouble), que l'élément matériel prend une place de plus en plus importante en droit pénal, au détriment des autres éléments constitutifs de l'infraction.

II. LA PRÉÉMINENCE DE L'ÉLÉMENT MATÉRIEL EU ÉGARD AUX AUTRES ÉLÉMENTS DE L'INFRACTION

839.- Une des raisons qui peut être avancée pour expliquer la focalisation sur l'élément matériel, est qu'il occasionne, à lui seul, le trouble¹⁷⁴⁰, que celui-ci soit envisagé socialement, du point de vue de l'ordre public, ou individuellement, du point de vue de la victime directe. Les autres éléments, légal et intellectuel ou moral, ne sont pas en eux-mêmes générateurs de dommages palpables. Aussi, avec une approche victimaire du phénomène délinquant¹⁷⁴¹ et une forte pression du principe de précaution qui n'a de raison d'exister que pour éviter les dommages éventuels, il est logique que l'attention soit portée sur le fait et non sur ce qui l'entoure. Christine Lazerges a pu relever à cet égard l'avènement d'une « politique de l'acte » (A), qui n'est pas sans incidence sur certains principes du droit pénal contemporain (B).

A. L'ÉMERGENCE D'UNE POLITIQUE CRIMINELLE DE L'ACTE

840.- La focale de l'élément matériel crée un déséquilibre dans l'appréciation des critères de qualification des faits et induit, comme l'indique Christine Lazerges

¹⁷³⁸Article 706-56 du code de procédure pénale et voir *supra*. La peine prévue pour ce délit est d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende.

¹⁷³⁹Voir les objectifs rappelés *supra* (Partie 1, Titre 1, Chapitre 2).

¹⁷⁴⁰F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *op.cit.*, 2007, p. 380 : les auteurs donnent comme justification à la règle « pas d'infraction sans activité matérielle », le fait qu' « une pensée qui n'a pas été mise à exécution ne cause aucun trouble à la société ».

¹⁷⁴¹Voir *supra* (Partie 1, Titre 1, Chapitre 2).

dans ses travaux, une « politique criminelle de l'acte » caractérisée par « un effacement de l'auteur »¹⁷⁴².

841.- En effet, selon cette conception de l'infraction, les éléments susceptibles d'expliquer le passage à l'acte et les circonstances atténuant ou factorisant ce dernier ne revêtent plus aucune importance. Seul compte l'acte en tant que générateur de dommage et comme unique critère d'identification de l'humain.

842.- Mais la politique criminelle de l'acte s'accompagne, en réalité, d'une conception subjective de l'élément matériel : les faits sont la manifestation de la volonté criminelle, et plus encore de l'état dangereux ou de la potentialité de nuisance. Nous verrons dans la Section 2 que l'élément moral tend à s'effacer sous la prépondérance de l'élément matériel, qui est désormais considéré, dans la politique criminelle de l'acte, comme réunissant à la fois les faits (objectifs) et la matérialisation de la dangerosité¹⁷⁴³ (subjectivité), celle-ci finissant par échapper aux critères de l'intention.

843.- De même, pour le principe de précaution, sont visées des utilisations de produits ou techniques (cibles objectives), susceptibles de renfermer des risques (subjectifs). La politique criminelle de l'acte peut s'analyser en conséquence d'une application pervertie du principe de précaution en matière pénale. Élundant l'auteur, elle se fixe sur l'acte potentiellement générateur de dommages à l'instar du principe de précaution, qui, lorsqu'il est porté à son paroxysme, se concentre, sans égards aux agents, sur la probabilité de dommages causés par leurs activités.

844.- Cette concentration sur le fait en tant que potentiellement dommageable emporte des conséquences sur des principes chers au droit pénal.

1742CH. LAZERGES, « La mutation du modèle protectionniste des mineurs », *RSC* 2008, *op.cit.*, p. 200.

1743A propos des infractions formelles, la doctrine affirme qu'elles répriment une intention criminelle manifestée par l'utilisation de procédés incriminés. PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op.cit.*, p. 196, n°345. Voir aussi *supra*.

845.- Parmi les principes susceptibles d'être atteints par une application générale du principe de précaution en droit pénal, laquelle conduit à une attention privilégiée sur l'acte plutôt que sur l'auteur, nous étudierons le principe d'individualisation de la sanction (1) et le principe de spécialité de la justice des mineurs (2).

1) La « désindividualisation » de la sanction par le principe de précaution

846.- La politique criminelle de l'acte induite par le principe de précaution a conduit le législateur à adopter des peines plancher, qui ont largement affecté le principe d'individualisation de la sanction (a). Mais récemment, la loi du 15 août 2014 a marqué une rupture avec cette politique criminelle de l'acte en supprimant les peines plancher, réaffirmant ainsi le principe d'individualisation (b).

a) Les atteintes au principe d'individualisation de la sanction par les peines plancher, emblématiques d'une politique criminelle de l'acte

847.- Tout d'abord, il faut préciser que le principe d'individualisation ne figure, tel quel, ni dans la loi ni dans la constitution, et que les hauts sages ont longtemps refusé de lui accorder un statut particulier. Après l'adoption de la loi n°81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes (dite Loi Sécurité et liberté), le Conseil constitutionnel a été saisi par des députés et sénateurs, qui invoquaient, entre autres, le non respect par cette loi du principe de l'individualisation des peines, principe considéré par les auteurs de la saisine du conseil comme ayant une valeur constitutionnelle¹⁷⁴⁴. Selon ces derniers, ce principe découle de l'article 8 de la Déclaration de 1789 et constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République¹⁷⁴⁵. Dans sa décision des 19 et 20 janvier

¹⁷⁴⁴En effet, selon les auteurs des diverses saisines, « l'ensemble de ces dispositions [de la loi de 1981 précitée] aggravant la répression des atteintes à la sécurité des personnes et des biens et, en tout cas, certaines d'entre elles, seraient contraires à des principes ou à des règles de valeur constitutionnelle, à savoir le principe de la légalité des délits et des peines, le principe selon lequel la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, le principe de l'individualisation des peines, le droit de grève et le droit syndical ». Considérant n°6, DC n°80-127 du 20 janvier 1981 relative à la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, *Rec.* p. 15.

¹⁷⁴⁵Considérant n°14, Décision n°80-127 du 20 janvier 1981, précitée.

1981¹⁷⁴⁶, le Conseil constitutionnel estime que l'article 8 de la DDHC imposant que les peines soient strictement et évidemment nécessaires, « n'implique pas que la nécessité des peines doive être appréciée du seul point de vue de la personnalité du condamné et encore moins, qu'à cette fin, le juge doive être revêtu d'un pouvoir arbitraire [...] qui lui permettrait, à son gré, de faire échapper à la loi pénale [...] des personnes convaincues de crimes ou de délits »¹⁷⁴⁷. Ainsi, le Conseil constitutionnel refuse le rattachement du principe de l'individualisation des peines à l'article 8 de la DDHC. Il affirme, en outre, que la législation française n'a jamais conféré à l'individualisation des peines le caractère d'un principe unique et absolu, devant prévaloir sur les autres fondements de la répression pénale.

848.- Toutefois, le Conseil constitutionnel n'exclut pas de manière péremptoire la valeur de principe fondamental reconnu par les lois de la République de l'individualisation des peines¹⁷⁴⁸. Mais, dans tous les cas, il estime que ce principe « ne saurait mettre obstacle à ce que le législateur, tout en laissant au juge ou aux autorités chargées de déterminer les modalités d'exécution des peines, un large pouvoir d'appréciation, fixe des règles assurant une répression effective des infractions »¹⁷⁴⁹.

849.- Ce n'est qu'en 2005 que le Conseil constitutionnalise le principe de l'individualisation des peines, revenant sur la position adoptée en 1981. Selon la décision du 22 juillet 2005, ce principe découle « de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme »¹⁷⁵⁰ comme le prétendaient les auteurs de la saisine en 1981 et comme le refusait à l'admettre le Conseil lui-même à l'occasion de sa saisine. Puis dans une décision du 3 mars 2007, le Conseil constitutionnel précisera qu'il s'applique sans que la loi n'ait besoin de le mentionner¹⁷⁵¹.

1746 Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981 relative à la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, *Rec.* p. 15.

1747 Considérant n° 15, Décision constitutionnelle n° 80-127 du 20 janvier 1981, précitée.

1748 Dans son 16^{ème} considérant, le Conseil s'exprime ainsi : « à supposer même que le principe de l'individualisation des peines puisse, dans ces limites, être regardé comme l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Ainsi, il ne semble pas fermement opposé à qualifier l'individualisation des peines de PFRLR. *Contr.* J.-H. ROBERT, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 26 (Dossier : La Constitution et le droit pénal) - août 2009.

1749 Considérant n° 16, DC du 20 janvier 1981, précitée.

1750 DC n° 2005-520 du 22 juillet 2005, *Rec.* p. 118, cons. 3.

1751 DC n° 2007-553 du 3 mars 2007, *Rec.* p. 93.

850.- En dépit de la valeur constitutionnelle conférée aujourd'hui par les hauts sages à l'individualisation des peines, les peines plancher ont pu pénétrer le droit français et ont remis quelque peu en cause ce principe. Ces peines plancher sont exemplaires de la focalisation sur l'élément matériel, sur l'acte, sans égard à la personne le commettant et à son individualité. Nous avons vu, par ailleurs, dans le titre 2 de la première partie que les peines plancher, exposées comme outils de prévention de la récidive, présentaient en réalité une parenté certaine avec la précaution¹⁷⁵². Le Conseil constitutionnel a accompagné ce mouvement tendant à attribuer une importance plus grande aux faits qu'à l'individu¹⁷⁵³, en avalisant ce dispositif des peines plancher. Dans sa décision du 9 août 2007¹⁷⁵⁴, il affirme (comme, d'ailleurs, il l'avait déjà fait en 1981) que le principe de l'individualisation des peines peut être modulé par le législateur et ne fait donc pas obstacle, dans certaines conditions relatives à l'efficacité de la répression (ici la récidive), aux peines plancher.

b) La réaffirmation du principe d'individualisation par la loi du 15 août 2014

851.- Aujourd'hui, on observe un revirement avec la suppression des peines plancher par la loi relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales du 15 août 2014, qui opère ainsi un recentrage sur l'individualisation des sanctions. Notons que la modification de l'intitulé de la loi entre le projet de loi relative à la prévention de la récidive et à l'individualisation des sanctions et la loi définitive, qui remplace « la prévention de la récidive » par « l'efficacité des sanctions pénales » peut être compris comme l'établissement d'un lien entre individualisation et efficacité. L'individualisation est présentée comme un gage d'efficacité et de réussite de la sanction pénale dans sa mission d'éviction de la récidive. Concrètement, la loi définitive comprend, comme le projet, des dispositions visant à restaurer l'individualisation en supprimant les peines plancher créées par la loi du 5 mars 2007. En effet, dans une section contenant des « *Dispositions favorisant le recours aux modes de personnalisation de la peine* », elle abroge les articles 132-18, 132-19-1 et 132-20-1 du code pénal¹⁷⁵⁵. A propos de cette suppression des peines plancher, la CNCDH écrit que la « loi redonne fort heureusement [aux juges] leur plein pouvoir

1752 Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

1753 Sur l'accompagnement des réformes pénales par le Conseil constitutionnel, voir *supra* et voir CH. LAZERGES, *op.cit.*

1754 DC n° 2007-554 du 9 août 2007, *Rec.* p. 303 cons. 13

1755 Article 7 de la loi du 15 août 2014. Sur les articles abrogés, voir *supra* (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2).

d'individualisation de la peine en matière de récidive légale, mission dont ils sont constitutionnellement investis »¹⁷⁵⁶.

852.- Et surtout la loi place l'individualisation au centre des préoccupations en instaurant un nouvel alinéa dans l'article 132-1 du code pénal qui dispose que « *toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée* » et un second précisant que « *la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine*¹⁷⁵⁷ ». En outre, la loi du 15 août 2014 prévoit la possibilité d'ajourner la peine « *lorsqu'il apparaît nécessaire d'ordonner [à l'égard de l'intéressé] des investigations complémentaires sur sa personnalité ou sa situation matérielle, familiale et sociale* »¹⁷⁵⁸, ces investigations pouvant être confiées au SPIP ou à une personne morale habilitée¹⁷⁵⁹ et l'intéressé pouvant être placé sous contrôle judiciaire le temps de ces investigations ou, exceptionnellement et dans la limite des conditions légales, être placé en détention provisoire¹⁷⁶⁰.

853.- Notons cependant que cette loi prévoyait une majoration automatique de 10% des amendes pénales, des amendes douanières et de certaines amendes prononcées par des autorités administratives, allant donc à contre-courant de sa volonté de réaffirmer le principe d'individualisation des sanctions¹⁷⁶¹. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 7 août 2014, a censuré ces dispositions au motif que l'automatisme de la sanction qu'elles contiennent contrevient au principe d'individualisation¹⁷⁶².

854.- Tout comme le principe de l'individualisation des peines, celui de la spécialisation de la justice des mineurs est mis à mal par la politique criminelle de l'acte insufflée par le principe de précaution. Et si la loi du 15 août 2014 a effacé les atteintes

1756CNCDH, Avis sur le projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines, 27 mars 2014, p. 5.

1757Celles-ci sont énoncées dans l'article 130-1 nouveau du code pénal, comme nous le verrons *infra*, lorsque nous aborderons les finalités de la peine (Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1).

1758Article 132-70-1 nouveau du code pénal, rétabli par l'article 5 de la loi du 15 août 2014.

1759Article précité.

1760Article 397-3-1 nouveau du code de procédure pénale, créé par l'article 5 de la loi du 15 août 2014.

1761Article 49 de la loi du 15 août 2014.

1762Décision 7 août 2014 n° 2014-696 DC.

portées au principe de l'individualisation de la sanction, elle laisse en partie inchangées celles portées au principe de spécialisation de la justice des mineurs.

2) La « dé-spécialisation » de la justice des mineurs par le principe de précaution

855.- Depuis 2002, la politique criminelle de l'acte induite par le principe de précaution a porté atteinte au principe de spécialisation de la justice des mineurs (**a**). La loi du 15 août 2015 revient en partie sur cette tendance en supprimant l'application des peines plancher aux mineurs. Toutefois, elle ne supprime pas toutes les dispositions qui ont entraîné une dé-spécialisation de la justice des mineurs. Aussi, elle n'opère qu'un réajustement mesuré (**b**).

a) Les atteintes au principe de spécialisation de la justice des mineurs par la politique criminelle de l'acte depuis 2002

856.- L'ordonnance du 2 février 1945, qui régit le droit des mineurs, pose une politique criminelle qui se veut avant tout humaniste. Elle trouve d'ailleurs son inspiration dans la Défense sociale nouvelle. Pour Christine Lazerges, le fait même que cette ordonnance n'ait jamais été intégrée au code pénal démontre toute la spécificité du droit des mineurs¹⁷⁶³. Le modèle issu de cette ordonnance complétée par celle de 1958 est qualifié de protectionniste ou de tuteur par la doctrine¹⁷⁶⁴, compte tenu des mesures d'exception consacrées à la condition de minorité. Pour Jacques-Henri Robert, l'esprit de l'ordonnance de 1945 considère le fait délictueux comme devant être « seulement l'occasion des mesures prises à leur profit et non contre eux ». « On ne les juge plus selon un critère de culpabilité [...] mais selon leurs besoins »¹⁷⁶⁵.

857.- La décision du Conseil constitutionnel du 29 août 2002¹⁷⁶⁶ consacrera ce modèle¹⁷⁶⁷ en reconnaissant dans la spécificité du droit des mineurs un « principe fondamental

1763CH. LAZERGES, « La mutation du modèle protectionniste des mineurs », *RSC* 2009, *op.cit.*, p. 200.

1764Ibidem ; P.-H. TAVOILLOT, « Juger et éduquer les mineurs délinquants, de Dominique Youf », *Sociétés et jeunesses en difficulté* [En ligne], hors série | 2010, mis en ligne le 19 mars 2010, Consulté le 14 novembre 2013. URL : <http://sejed.revues.org/6626> ; N. BOURGOIN, « La délinquance des mineurs : vrai enjeu politique, faux problème social », *Délinquance, justice et autres questions de société*, 6 décembre 2011 ; etc.

1765J.-H. ROBERT, *op.cit.*, p. 302.

1766Décision n° 2002-461 du 29 août 2002, précitée. *Rec.* p. 204. Voir *supra*.

1767Même si le Conseil constitutionnel a part la suite validé des dispositions en totale contradiction avec ce

reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs »¹⁷⁶⁸. Analysant cette décision, Christine Lazerges rappelle ce principe fondamental comprenant trois obligations particulières : l'atténuation obligatoire de responsabilité pénale des mineurs en fonction de leur âge, l'obligation de viser l'éducation et d'adapter les mesures à l'âge et à la personnalité des mineurs (de privilégier donc l'éducatif au répressif) et l'obligation de recourir à des juridictions spécialisées¹⁷⁶⁹.

858.- Nonobstant ces dates et spécificités historiques du droit des mineurs, la justice des mineurs tend à se dé-spécialiser depuis 2002, accusant un rapprochement progressif avec la justice des majeurs, souvent dénoncé mais rarement invalidé par le Conseil constitutionnel¹⁷⁷⁰. On peut expliquer cette observation par une volonté de responsabilisation accrue des mineurs¹⁷⁷¹ mais aussi par la tendance à se focaliser sur le fait, compris ici comme le comportement et son résultat dommageable ou potentiellement dommageable.

859.- C'est dans cet esprit que la loi du 9 septembre 2002, qui a par ailleurs consacré le critère du discernement¹⁷⁷², réaffirmé depuis l'arrêt Laboube rendu par la Cour de cassation en 1956¹⁷⁷³, a instauré des sanctions éducatives applicables dès 10 ans¹⁷⁷⁴. Ces sanctions éducatives, étant, pour certaines d'entre elles, similaires aux peines complémentaires prévues pour les majeurs¹⁷⁷⁵, démontrent une attention particulière portée sur le fait délinquant plutôt que sur les auteurs, faisant fi de la spécificité de la personnalité du moment. Cette tendance est devenue encore plus nette avec la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de

modèle. Voir sur ce point, V. MALABAT, « Responsabilité et irresponsabilité pénale », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°26.

1768Le Conseil évoque « l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, comme la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des juridictions spécialisées et selon des procédures appropriées » et se réfère aux lois du 12 avril 1906 et du 22 juillet 1912 ainsi qu'à l'ordonnance du 2 février 1945. Décision n° 2002-461 du 29 août 2002, précitée. *Rec.* p. 204 cons. 26 à 61. Ce considérant a été repris dans plusieurs décisions (déc. n° 2003-467 du 13 mars 2003, préc., cons. 36 à 38 ; déc. n° 2004-492 du 2 mars 2004, *Rec.*, p. 66, cons. 95 ; déc. n° 2007-553, préc., du 3 mars 2007, *Rec.* p. 93, cons. 9 à 28 ; déc. n° 2007-554 du 9 août 2007, préc., cons. 13 à 24). Voir J.-H. ROBERT, *op.cit.*

1769CH. LAZERGES, *op.cit.*

1770Voir *supra* sur le rôle du Conseil constitutionnel dans les réformes pénales, et voir CH. LAZERGES, *op.cit.* En matière de droit pénal des mineurs, le Conseil a rappelé plusieurs fois le PFRLR dégagé en 2002 (voir *supra* note 180), mais comme le souligne Jacques-Henri Robert, ces multiples invocations n'ont pas donné lieu à des déclarations d'inconstitutionnalité des lois qui ont été soumises au Conseil constitutionnel. J.-H. ROBERT, *op.cit.* Néanmoins, le Conseil a utilisé une fois ce PFRLR pour écarter des dispositions de la loi LOOSI 2 de 2011. Voir *supra*.

1771Voir *supra* sur la responsabilisation et *infra* à propos de l'élément moral.

1772Voir *infra*.

1773Cass. Crim 13 décembre 1956, *Bull. Crim.* n°840.

1774Voir *supra*. Voir not. CH. LAZERGES, *RSC* 2003. 172 ; J. GIACOPELLI, *JCP* 2003. I. 139.

1775Sur ce point, voir CH. LAZERGES, *RSC* 2003, *op.cit.* Et voir *supra*.

la délinquance¹⁷⁷⁶, et surtout avec deux lois relatives à la récidive : la loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales et la loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs¹⁷⁷⁷. Ces deux dernières lois appliquant les peines plancher aux mineurs de plus de 16 ans manifestent un net recul de la prise en considération de la spécificité des mineurs au profit du traitement des infractions. De même, l'instauration de Tribunaux correctionnels pour mineurs par la loi n° 2011-939 sur la participation citoyenne au fonctionnement de la justice pénale du 10 août 2011 provient d'une politique criminelle de l'acte sous-jacente et d'une inscription à contre-sens de l'idée d'une justice des mineurs spécifique.

860.- La dé-spécialisation progressive de la justice pénale des mineurs peut se comprendre comme une attribution, dans des considérations sécuritaires, d'une (réelle ou supposée) montée de la délinquance aux mineurs¹⁷⁷⁸ et précisément à ceux proches de la majorité¹⁷⁷⁹. Considérant les mineurs délinquants comme ferments de dangerosité, qui, « majeurs en réduction », seraient amenés à être plus dangereux, encore, une fois la majorité acquise, le principe de précaution invite à les traiter sévèrement afin d'éviter qu'ils développent une carrière criminelle. Pour le précautionnisme pénal, ces jeunes, identifiables par les actes qu'ils ont pu commettre (voire réduits à ces actes), sont susceptibles de causer des dommages graves et irréversibles à l'avenir, et doivent, par conséquent, faire l'objet d'une attention particulière.

861.- Mais la loi du 15 août 2014 est revenue sur certaines de ces dispositions répressives applicables aux mineurs.

1776 Voir *supra* sur cette loi. Précisons que, saisi de la question de la conformité de la cette loi à la Constitution, le Conseil constitutionnel a affirmé, à l'occasion de son contrôle, que les principes constitutionnels reconnus en 2002 ne signifient pas que les mesures contraignantes ou sanctions doivent être dans tous cas évitées. Décision du Conseil constitutionnel, DC n° 2007-553 du 3 mars 2007, *JO* du 7 mars 2007. Voir X. PIN, *Droit pénal général, op.cit.*, p. 213, n°245.

1777 Voir également *supra* à propos de ces trois lois.

1778 Sur les évolutions de la délinquance des mineurs, voir not. CH. COURTIN, « France / La responsabilité pénale des mineurs dans l'ordre interne et international », *Revue internationale de droit pénal*, 2004/1 Vol. 75, p. 337-353 ; J..F. RENUCCI, « Le droit pénal des mineurs entre son passé et son avenir », *RSC* 2000 p.79.

1779 Sur ce point, voir R. OTTENHOF, « La responsabilité pénale des mineurs dans l'ordre interne et international », *Revue internationale de droit pénal*, 2004/1 Vol. 75, p. 25-49.

b) Le retour mesuré à la spécialisation de la justice des mineurs opéré par la loi du 15 août 2014

862.- La loi du 15 août 2014 a renversé la tendance à la dé-spécialisation de la justice des mineurs en supprimant les peines plancher à leur encontre comme elle l'a fait pour les majeurs. En effet, elle abroge les quatorzième et quinzième alinéas de l'article 20 de l'ordonnance du 2 février 1945, qui, instaurés par la loi du 10 août 2007, prévoyaient que « *S'il est reproché à l'accusé une des infractions prévues aux 2° et 3° de l'article 20-2 commise une nouvelle fois en état de récidive légale, la deuxième question est ainsi rédigée : / 2° Y a-t-il lieu d'appliquer à l'accusé le bénéfice de la diminution de peine prévue à l'article 20-2 ?* ». De même, l'article 20-2 de l'ordonnance concernant l'excuse de minorité est modifié par la suppression de la fin de l'alinéa premier qui disposait que « *La diminution de moitié de la peine encourue s'applique également aux peines minimales prévues par les articles 132-18, 132-18-1 et 132-19-1 du code pénal* » (c'est-à-dire les articles relatifs aux peines plancher instaurés par la loi du 10 août 2007 et supprimés par la loi du 15 août 2014¹⁷⁸⁰) et par le remplacement des alinéas 2 à 7, qui prévoyaient, pour les plus de seize ans, la possibilité d'écarter l'excuse de minorité en première récidive et l'éviction de principe de cette excuse en seconde récidive¹⁷⁸¹, par la possibilité pour les plus de seize ans de ne pas appliquer l'excuse de minorité à titre exceptionnel et en raison des circonstances de l'espèce, de la personnalité du mineur et de sa situation, cette décision devant être spécialement motivée. Cette modification revient à l'ancienne formulation issue de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal.

¹⁷⁸⁰Voir *supra*.

¹⁷⁸¹En substance, ces alinéas prévoyaient, depuis la loi du 10 août 2007 : « *Toutefois, si le mineur est âgé de plus de seize ans, le tribunal pour enfants ou la cour d'assises des mineurs peut décider qu'il n'y a pas lieu de le faire bénéficier de l'atténuation de la peine prévue au premier alinéa dans les cas suivants : /1° Lorsque les circonstances de l'espèce et la personnalité du mineur le justifient ; /2° Lorsqu'un crime d'atteinte volontaire à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique de la personne a été commis en état de récidive légale ; /3° Lorsqu'un délit de violences volontaires, un délit d'agression sexuelle, un délit commis avec la circonstance aggravante de violences a été commis en état de récidive légale. /Lorsqu'elle est prise par le tribunal pour enfants, la décision de ne pas faire bénéficier le mineur de l'atténuation de la peine doit être spécialement motivée, sauf pour les infractions mentionnées au 3° commises en état de récidive légale./L'atténuation de la peine prévue au premier alinéa ne s'applique pas aux mineurs de plus de seize ans lorsque les infractions mentionnées aux 2° et 3° ont été commises une nouvelle fois en état de récidive légale. Toutefois, la cour d'assises des mineurs peut en décider autrement, de même que le tribunal pour enfants qui statue par une décision spécialement motivée./Pour l'application des articles 132-8 à 132-11, 132-18-1 et 132-19-1 du code pénal et des deux alinéas précédents, les mesures ou sanctions éducatives prononcées contre un mineur ne peuvent constituer le premier terme de l'état de récidive* ».

863.- La loi du 15 août 2014 a ainsi partiellement restauré la spécialisation de la justice des mineurs par un retour au droit antérieur à la loi du 10 août 2007. Toutefois, nous verrons qu'elle ne va pas au bout de ce rétablissement de la spécialisation de la justice des mineurs car elle ne supprime ni les sanctions éducatives instaurées en 2002, ni les tribunaux correctionnels pour mineurs mis en place par la loi du 10 août 2011¹⁷⁸².

864.- En conclusion, la « désindividualisation » de la sanction par l'instauration de peines plancher et la dé-spécialisation de la justice des mineurs peuvent, et même si les peines plancher ont disparu, être regardées comme autant de conséquences de la focalisation sur l'élément matériel de l'infraction. Cette concentration sur le fait en tant que générateur de dommages aussi bien concrets que virtuels s'est logiquement accompagnée d'une nouvelle lecture de l'élément moral voire de son effacement.

SECTION 2 : L'ÉLÉMENT MORAL DE L'INFRACTION : ENTRE MUTATION ET EXTINCTION

865.- Comme le rappelle René Garraud avec son triptyque « responsabilité, culpabilité, imputabilité », « L'homme n'est *responsable*, au point de vue pénal [...], du fait illicite qu'il a matériellement commis, que lorsque ce fait lui est *imputable*, c'est-à-dire quand on peut le mettre à son compte. Telle est la première condition et la base de la responsabilité. Mais pour que la justice sociale ait le droit de mettre une action sur le compte de l'agent, dans le but de régler ce compte avec lui, il faut que l'agent ait commis une faute (*culpa*), qu'il soit *coupable*. De là trois idées, qui se lient et se complètent : les idées d'*imputabilité*, de *responsabilité*, de *culpabilité* »¹⁷⁸³.

866.- Pour que la responsabilité pénale puisse être engagée, l'élément moral de l'infraction comporte donc essentiellement deux composantes, qui sont l'imputabilité et la culpabilité. L'imputabilité peut obéir à plusieurs conceptions : l'imputabilité objective ou matérielle qui est la relation unissant l'auteur au fait ; l'imputabilité subjective ou psychologique ou encore morale, qui est rattachée à la personne et qui, proche de la notion de discernement, doit s'entendre de la compréhension et de la conscience de la commission de

¹⁷⁸²Voir *supra*.

¹⁷⁸³R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, Sirey, 11^{ème} édition, 1912, n°73, p. 176.

l'acte. Dans tous les cas, l'imputabilité est ce qui permet de mettre l'infraction « sur le compte de l'auteur »¹⁷⁸⁴. S'agissant de la culpabilité, qui est proche de l'imputabilité matérielle, celle-ci fait souvent référence à une intention coupable, à la faute. Ces deux notions, imputabilité et culpabilité, ne sont pas définies par le législateur et ne font pas l'objet de consensus.

867.- Sous l'influence du principe de précaution, elles changent de sens au point parfois où l'acception extensive, qui en est retenue, peut signifier une perte de vitesse de l'élément moral, voire son inutilité dans un monde où ce qui est redouté sont le risque et le dommage et cela, indépendamment de leur source¹⁷⁸⁵. Le principe de précaution invite à s'intéresser aux situations porteuses de dangers plus qu'aux intentions qui animent les auteurs (I) et, partant d'une dilution du critère complexe de l'imputabilité, l'imputabilité matérielle se démarque en prenant le pas sur l'imputabilité morale, élément alors tenu pour vain et dérisoire, comparé aux dommages réels et hypothétiques (II).

I. VERS LA SUBSTITUTION DE L'ÉTAT DANGEREUX AU CRITÈRE DE L'INTENTION?

868.- La focalisation sur l'acte¹⁷⁸⁶ s'exerce, de prime abord, au détriment de l'intention. Mais en réalité, elle est surtout à l'origine d'une nouvelle définition de l'intention. L'intention, d'ordinaire rattachée à la volonté et au libre arbitre, devient un état de dangerosité manifesté par la commission d'un acte (parfois même une omission) plus qu'une intention coupable. La présence « substantielle » du principe de précaution¹⁷⁸⁷ en droit pénal ouvre un combat philosophique entre les concepts de culpabilité et de dangerosité comme fondements du droit pénal.

869.- Lorsque André Giudicelli affirme que « la culpabilité, intentionnelle ou non intentionnelle » demeure l'élément premier de mesure de la responsabilité »¹⁷⁸⁸, nous

1784Selon l'expression consacrée par R. MERLE et A. VITU, *op.cit.*

1785Voir *supra* sur la focalisation sur les actes.

1786Étudiée *supra*.

1787Dès 1995, soit avant même l'entrée du principe de précaution dans la Constitution française, Gilles Martin précisait que, du point de vue de sa « consécration formelle », le principe de précaution pénètre davantage le droit international et le droit communautaire que le droit interne certes, mais que, du point de vue de sa « présence substantielle », cette affirmation doit être nuancée. G. J. MARTIN, « Précaution et évolution du droit », *Daloz* 95, p.299.

1788A. GIUDICELLI, « Le fait de la personne atteinte d'un trouble mental », in M. MASSÉ, J.-P. JEAN, A. GIUDICELLI

devons nuancer cette affirmation. En effet, nombre de situations prennent uniquement en ligne de compte la dangerosité, laquelle est loin d'être synonyme de culpabilité, notamment dans les situations où elle ne s'est concrétisée par aucun acte matériel (ou par très peu de matérialité) et où donc où elle n'a produit aucun résultat. Si la dangerosité est seulement renfermée par une personne, elle ne peut s'entendre d'aucune culpabilité, la culpabilité supposant, quant à elle, un lien entre l'auteur et un fait.

870.- Par exemple, lorsque des mesures de sûreté (qui, malgré la volonté du législateur et les décisions rendues par le Conseil constitutionnel à ce sujet, peuvent être qualifiées de peines, comme nous le verrons *infra*¹⁷⁸⁹) sont susceptibles d'être appliquées, il s'agit de sanctionner non pas une infraction légalement définie mais un état de dangerosité présumé. Nous avons précisé *supra* que le lien entre l'application de la mesure de sûreté et l'infraction initiale était distendu au point qu'on ne peut affirmer que la mesure de sûreté soit adossée, sinon en relation étroite, avec cette infraction¹⁷⁹⁰. Par ailleurs, certes, ces mesures sont motivées, officiellement, par la prévention de la récidive mais on peut aussi les envisager, sous le prisme du principe de précaution, comme ayant pour finalité, officieuse, de réprimer un état érigé en infraction subliminale. Si dans l'infraction proprement dite, il s'agit de sanctionner la culpabilité (parfois assimilée à la faute dans les ouvrages de droit pénal), dans **l'infraction subliminale de dangerosité**, la culpabilité est inexistante précisément parce qu'il n'existe pas non plus de faits, objectivement dommageables et susceptibles d'être reliés à l'individu concerné. L'infraction subliminale de dangerosité est donc constituée par un état sans culpabilité, qui, de surcroît, ne peut être ni parfaitement défini (comme en témoignent, par exemple, les controverses autour de la distinction dangerosité psychiatrique/dangerosité criminologique¹⁷⁹¹), ni évalué avec certitude¹⁷⁹².

871.- Pourtant, l'exigence de culpabilité a été reconnue comme étant de valeur constitutionnelle¹⁷⁹³, même si le Conseil constitutionnel admet, dans certaines conditions, des présomptions de culpabilité¹⁷⁹⁴. Avec le renouveau des mesures de sûreté ou de précaution, il

(dir.), *Un droit pénal postmoderne ?*, *op.cit.*, p. 169.

1789 Voir *infra*, Chapitre suivant.

1790 Voir *supra* sur la notion de dangerosité (Partie 1, Titre 1, Chapitre 2). Mais voir *infra* sur le lien entre infraction et dangerosité.

1791 *Idem*.

1792 *Idem*.

1793 DC 1981 relative à la loi « Sécurité et Liberté », précitée.

1794 Ainsi, dans la décision du 16 juin 1999, le Conseil constitutionnel admet une présomption de responsabilité dès lors que celle-ci n'est pas « irréfragable, que sont assurés les droits de la défense, et que les faits induisent

s'agit de prendre en considération une « dangerosité supposée » ou une présomption de dangerosité¹⁷⁹⁵, la frontière entre la supposition et la présomption étant difficile à dessiner.

872.- Par ailleurs, d'autres situations pénales sanctionnent la dangerosité plus que la culpabilité, en l'absence de matérialité absolument convaincante comme nous l'avons vu¹⁷⁹⁶ : les infractions-obstacles (actes préparatoires), les infractions formelles (commencement d'exécution), les infractions de prévention et la mise en danger délibérée de la personne d'autrui. Le projet de la nouvelle incrimination d'entreprise individuelle terroriste¹⁷⁹⁷ participe largement de ce mouvement, en se focalisant sur une dangerosité présupposée à défaut d'une culpabilité avérée, par l'usage de termes dont l'imprécision ne peut caractériser l'univocité des actes répréhensibles¹⁷⁹⁸.

873.- Ainsi, la culpabilité est supplantée par la dangerosité dans un droit pénal soumis au principe de précaution, qui, se situant en amont, ne vise pas des faits additionnés d'une culpabilité, mais des situations potentiellement dangereuses¹⁷⁹⁹. Cela n'est pas sans rappeler le droit pénal de l'environnement : « là où la responsabilité est traditionnellement fondée sur la culpabilité, le droit de l'environnement a préféré désigner objectivement un responsable : celui qui se trouve assujéti à la réglementation environnementale »¹⁸⁰⁰. Le droit pénal de l'environnement obéit, en effet, à une logique d'imputation matérielle particulière qui consiste, la plupart du temps, à désigner *a priori* un responsable, celui sur qui pèse l'obligation réglementaire¹⁸⁰¹. Il ne recherche pas une

raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité ». CC 99-411 DC du 16 juin 1999, *Journal officiel* du 19 juin 1999, p. 9018. *Recueil*, p. 75 Voir sur ce point V. BÜCK, « Le Conseil constitutionnel et les réformes pénales récentes », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°10 - mai 2001 ; V. MALABAT, « Responsabilité et irresponsabilité pénale », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°26 (Dossier : La Constitution et le droit pénal) - août 2009 ; M. POUIT, *Les atteintes à la présomption d'innocence en droit pénal de fond*, Mémoire de Master II Droit pénal et sciences pénales, sous la direction d'Yves Mayaud, Université Paris II Panthéon-Assas, 2013, p. 95. Nous étudierons plus en détails les présomptions de culpabilité lorsque nous aborderons les atteintes portées au principe de la présomption d'innocence, entendu comme corollaire de la légalité pénale (Titre 2, Chapitre 1).

1795 Comme nous l'avons rappelé à plusieurs reprises, le code de procédure pénale évoque, à propos de la rétention de sûreté, une « dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive » (article 706-53-13). Il n'est donc pas question d'une dangerosité avérée, d'autant plus que nous avons soulevé toutes les difficultés (voire l'impossibilité) à prédire avec exactitude la dangerosité. Voir *supra*.

1796 Voir *supra*.

1797 Article 5 du projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme du 9 juillet 2014, voir *supra*.

1798 Voir *supra* et l'avis de la CNCDH, précité.

1799 Voir *infra*.

1800 A. GOGORZA, « Le droit pénal de l'environnement », in Dossier « Le droit pénal spécial à l'épreuve du droit pénal et de la procédure pénale », *Droit pénal* n°9, septembre 2013, p. 23, 4.

1801 A. GOGORZA, *op.cit.*, p. 24. L'auteure précise que cette logique d'imputation matérielle est d'origine jurisprudentielle mais qu'on la retrouve désormais dans la loi, notamment dans l'article L. 541-48 du code de

culpabilité mais se contente d'une responsabilité objective. De même, le droit pénal général, bien souvent, rattache objectivement¹⁸⁰² des situations potentiellement dangereuses à des responsables¹⁸⁰³.

874.- Mais le principe de précaution ne bouleverse pas seulement l'exigence de culpabilité. Il agit également sur la deuxième composante de l'élément moral, l'imputabilité.

II. VERS LA DILUTION DU CRITÈRE D'IMPUTABILITÉ ?

875.- Pour le principe de précaution, il n'est pas question de savoir si l'agent a pleinement conscience ou non des risques qu'il est susceptible de faire courir. Aucun critère d'intentionnalité ni d'imputabilité n'est utilisé dans la définition de ce principe. Le seul sens de l'imputabilité retenu dans les situations visées par le principe de précaution est le sens courant, plus proche de l'imputation. L'imputabilité comprise comme la « capacité de vouloir et de comprendre »¹⁸⁰⁴ ses actes est, en effet, étrangère au principe de précaution. De la même façon, le droit pénal de l'environnement se réfère à l'imputation matérielle¹⁸⁰⁵. Aussi, sous l'influence du principe de précaution, la condition d'imputabilité, préalable à toute infraction, se voit noyée dans un océan infini de considérations sécuritaires.

876.- Pourtant, l'imputabilité est considérée dans le droit pénal contemporain d'inspiration classique comme une condition *sine qua non* de l'engagement de la responsabilité pénale. Dans leur traité, Merle et Vitu, y consacrent un livre entier¹⁸⁰⁶. Outre sa culpabilité, « il faut encore que l'auteur soit « imputable », autrement dit qu'il possède

l'environnement. Cet article relatif aux infractions en matière de déchets causés par des navires désigne les personnes disposant d'un pouvoir de direction, de gestion ou d'administration de l'entreprise ou l'établissement concerné comme responsables des infractions réglementaires listées par l'article L. 541-46 commises par toute personne relevant de leur autorité.

1802 Voir not. la conception objective du commencement d'exécution retenue par la jurisprudence en matière de tentative. Voir *supra*.

1803 Sans que soit exigé, par exemple, le dol spécial de parvenir au résultat, comme nous l'avons vu *supra*.

1804 Définition donnée par la chambre criminelle dans l'arrêt Laboube, précité.

1805 Voir *supra*.

1806 R. MERLE et A. VITU, *op.cit.*, p. 771s., n°616s.

l'aptitude à « répondre » pénalement des conséquences de son comportement délictueux : l'aptitude à la sanction »¹⁸⁰⁷.

877.- Cette dilution du critère d'imputabilité sous la pression du principe de précaution est parfaitement visible dans les tendances qui animent le traitement pénal actuel du mineur délinquant (A) et celui de la personne atteinte de troubles mentaux (B), ainsi que dans une lecture extensive de la faute non intentionnelle (C). Dans son chapitre sur l'imputation, Jacques-Henri Robert rappelle que « L'auteur d'un fait infractionnel n'en est responsable que s'il jouit de deux facultés mentales : d'une part le discernement, c'est-à-dire l'aptitude à percevoir exactement le monde qui l'environne et les conséquences de ses actes ; d'autre part, la liberté de choisir son comportement »¹⁸⁰⁸. C'est ainsi que le trouble psychique est une cause de non imputabilité et la minorité une cause de non imputabilité ou d'atténuation de responsabilité selon l' art¹⁸⁰⁹. Pourtant, ces dernières années, la tendance législative dans ces deux domaines est celle d'une certaine responsabilisation, qui sans s'affirmer franchement en rupture avec ce qui vient d'être dit, procède d'une redéfinition de l'imputabilité.

878.- Juger les mineurs comme les majeurs, juger les malades mentaux comme les sains d'esprit, au motif que les actes des uns et des autres peuvent affecter une victime réelle ou potentielle ou au motif qu'ils renferment en eux-mêmes une dangerosité dont il faut se prémunir, tel est l'un des objectifs donnés au droit pénal par le principe de précaution, qui s'inscrit dans une volonté infinie d'éviter le risque.

A. LE CAS DU MINEUR DÉLINQUANT

879.- Parfois étudiée isolément¹⁸¹⁰, la minorité est souvent abordée par la doctrine comme une cause subjective d'irresponsabilité (irresponsabilité pour les *infans*, ou mineurs non dotés de discernement¹⁸¹¹) ou d'atténuation de responsabilité (pour les mineurs

1807R. MERLE et A. VITU, *op.cit.*, p. 772.

1808J.-H. ROBERT, *op.cit.*, p. 288.

1809Rousseau évoque le défaut de « conscience infractionnelle » qu'il oppose à la conscience matérielle, dans sa thèse soutenue 2007. F. ROUSSEAU, « *L'imputation dans la responsabilité pénale* », Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2009.

1810Par exemple, Michèle-Laure Rassat les étudie au titre des « délinquants particuliers ». M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, Coll. Cours magistral, 2^{ème} édition, 2006, p. 453s., n°392s.

1811En droit positif français, il n'est fixé aucun seuil pour l' art auquel le discernement est atteint. Ce critère est apprécié *in concreto* par la jurisprudence et se situe aux alentours de 7 ans. Sur l'exigence de discernement, voir

dotés de discernement). Les causes subjectives d'irresponsabilité sont aussi appelées causes de non imputabilité¹⁸¹². Le modèle protectionniste¹⁸¹³ des mineurs est ainsi motivé par la spécificité de ces êtres « en devenir ». Le droit positif distingue plusieurs classes de mineurs, selon le discernement compris comme capacité de volonté et de compréhension de l'acte. Selon l'article 122-8 CP modifié par la loi du 9 septembre 2002, « *Les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, des délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables [...]* » ; à partir du moment où ils sont doués de discernement, ils peuvent faire l'objet de mesures éducatives ; à partir de 10 ans, de sanctions éducatives ; à partir de 13 ans, de peines en tenant compte de l'atténuation de responsabilité (NB : de 2007 à 2014, cette atténuation pouvait être exclue et devait même l'être, dans certains cas, pour les mineurs de 16 à 18 ans récidivistes)¹⁸¹⁴.

880.- Depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal en 1994 et avant la loi du 9 septembre 2002, cet article 122-8 CP était rédigé ainsi : « *Les mineurs reconnus coupables d'infractions pénales font l'objet de mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation dans les conditions fixées par une loi particulière. / Cette loi détermine également les conditions dans lesquelles des peines peuvent être prononcées à l'encontre des mineurs âgés de plus de treize ans* ». L'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945¹⁸¹⁵, qui est la « loi particulière » visée par ces dispositions, posait alors en son premier article que « *Les mineurs de dix-huit ans auxquels est imputée une infraction qualifiée crime ou délit, ne seront pas déférés aux juridictions pénales de droit commun, et ne seront justiciables que des tribunaux pour enfants* » et en son deuxième article, que « *Le tribunal pour enfants prononcera, suivant les cas, les mesures de protection, d'assistance, de surveillance, d'éducation ou de réforme qui sembleront appropriées. / Il pourra cependant, lorsque les circonstances et la personnalité du délinquant lui paraîtront l'exiger, prononcer à l'égard du mineur âgé de plus de treize ans une condamnation pénale par application des articles 67 et 69 du code pénal. / Il pourra décider à l'égard des mineurs âgés de plus de seize ans, et par une disposition spécialement motivée, qu'il n'y a pas lieu de retenir l'excuse atténuante de minorité* ». Il ressort, de cette version initiale de l'ordonnance de 1945, le

par exemple, X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, Cours Dalloz, Série Droit privé, 4^{ème} édition, 2010, p. 212, n°244.

1812Classification utilisée par exemple par G. STÉFANI et G. LEVASSEUR, *Droit pénal général*, I, *op.cit.*, n° 286 qui y placent la démence, la contrainte et l'erreur.

1813Voir *supra*.

1814Voir *infra*.

1815*Journal officiel de la République française* du 4 février 1945, pp. 530-534.

principe de spécialisation de la justice des mineurs¹⁸¹⁶ et une faveur pour les mesures éducatives, une peine ne devant être appliquée qu'en second choix, si les circonstances et la personnalité du délinquant paraissent l'exiger et l'excuse de minorité ne pouvant être exclue, pour les plus de 16 ans uniquement, qu'avec le soutien d'une motivation spéciale.

881.- Suite à plusieurs modifications, les articles précités de l'ordonnance de 1945 sont désormais rédigés comme suit : article 1 : « *Les mineurs auxquels est imputée une infraction qualifiée crime ou délit ne seront pas déférés aux juridictions pénales de droit commun, et ne seront justiciables que des tribunaux pour enfants, des tribunaux correctionnels pour mineurs (ajoutés par la loi n°2011-939 du 10 août 2011) ou des cours d'assises des mineurs. / Ceux auxquels est imputée une contravention de police de cinquième classe sont déférés aux juridictions pour enfants dans les conditions prévues à l'article 20-1* » ; article 2 : « *Le tribunal pour enfants, le tribunal correctionnel pour mineurs (ajout de la loi de 2011 précitée) et la Cour d'assises des mineurs prononceront, suivant les cas, les mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation qui sembleront appropriées. / Ils pourront cependant, lorsque les circonstances et la personnalité des mineurs l'exigent, soit prononcer une sanction éducative à l'encontre des mineurs de dix à dix-huit ans, conformément aux dispositions de l'article 15-1, soit prononcer une peine à l'encontre des mineurs de treize à dix-huit ans en tenant compte de l'atténuation de leur responsabilité pénale, conformément aux dispositions des articles 20-2 à 20-9 (introduit par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002). Dans ce second cas, s'il est prononcé une peine d'amende, de travail d'intérêt général ou d'emprisonnement avec sursis, ils pourront également prononcer une sanction éducative. / Le tribunal pour enfants et le tribunal correctionnel pour mineurs ne peuvent prononcer une peine d'emprisonnement, avec ou sans sursis, qu'après avoir spécialement motivé le choix de cette peine* ».

882.- Avant la loi du 9 septembre 2002 qui clarifie la situation¹⁸¹⁷ en consacrant la solution de l'arrêt Laboube dans lequel la Cour de cassation exigeait la présence de discernement comme condition préalable à la responsabilité pénale des mineurs¹⁸¹⁸, la

1816 Voir *supra*.

1817 Voir not. CH. COURTIN, « France / La responsabilité pénale des mineurs dans l'ordre interne et international », *Revue internationale de droit pénal*, 2004/1 Vol. 75, p. 337-353.

1818 L'ordonnance de 1945 ne fait pas référence explicite au discernement. Sur la question du discernement sous l'empire de l'ancien code pénal de 1810, voir R. GARRAUD, *op.cit.*, p. 194s. L'ancien code pénal ne mentionnait pas cette question mais distinguait le mineur coupable qu'il faut punir de l'enfant qu'il faut élever. Afin de déterminer quelle est la solution des deux qui est la plus adaptée, le juge devait alors se demander si le mineur

doctrine avait cru voir dans l'ordonnance de 1945 (articles 1 et 2 précités) une présomption d'irresponsabilité pénale absolue pour les moins de 13 ans¹⁸¹⁹ et relative pour les plus de 13 ans¹⁸²⁰. Mais Christine Lazerges estimait, dès 1995, que cela relevait d'une mauvaise interprétation des articles précités, qui signifient clairement que les mineurs sont responsables des infractions qui peuvent leur être imputées¹⁸²¹. Néanmoins, cette affirmation de Christine Lazerges doit être précisée. En effet, la compréhension de ces articles dépend aussi de l'acception retenue de la responsabilité et plus précisément de l'imputabilité¹⁸²², laquelle peut s'entendre comme le simple fait d'être matériellement l'auteur de l'acte - et, dans ce cas, tend à se confondre avec la notion de culpabilité étudiée plus haut¹⁸²³ ou avec celle d'imputation matérielle¹⁸²⁴, ou bien comme le fait d'avoir voulu et compris, en toute intelligence, la commission de l'acte¹⁸²⁵. Aussi, les dissensions doctrinales évoquées sont en relation avec la dualité du sens de l'imputabilité, qui peut être matérielle¹⁸²⁶ ou psychologique (en lien étroit avec le discernement).

883.- Concernant l'introduction des sanctions éducatives par la loi du 9 septembre 2002 précitée, il faut soulever l'ambiguïté de ce terme qui réunit deux tendances apparemment opposées (éducation et répression)¹⁸²⁷ et, au sein de ces sanctions éducatives, il

avait agi avec discernement ou non. Et le discernement n'ayant pas été défini par le législateur, il revenait à la jurisprudence de le définir.

1819 Cette présomption semble justifiée par l'emploi de « condamnation pénale » uniquement à l'encontre des plus de treize ans dans l'article 2 alinéa 2 de la version initiale de l'ordonnance de 1945, précitée. Une lecture *a contrario* de cet article en ses deux alinéas permet d'affirmer que les seules mesures susceptibles d'être prononcées pour les moins de treize ans ne sont pas des mesures pénales et ainsi que ces mineurs de treize ans n'engagent pas une responsabilité de type pénal, la responsabilité pénale étant définie comme faisant encourir des sanctions pénales. Voir par exemple Michèle-Laure Rassat qui estime que l'article 2 de l'ordonnance de 1945 pose une présomption d'irresponsabilité pour les moins de 18 ans, en n'utilisant pas le terme peine ni celui d'infraction, et précise que cette présomption n'est pas irréfragable. M.-L. RASSAT, *op.cit.*, p. 457, n°397.

1820 Pour les plus de treize ans, la présomption est, en revanche, relative en ce que les tribunaux peuvent soit ordonner des mesures non pénales, ce qui reviendrait à les dégager de responsabilité pénale entendue comme associée à l'accessibilité à une sanction pénale, soit prononcer une peine, et dans ce cas la présomption d'irresponsabilité est renversée.

1821 CH. LAZERGES, « De l'irresponsabilité pénale à la responsabilité pénale des mineurs délinquants ou relecture des articles 1 et 2 de l'ordonnance du 2 février 1945 », *RSC* 1995 p. 149

1822 L'ordonnance de 1945 utilise l'expression « infraction imputée ». Voir *supra*.

1823 Sur cette confusion, R. MERLE et A. VITU, *op.cit.*, pp. 772-773.

1824 Voir *supra*.

1825 Voir, par exemple, la définition de Jean-Marie Aussel, pour lequel l'imputabilité s'entend de « l'existence chez l'agent d'une volonté libre et d'une intelligence lucide ». J.-M. AUSSEL, « La contrainte et la nécessité en droit pénal » in G. STÉFANI (dir), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal - Études de droit criminel*, Dalloz, 1956, p. 256.

1826 Voir not. R. GARRAUD, *Traité de droit pénal*, I, *op.cit.*, n° 268. Pour l'auteur, l'imputabilité s'entend de la possibilité d'attribuer une infraction à un individu en prenant en considération les éléments établissant le lien matériel et psychologique entre l'infraction et son auteur. R. Merle aussi évoquait l'imputabilité matérielle aux côtés de l'imputabilité morale et l'imputabilité psychologique. R. MERLE, *Droit pénal général compl.*, p. 181s.

1827 D. BENOÎT, « Les sanctions éducatives : de l'ambiguïté persistante de la prise en charge du mineur délinquant », *Sociétés et jeunesse en difficulté* [En ligne], n°1, printemps 2006, mis en ligne le 23 octobre 2006.

faut noter à la fois des ressemblances avec les mesures éducatives et des similitudes avec des peines existant pour les majeurs¹⁸²⁸. Surtout, rappelons qu'une circulaire du 7 novembre 2002 semble les considérer comme des peines en leur appliquant le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère¹⁸²⁹, principe à propos duquel le Conseil constitutionnel a précisé, trois ans plus tard, qu'il ne s'appliquait qu'aux sanctions punitives¹⁸³⁰. Et le Conseil constitutionnel a d'ailleurs lui-même consacré ce lien entre les sanctions éducatives et les peines puisqu'il a rappelé à leur égard le principe de proportionnalité des peines¹⁸³¹.

884.- La possibilité de prononcer des sanctions éducatives dès 10 ans et celle d'écarter, avec la loi d'août 2007, l'excuse de minorité en récidive à partir de 16 ans (voire l'obligation de l'écarter) proviennent de la considération selon laquelle, même si l'auteur est mineur, ses faits lui sont pleinement imputables. On peut entrevoir comme le suggèrent certains auteurs que les sanctions éducatives sont révélatrices d'un « nouveau modèle « éducatif-sanctionnateur » », dont l'effet consisterait à abaisser indirectement mais inexorablement l'âge minimum d'application d'une sanction pénale¹⁸³².

885.- Cette déconstruction du modèle protectionniste, ces dernières années, signifie une focalisation sur les faits¹⁸³³ en même temps qu'une déstructuration de la notion d'imputabilité. Le droit pénal des mineurs reposait sur le critère d'imputabilité¹⁸³⁴ et sur l'excuse de minorité. Mais les réformes évoquées *supra* (lois de 2002¹⁸³⁵, 2005, mars et août 2007 et 2011¹⁸³⁶) s'éloignent de ces deux concepts. La répressivité des nouvelles dispositions laissent penser que l'imputabilité (psychologique) est devenue un critère secondaire dans la

Pour Jacques Henri Robert, « la sanction éducative emprunte la sévérité [de la peine] et la finalité [de la mesure d'éducation] ». J.-H. ROBERT, *op.cit.*, p. 305. Voir également *supra* sur la réunion, sous l'influence du principe de précaution, de la répression et de la prévention (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1).

1828D. BENOÎT, *op.cit.* ; CH. LAZERGES, 2003, *op.cit.* ; voir *supra* ; J. CASTAIGNÈDE, « Un nouveau regard porté sur le droit pénal des mineurs », *D.* 2003, p. 779.

1829Circulaire Crim. 2002.15 E8/07-11-2002, « Présentation des dispositions portant réforme du droit pénal des mineurs et de certaines dispositions de droit pénal spécial résultant de la loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice ».

1830Décision DC n° 2005-525 du 8 décembre 2005 relative à la loi sur la récidive des infractions pénales, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20. Voir *infra*.

1831Décision DC n°2002-461 du 29 août 2002 précitée.

1832R. OTTENHOF, *op.cit.*, p. 12.

1833Voir *supra*.

1834Voir *supra*. Le critère du discernement posé par l'arrêt Laboube, précité, a été officialisé par la loi Perben 2 qui l'a inséré dans l'article 122-8 CP.

1835Cette loi de 2002 a certes consacré le critère du discernement comme seuil à partir duquel le mineur est responsable. Mais elle considère toutefois qu'à partir de 10 ans, les enfants sont accessibles à des sanctions éducatives pouvant s'analyser en peines. Voir *supra*.

1836À propos de la création d'un tribunal correctionnel pour les mineurs. Voir *supra*.

caractérisation de l'élément moral des infractions. Dans le même sens, le rapport Varinard, qui proposait un code de la justice des mineurs, et qui n'a finalement pas abouti, suggérait un abaissement insidieux de l'âge de la majorité pénale¹⁸³⁷ à 12 ans au lieu des 13 ans retenus actuellement, et préconisait, entre autres, une réponse **pénale** systématique¹⁸³⁸.

886.- Ainsi, le régime spécifique des mineurs, alors axé sur l'atténuation de responsabilité des mineurs en raison d'une imputabilité moins évidente¹⁸³⁹ des infractions à leur égard est largement atteint dans sa philosophie humaniste. La volonté de traiter les mineurs comme les majeurs a clairement été affirmée par Rachida Dati, garde des Sceaux¹⁸⁴⁰, lorsqu'elle exposait les motifs du projet de loi renforçant la récidive des majeurs et des mineurs en 2007. Dès lors, cette proximité nouvelle entre le droit des mineurs et celui des majeurs peut s'analyser en un retrait de l'exigence de l'imputabilité morale. Il semblerait que la relativité de la responsabilité des mineurs en fonction de l'imputabilité morale ait disparu au profit d'une responsabilité pleine adossée à la seule imputabilité matérielle¹⁸⁴¹.

887.- En effet, l'entrée progressive du principe de précaution en droit des mineurs a eu pour effet de privilégier l'imputabilité matérielle à l'imputabilité morale, laquelle se réfère au discernement. Certes, le discernement a bien été retenu comme critère de départ de la responsabilité pénale. Mais la pénalisation croissante des réponses données à la délinquance des mineurs s'avérera très vite le signe d'une responsabilisation à raison de la culpabilité ou imputabilité matérielle, et sans tenir compte des spécificités de l'imputabilité morale chez les mineurs. En effet, si l'imputabilité se réfère au libre arbitre, « à la faculté de discerner le bien et le mal, et la faculté de déterminer sa conduite par la puissance de sa volonté »¹⁸⁴², considérer les mineurs comme des majeurs revient à affirmer qu'ils ont une

1837Confondant les notions de responsabilité pénale et de majorité pénale.

1838A. VARINARD, « Adapter la justice pénale des mineurs : entre modifications raisonnables et innovations fondamentales - 70 propositions », Rapport, La Documentation française, décembre 2008. Voir également la proposition de loi AN n° 2895, 30 janv. 2001 tendant à l'abaissement de l'âge de la majorité pénale à 16 ans et de l'âge de la responsabilité pénale à 10 ans (proposition de Christian Estrosi, précitée).

1839On pourrait préciser imputabilité morale ici car l'imputabilité, au sens matériel, « n'est pas susceptible de plus ou de moins : elle s'affirme ou se nie, puisqu'il s'agit d'une relation matérielle entre l'acte et son auteur ». R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, Sirey, 13^{ème} édition, 1921, p. 181.

1840Voir l'exposé des motifs de la loi relative au traitement de la récidive des majeurs et des mineurs, précité. La garde des Sceaux ne semble faire aucune distinction entre le cas des majeurs et celui des mineurs. L'expression « des mineurs comme des majeurs » y est maintes fois employée, soulignant la volonté de traiter de la même façon ces deux catégories de délinquants.

1841Alors même que l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs et la primauté de l'action éducative ont été reconnues comme étant de valeur constitutionnelle. DC 2002, précitée.

1842R. MERLE et A. VITU, *op.cit.*, p. 773, référence à VIDAL et MAGNOL, I, p. 171

puissance de volonté et une capacité pénale¹⁸⁴³ identiques à ceux-ci, alors qu'il semblerait que les mesures éducatives privilégiées en 1945 renfermaient, au contraire, l'idée que les mineurs ne disposaient pas du même degré de capacité pénale que les majeurs¹⁸⁴⁴. L'ordonnance de 1945 octroyait, en effet, une grande marge d'appréciation aux tribunaux qui devaient privilégier la mesure éducative, et pouvaient décider de prononcer une peine, en fonction des circonstances appréciées *in concreto*¹⁸⁴⁵. Ainsi, le droit des mineurs faisait référence à l'imputabilité, telle que définie plus haut, et à la capacité pénale, dans l'engagement de la responsabilité et dans le choix du type de décisions à prendre (mesures éducatives ou peines)¹⁸⁴⁶. Ce qui, par ailleurs, rappelle sa parenté avec la défense sociale nouvelle qui, elle, distingue imputabilité et capacité pénale, proposant de laisser au juge le soin de choisir le type de mesures (sûreté ou peine) en fonction du degré de capacité pénale¹⁸⁴⁷.

888.- Si la loi du 15 août 2014 a supprimé l'application des peines plancher aux mineurs¹⁸⁴⁸, elle a laissé inchangé deux autres réformes allant dans le sens d'une déspecialisation de la justice des mineurs induite par le primat de l'imputation matérielle sur l'imputabilité morale. En effet, les sanctions éducatives ne sont pas abrogées par la nouvelle loi, ni les tribunaux correctionnels, ces deux institutions étant pourtant significatives de la dilution du critère d'imputabilité sous l'influence du principe de précaution. Concernant la suppression des tribunaux correctionnels, signe d'une tendance répressive à l'égard des mineurs¹⁸⁴⁹, elle constituait un engagement du président de la République, François Hollande

1843La capacité pénale peut être définie comme l'aptitude du délinquant à recevoir une sanction pénale. SANCIU, « La capacité pénale », *RDCP*, 1938, p. 854.

1844Merle et Vitu rappellent que Carl Stuos avait créé des mesures de sûreté pour les délinquants inaptes à la capacité pénale, parmi lesquelles il rangeait les mineurs. M. MUSCA, *La destinée de la politique criminelle de Carl Stuos*, th., Fribourg, 1961, p. 36s. Cité par R. MERLE et A. VITU, *op.cit.*, p. 774, n°617, note 4.

1845Dans sa version initiale, l'ordonnance de 1945 ne faisait pas référence au discernement. Jacques-Henri Robert estime que l'ordonnance a modifié les éléments que doit prendre en considération le juge dans le choix de la mesure. Pour lui, ce n'est plus le discernement (car il n'est pas visé), mais la personnalité du mineur qui doit motiver la décision du juge. J.-H.ROBERT, *op.cit.*, p. 301. En effet, aux termes de l'article 2 de l'ordonnance initiale, le juge « *pourra cependant, lorsque les circonstances et la personnalité du délinquant lui paraîtront l'exiger, prononcer à l'égard du mineur âgé de plus de treize ans une condamnation pénale* ». Mais il semblerait, selon nous, que la « personnalité du délinquant » comprend son imputabilité morale et son discernement. En effet, *in fine*, le choix de la mesure sera dépendant aussi du niveau de discernement, même si l'ordonnance de 1945 n'y fait pas expressément référence, tout comme il en était tenu compte sous l'empire de l'ancien code pénal si l'on en croit R. GARRAUD, *op.cit.*, p 195. Mais ce discernement doit être compris du point de vue des intérêt solidaires de la société et de l'enfant, c'est-à-dire plus d'après le caractère, les instincts et le milieu de l'enfant que d'après sa maturité juridique ou morale.

1846Voir R. MERLE et A. VITU, *op.cit.*, p. 776, n°617.

1847R. MERLE et A. VITU, *op.cit.*, p. 777, n°617 ; p. 136, n°86 ; M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, p. 131s. Marc Ancel écrit par exemple que « le juge pénal [...] dans un système rationnel doit pouvoir se servir de la peine ou de la mesure [...] dans la mise en œuvre concrète de la réaction anti-criminelle », p. 251.

1848Voir *supra*.

1849Voir not. PH. BONFLIS, « La réforme du droit pénal des mineurs par la loi du 10 août 2011 », *D.* 2011. 2286 ; CH. LAZERGES, « La démolition méthodique de la justice des mineurs devant le Conseil constitutionnel », *RSC*

et avait été formulé comme un souhait par la garde des Sceaux, Christiane Taubira. Elle n'a pas figuré au projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines. Au cours de la navette parlementaire, un amendement a été proposé en ce sens¹⁸⁵⁰ puis retiré, et un autre amendement a été déposé¹⁸⁵¹ puis rejeté. La loi du 15 août 2014 ne contient donc pas la suppression des tribunaux correctionnels pour mineurs. Par conséquent, malgré les avancées dans le sens d'une restauration de la spécificité de la justice des mineurs (avec la suppression du retrait de l'excuse de minorité), cette justice demeure soumise, en certains points, à l'influence du principe de précaution, et particulièrement à la dilution de la notion d'imputabilité qui en a découlé.

889.- Les relations des tendances actuelles avec le principe de précaution s'illustrent donc dans le traitement de faits dommageables ou potentiellement dommageables sans référence à aucune espèce de volonté libre¹⁸⁵². La notion d'imputabilité s'en voit transformée, voire déformée puisque dénudée d'une de ses composantes pourtant essentielle à la justice¹⁸⁵³. Cette détérioration de la notion d'imputabilité est également visible dans la situation des auteurs d'infractions déclarés pénalement irresponsables en raison d'un trouble mental ou psychique.

B. LE CAS DE L'AUTEUR ATTEINT DE TROUBLE MENTAL

890.- Reprenant le principe de l'article 64 de l'ancien code pénal¹⁸⁵⁴ en le précisant¹⁸⁵⁵ et en le clarifiant sur certains points¹⁸⁵⁶, l'article 122-1 du nouveau code pénal

2011, p. 728.

1850Cet amendement a été proposé par présenté par Mme Untermaier, M. Clément, Mme Chapdelaine, Mme Guittet, M. Pellois, M. Noguès, Mme Bouziane et Mme Le Dain.

1851Amendement déposé par M. Coronado, M. Molac, Mme Duflot, Mme Abeille, M. Alauzet, Mme Allain, Mme Attard, Mme Auroi, M. Baupin, Mme Bonneton, M. Cavard, M. de Ruy, M. François-Michel Lambert, M. Mamère, Mme Massonneau, Mme Pompili, M. Roumegas et Mme Sas

1852Voir *supra*.

1853Nous faisons référence à l'imputabilité morale ou psychologique. *Contra* : Des auteurs ont mis en cause le lien traditionnellement établi entre le libre arbitre et la légitimité de la sanction pénale. Voir par exemple, P. CUCHE, *De la possibilité pour l'école classique d'organiser la répression pénale en dehors du libre arbitre*, in *Annales de la Faculté de droit de Grenoble*, 1897, p. 510. Cité par R. MERLE et A. VITU, *op.cit.*, p. 774, n°617.

1854L'article 64 ACP de 1810 disposait : « *Il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action* ».

1855L'article 64 ACP ne distinguait pas les situations où le discernement été aboli de celles où il était seulement altéré. Ce que fait l'article 122-1 NCP en ajoutant un second alinéa concernant cette autre situation, dans laquelle l'auteur demeure pénalement responsable (toutefois les juges peuvent tenir compte de cette circonstance d'altération du discernement dans le prononcé de la peine).

1856Notamment en substituant l'expression « trouble psychique ou neuropsychique » au terme de « démence » (qui recouvre, scientifiquement, seulement un cas de maladie mentale alors que l'article 64 ACP et la

dispose que : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes* »¹⁸⁵⁷. Cet article prévoit donc, comme cause d'irresponsabilité pénale, le trouble psychique, qui, pour avoir un tel effet exonératoire, doit avoir privé totalement l'auteur de discernement au moment des faits¹⁸⁵⁸. Cette irresponsabilité pénale à raison du défaut de discernement n'est pas une innovation du nouveau code pénal. Elle est relativement ancienne¹⁸⁵⁹, et on retrouve cette idée à plusieurs époques, avec des justifications diverses¹⁸⁶⁰. On l'observe aussi au niveau international dans le Statut de la Cour pénale internationale qui, dans un chapitre sur les principes généraux du droit pénal, reconnaît dans « *la maladie* » ou « *la déficience mentale* » des « *motifs d'exonération de la responsabilité pénale* »¹⁸⁶¹.

891.- L'article 122-1 du code pénal prévoit, dans son second alinéa, la situation de la personne dont le discernement n'a été qu'altéré ou le contrôle de ses actes entravé, et qui demeure, par conséquent, responsable de ses actes. Le nouveau code pénal disposait que dans une telle situation, la juridiction tenait compte de cette circonstance¹⁸⁶². La loi du 14 août 2014 a clarifié ces dispositions en prévoyant une réduction de peine légale applicable aux auteurs dont le discernement a été altéré. En effet, elle pose que « *si est encourue une peine privative de liberté, celle-ci est réduite du tiers, ou en cas de crime puni de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à perpétuité, est ramenée à trente*

jurisprudence correspondante l'entendait comme toute forme d'aliénation mentale ». Voir sur ce point, F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *op.cit.*, pp. 604-605, n°631.

1857L'article contient un second alinéa (voir note 255). Mais nous nous intéresserons seulement au cas d'irresponsabilité pénale pour notre démonstration.

1858La concomitance entre le défaut de discernement ou de contrôle des actes et la commission de l'infraction doit être caractérisée par les juges du fond sous peine de voir casser leur décision. Cass. crim. 7 octobre 1992, *Bull. Crim.*, n°314).

1859En revanche au moyen-ge, on considérait que les criminels malades mentaux devaient être traités comme les autres criminels et qu'ils étaient même plus dangereux encore, puisque associés, dans l'esprit collectif, au démon. Aussi, il en ressortait une certaine sévérité à l'égard de cette catégorie particulière de délinquants Voir sur ce point F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *op.cit.*, p. 604, n°631.

1860Pour l'école classique et néoclassique, la peine devant être rétributive, il n'est pas possible de l'envisager à l'égard d'une personne dépourvue de discernement. Pour les positivistes, une peine n'est pas adaptée au délinquant « anormal », qui est considéré comme inaccessible à une sanction pénale car inamendable. Seules des mesures de sûreté doivent leur être appliquées. Ce qui n'exclut pas chez les positivistes une certaine responsabilité pénale, dans la mesure où, selon eux, cette dernière ne doit pas être adossée à l'idée de libre arbitre. Voir *supra* sur les différentes écoles de pensée.

1861Statut CPI, article 30.2 3 a) : n'est pas pénalement responsable une personne si « *elle souffrait d'une maladie ou d'une déficience mentale qui la privait de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour se conformer aux exigences de la loi* ».

1862L'article 122-1 du code pénal alinéa 2 disposait, avant la loi du 15 août 2014, que « *La personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable ; toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime* ».

ans »¹⁸⁶³, « la juridiction [pouvant] toutefois, par une décision spécialement motivée en matière correctionnelle, décider de ne pas appliquer cette diminution de peine »¹⁸⁶⁴.

892.- En 2008, le Conseil constitutionnel, alors qu'il examine la loi¹⁸⁶⁵ qui bouleversera la situation de l'auteur atteint de trouble psychique ayant aboli son discernement, érige l'irresponsabilité des personnes atteintes de troubles psychiques ou neuropsychiques au rang des principes à valeur constitutionnelle¹⁸⁶⁶. Pour le Conseil constitutionnel, ce principe est une conséquence de celui de la personnalité de la responsabilité pénale.

893.- Le principe d'irresponsabilité pénale n'a pas été clairement remis en cause¹⁸⁶⁷. En ce sens, André Guidicelli constate « la vigueur de la conception classique ou pour le moins néoclassique de la responsabilité pénale, responsabilité qui reste d'essence subjective »¹⁸⁶⁸. Cependant, le devoir de précaution¹⁸⁶⁹ invoqué vis-à-vis des victimes réelles et potentielles¹⁸⁷⁰ a conduit le législateur, dans une énième poussée sécuritaire, à modifier substantiellement son approche¹⁸⁷¹. Trois grands changements peuvent notamment être relevés, qui illustrent la dénaturation de la notion d'imputabilité, sous l'influence du principe de précaution : la création d'un simulacre de procès tenu à l'encontre des personnes pénalement irresponsables (1), la possibilité pour le juge répressif de prononcer une

1863 Article 122-1 CP alinéa 2 complété par l'article 17 de la loi du 15 août 2014.

1864 *Ibidem*. Ces dispositions sont complétées par une modification des articles 361-1 et 362 du code de procédure pénale (selon la modification du premier article : une troisième question relative à l'application de l'article 122-1 CP alinéa 2 doit être posée à la cour d'assise après celle sur la culpabilité et celle sur l'application de l'article 122-1 CP alinéa 1 ; selon la modification du second article : en cas d'application de l'alinéa 2 de l'article 122-1 CP, les peines privatives de liberté d'une durée égale ou supérieures aux deux tiers de la peine encourue ne peuvent être prononcées qu'à la majorité qualifiée).

1865 La loi du 25 février 2008 relative à la déclaration d'irresponsabilité pénale et à la rétention de sûreté, citée à plusieurs reprises.

1866 Décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, *JO* du 26 février 2008, cons. 27. Voir J.-H. ROBERT, « La punition selon le conseil constitutionnel », *Cahiers du conseil*, n°26, *op.cit.* .

1867 On peut noter qu'il existe des partisans à la responsabilité pénale de l'auteur atteint de troubles mentaux, notamment parmi des psychiatres, qui y voient des effets curatifs.

1868 A. GUIDICELLI, « Le fait de la personne atteinte d'un trouble mental », in M. MASSÉ, J.-P. JEAN, A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? op.cit.*, p. 167.

1869 Voir *supra* sur le devoir de précaution.

1870 Sur les critiques, émises notamment par les victimes, de la possibilité pour le juge d'instruction de prononcer une ordonnance de non-lieu en cas d'irresponsabilité mentale avant la loi du 25 février 2008, voir *supra* (not. Discours de Nicolas Sartkozy après l'affaire Romain Dupuis) et voir F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op.cit.*, p. 611, n°638-2).

1871 Pour F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, il semblerait qu'il ne s'agisse que de réformes procédurales n'ayant aucune conséquence sur le droit pénal de fond issu de l'article 122-1 CP à savoir l'irresponsabilité pénale en cas de trouble mental ayant aboli le discernement au moment des faits. Voir F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op.cit.*, pp. 605-619, n°631 à 644.

hospitalisation d'office à leur encontre (2) et l'instauration de mesures de sûreté qui leur sont applicables (3).

1) Le simulacre de procès pour les personnes pénalement irresponsables

894.- D'abord, si l'irresponsabilité pénale pour défaut de discernement a bien été conservée par le législateur¹⁸⁷², la loi du 25 février 2008 a instauré une nouvelle audience perçue comme un « simulacre de procès »¹⁸⁷³ pour déclarer pénalement irresponsables les personnes atteintes d'un trouble mental¹⁸⁷⁴. Cette audience publique devant la chambre de l'instruction donne l'impression que l'on veut juger quand bien même la personne jugée est irresponsable¹⁸⁷⁵. S'il est bien ancré que le défaut de discernement empêche d'engager la responsabilité pénale et que ce principe n'a pas été remis en question, il n'empêche que la nouvelle ordonnance d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental¹⁸⁷⁶, mais surtout le nouvel arrêt de déclaration de cette irresponsabilité¹⁸⁷⁷, rendu dans des conditions cérémonielles, rappelle la volonté de responsabilisation induite par le principe de précaution¹⁸⁷⁸. Le rituel judiciaire¹⁸⁷⁹ s'interprète alors comme le sceau d'une responsabilisation, certes non réellement pénale, mais d'une responsabilisation « sociale »,

1872L'article 122-1 CP n'a pas été modifié.

1873Voir *supra*.

1874Voir *supra* sur les modalités de saisine de la chambre de l'instruction et le déroulement de cette audience. Pour Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, la création de cette audience n'est que l'aboutissement d'une évolution législative. Ils relèvent des lois annonciatrices de cette « nouveauté » : la loi du 8 février 1995 avait instauré la possibilité de l'examen d'un appel de l'ordonnance de non-lieu formé par la partie civile devant la chambre d'accusation (ex chambre d'instruction) au cours d'une audience publique. ; la loi du 15 juin 2000 avait précisé que la cour d'assises devait répondre distinctement à une question sur les faits et une sur l'irresponsabilité ; la loi du 9 mars 2004 avait posé l'obligation d'indiquer, dans les ordonnances ou arrêts de non lieu pour cause de trouble mental, qu'il existait des charges suffisantes démontrant que l'auteur a bien commis les faits. Voir F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op.cit.*, p. 612, n°638-2.

1875En ce sens not. Xavier Pin, qui écrit à propos de la loi du 25 février 2008 qu'« une procédure de jugement et de punition des « fous » semble donc bien avoir été instituée ». X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, Cours Dalloz, Série Droit privé, 4^{ème} édition, 2010, p. 216, n°249.

1876Selon Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, il ne s'agirait que de modifications purement terminologiques, remplaçant le non-lieu par l'ordonnance de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental ; le jugement de relaxe ou l'arrêt d'acquiescement par un jugement ou un arrêt portant déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental. F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op.cit.*, p. 613, n°638-4.

1877Arrêt rendu par la chambre d'instruction. Une tel arrêt peut aussi être rendu par la cour d'assise et un jugement de même nature par le tribunal correctionnel, voir *supra*.

1878Voir *supra*.

1879Pour rappel, l'audience se déroule comme suit : comparution de la personne, assistée d'un avocat en audience publique ; experts entendus, témoins cités, questions posées au mis en examen, observations du mis en examen, réplique de la partie civile et du ministère public, dernier mot accordé au mis en examen. On en déduit donc que l'audience de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental se déroule à l'identique d'un procès pénal classique. Ce qui a permis l'expression de « simulacre de procès » pour la qualifier. Voir *supra* et également F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op.cit.*, pp. 613-614, n°638-5. Par ailleurs, rappelons que la saisine de la chambre de l'instruction peut être décidée opportune par le juge d'instruction lui-même mais est de droit si les parties le demande. Voir les articles 706-122 à 706-128 CPP.

aux yeux des victimes et de la société toute entière. Cette quête de responsabilité est révélatrice de l'emprise du principe de précaution¹⁸⁸⁰.

895.- Ensuite, de nouvelles mesures de sûreté applicables aux personnes déclarées irresponsables peuvent désormais être prononcées par la chambre de l'instruction, à l'issue de l'audience susvisée. Trois situations peuvent se présenter : soit, en l'absence de charges suffisantes, la chambre de l'instruction déclare qu'il n'y a lieu à suivre ; soit les charges apparaissent suffisantes mais l'irresponsabilité est inapplicable, justifiant ainsi le renvoi devant la juridiction de jugement (sont donc visées ici les hypothèses où le discernement n'a pas été aboli, qu'il était présent ou seulement altéré au moment des faits) ; soit les charges sont suffisantes et le trouble a aboli le discernement au moment des faits, et la chambre prononce, par conséquent, un arrêt de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental (la partie civile peut alors demander à ce qu'un tribunal correctionnel se prononce sur la responsabilité civile).

2) L'hospitalisation d'office prononcée par le juge

896.- Dans cette troisième situation, la chambre de l'instruction¹⁸⁸¹, dont l'arrêt est susceptible d'un pourvoi en cassation, peut prononcer une ou plusieurs mesures de sûreté, et elle peut également prononcer une hospitalisation d'office¹⁸⁸², qui aura le même régime¹⁸⁸³ qu'une hospitalisation d'office classique¹⁸⁸⁴. Pourtant, le prononcé d'une telle mesure médicale par une juridiction avait été écartée par les rédacteurs du nouveau code pénal¹⁸⁸⁵, « de peur que le placement ne soit improvisé et qu'il ne soit ressenti comme une forme déguisée de

1880 Voir *supra*.

1881 Mais également le tribunal correctionnel ou la cour d'assise dans le cas où l'irresponsabilité pénale est constatée, non pas au stade de l'instruction, mais à celui du jugement. Voir article 706-135 CPP.

1882 S'il y a eu renvoi devant une juridiction de jugement (dans la deuxième situation visée), cette dernière peut aussi prononcer une hospitalisation d'office. Dans les deux situations, l'hospitalisation d'office peut être ordonnée s'il est établi, par une expertise psychiatrique figurant au dossier, que les troubles de l'intéressé nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent gravement atteinte à l'ordre public (article 706-135 CPP).

1883 Le code de procédure pénale fait référence à l'article L. 3213-1 du code de la santé publique relatif au régime des hospitalisations d'office sur arrêté préfectoral (devenues admissions en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'État avec la loi n°2011-803 du 5 juillet 2011). Pour les conditions de main levée voir *supra* (note 286).

1884 Laquelle doit être prononcée par le préfet, sur l'avis de deux certificats médicaux dont un doit être délivré par un praticien de l'hôpital.

1885 Les parlementaires avaient songé un instant à une décision de relaxe ou d'acquittement assortie d'un placement en milieu psychiatrique par le tribunal lui-même, prenant acte des considérations positivistes selon lesquelles les délinquants malades mentaux renferment une dangerosité importante. Voir Jacques-Henri Robert sur ce point, J.-H. ROBERT, *op.cit.*, p. 292.

condamnation »¹⁸⁸⁶. En effet, l'irresponsabilité pénale induisant une inaccessibilité à la sanction pénale, il apparaissait logique, à cette époque, de conférer le pouvoir d'hospitalisation à une autorité autre que celle judiciaire, et précisément à celle qui est naturellement compétente en la matière hors les cas infractionnels. Avant même la rédaction du projet du nouveau code pénal, la loi du 27 juin 1990 prévoyait qu'à l'issue d'une relaxe ou d'un acquittement pour défaut de discernement, les autorités judiciaires devaient signaler l'individu concerné au préfet afin que ce dernier puisse décider, en cas de compromission de « *l'ordre public ou de la sûreté des personnes* », d'une hospitalisation d'office¹⁸⁸⁷. Le transfert en 2008 de la compétence de placement en hôpital psychiatrique du préfet, autorité administrative, au juge, autorité judiciaire¹⁸⁸⁸, modifie grandement la perception de cette mesure¹⁸⁸⁹.

897.- Alors qu'elle constituait avant 2008 une décision relevant de la compétence des préfets comme toute autre hospitalisation d'office, reliant ainsi les délinquants malades mentaux aux autres malades mentaux¹⁸⁹⁰, la loi de 2008 les reclasse dans la catégorie des délinquants à l'encontre desquels seule l'autorité judiciaire peut prononcer une mesure.

898.- De surcroît, ce transfert du lieu de prise de décision déplace la finalité même de la mesure du soin à la sanction¹⁸⁹¹. En effet, dès lors que ce placement en milieu

1886J.-H. ROBERT, *op.cit.*, p. 292.

1887Article L. 3213-7 code de la santé publique, dans sa rédaction issue de la loi du 27 juin 1990 (donc situation antérieure à la loi du 25 février 2008).

1888Sur ce point, voir not. « Prison et troubles mentaux : Comment remédier aux dérives du système français », Rapport d'infraction n°434 (2009-2010) de Gilbert Barbier, Christiane Demontès, Jean-René Lecerf et Jean-Pierre Michel, fait au nom de la commission des lois et de la commission des affaires sociales, déposé le 5 mai 2010, p. 17s.

1889*Contr.* : Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, qui estiment que ces nouvelles dispositions ont « pour but de simplifier la procédure » et qui rappelle que le juge d'instruction, quant à lui, ne peut prononcer une hospitalisation d'office, la loi de 2008 n'ayant prévu la possibilité de prononcer judiciairement cette mesure que pour la chambre d'instruction, le tribunal correctionnel et la cour d'appel. F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op.cit.*, pp. 617-618, n°643-1.

1890La décision d'internement prise par l'autorité administrative en la personne du préfet était donc juridiquement indépendante de la décision d'irresponsabilité pénale prise par l'autorité judiciaire et les conditions étaient les mêmes s'agissant des auteurs d'infractions pénalement irresponsables que celles régissant les hospitalisations des malades mentaux n'ayant pas commis d'infraction. Voir F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op.cit.*, p. 617, n°643. Cependant, comme le soulèvent les auteurs, les conditions de mainlevée de l'hospitalisation (article L. 3213-8 CSP exigeant les décisions conformes de deux psychiatres extérieurs à l'établissement et choisis par le préfet sur liste du procureur de la République) sont identiques à celles de l'hospitalisation d'office prononcée par le préfet. Voir Rapport d'information précité, p. 19.

1891En effet, bien que les conditions de fond et les effets de la décision d'hospitalisation (notamment concernant la levée de l'hospitalisation qui n'est pas pour autant dépendante du juge répressif) par les autorités judiciaires demeurent identiques à celle prise auparavant par le préfet, le transfert de compétence apporte une modification

hospitalier est ordonné par les tribunaux répressifs, il peut être analysé en sanction quand il semblait auparavant compris uniquement comme une mesure sanitaire, curative et de protection de la société. Le principe de précaution, qui a d'ailleurs été invoqué à l'appui de la loi du 25 février 2008¹⁸⁹², fait fi de l'imputabilité (en tout cas subjective) et de la capacité pénale. Comme il le fait vis-à-vis des mineurs délinquants¹⁸⁹³, il engendre, dans la situation des auteurs malades mentaux, un primat de l'imputabilité matérielle sur l'imputabilité morale.

3) Les mesures de sûreté applicables aux personnes déclarées pénalement irresponsables

899.- Enfin, également depuis la loi de février 2008, la chambre de l'instruction ou les juridictions de jugement déclarant, dans les conditions sus-évoquées, l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, peuvent prononcer, à l'égard de l'individu concerné, des mesures de sûreté. Ces mesures de sûreté, qui correspondent pour la plupart à des interdictions¹⁸⁹⁴ (que l'on retrouve par ailleurs au titre des peines complémentaires pour ceux dont la responsabilité pénale peut être engagée¹⁸⁹⁵), peuvent s'appliquer pour une durée maximale de 10 ans en matière correctionnelle, et de 20 ans en matière criminelle. Leur violation constitue un délit sanctionné d'une peine d'emprisonnement et de 30 000 d'amende¹⁸⁹⁶. Et il est possible également de prévoir que de telles mesures de sûreté soient appliquées après une hospitalisation d'office.

900.- S'agissant de la nature de ces mesures de sûreté, deux arrêts ont été rendus par la chambre criminelle de la Cour de cassation qui avait à se prononcer sur l'application dans le temps des nouvelles dispositions issues de la loi du 25 février 2008 applicables aux personnes pénalement irresponsables en raison d'un trouble mental. En janvier

substantielle quant à la nature même de cette décision, autrefois administrative, aujourd'hui judiciaire. Sur l'identité des conditions de fond et des effets de la décision, voir F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *op.cit.*, pp. 618-619, n°644.

1892Selon Rachida Dati, alors garde des Sceaux, et à l'origine du projet de cette loi, le principe de précaution doit s'appliquer aux victimes. Voir *supra*.

1893Voir *supra*.

1894Par exemple : interdiction d'entrer en relation avec la victime ou d'autres personnes, notamment des mineurs, interdiction de paraître dans un lieu, interdiction de détenir ou porter une arme, interdiction d'exercer une activité professionnelle ou bénévole ou une activité impliquant un contact avec des mineurs, suspension du permis de conduire, annulation du permis de conduire avec interdiction d'en demander un autre. Voir article 706-136 CPP.

1895Soulignons que cette même remarque avait été émise à propos des sanctions éducatives applicables depuis 2002 aux mineurs. Voir *supra*.

1896Article 706-139 CPP. Alors, il faudra, en toute logique, que l'individu soit pénalement responsable au moment où il a violé ses obligations.

2009¹⁸⁹⁷, la Cour de cassation assimile ces mesures de sûreté à des peines et refuse donc leur application immédiate à des faits qui ont été commis antérieurement à l'entrée en vigueur de ladite loi. Mais à peine quelques mois plus tard, en décembre 2009¹⁸⁹⁸, elle opère un revirement en affirmant que ces mesures de sûreté, tout comme les nouvelles dispositions procédurales permettant la saisine de la chambre de l'instruction, sont d'application immédiate, rappelant que le principe de non-rétroactivité de la loi pénale ne s'applique qu'aux peines. Il faut préciser que le code de procédure pénale qualifiait déjà ces mesures de « mesures de sûreté » dans l'article instauré par la loi du 25 février 2008¹⁸⁹⁹ et que l'arrêt de décembre 2009 n'entre pas en contradiction avec la jurisprudence constitutionnelle en la matière¹⁹⁰⁰. En effet, comme nous le verrons *infra*, le Conseil constitutionnel estime que le principe de non-rétroactivité ne concerne que les peines¹⁹⁰¹ et a validé de la sorte l'application immédiate de la surveillance de sûreté¹⁹⁰².

901.- Pourtant, il est significatif que, dans sa décision du 21 février 2008¹⁹⁰³, le Conseil constitutionnel ait affirmé que la décision de déclaration d'irresponsabilité pénale ne devait pas figurer systématiquement au casier judiciaire, dans la mesure où elle ne revêt pas le caractère de sanction, mais que cette inscription est possible dès lors que des mesures de sûreté ont été prononcées. Ce qui revient à considérer que ces mesures de sûreté introduites par la loi du 25 février 2008 applicables aux personnes pénalement irresponsables s'analysent en sanctions¹⁹⁰⁴!

902.- La loi du 25 février 2008 consacre donc la possibilité de prononcer judiciairement des mesures de sûreté alors même que ces mesures pourraient être considérées comme des peines et que les personnes susceptibles d'en faire l'objet sont pénalement

1897Cass. crim., 21 janvier 2009, *Droit pénal* 2009, n°5, Études, F. ROUSSEAU.

1898Cass. Crim., 16 décembre 2003, *Dalloz* 2010.471, note J. PRADEL ; *Dalloz* 2010.144, note M. LÉNA ; *RSC* 2010.129, obs. E. FORTIS.

1899Article 706-136 CPP (dans un chapitre intitulé « Mesures de sûreté pouvant être ordonnées en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental »).

1900Voir *supra*.

1901Décision constitutionnelle de 2005 relative au PSEM, précitée. D'après cette décision, le PSEM étant considéré comme ayant uniquement une finalité préventive, il ne doit pas obéir au principe de non-rétroactivité de la loi pénale, lequel ne doit s'appliquer qu'aux sanctions punitives. Voir *infra* sur ce point.

1902Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *op.cit.* En revanche, la rétention de sûreté ne peut être rétroactive eu égard à son caractère privatif de liberté et à sa durée potentiellement indéfinie. Voir *infra*.

1903Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *op.cit.*. Voir. F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC sur ce point, *op.cit.*, p.615, n°640.

1904Voir chapitre 2 sur les peines et les mesures de sûreté et sur les modifications de l'économie de la sanction pénale sous l'influence du principe de précaution.

irresponsables. Il appert de ces nouvelles dispositions qu'il existe désormais des mesures pénales, prononcées par un juge répressif, dans une situation de non-imputabilité¹⁹⁰⁵.

903.- La loi du 15 août 2014 n'a pas supprimé ces dispositions contestables. En revanche, elle a apporté quelques modifications. D'abord, elle prévoit une nouvelle mesure de sûreté applicable, après peine, aux personnes dont le discernement n'a été qu'altéré¹⁹⁰⁶, visées par l'alinéa 2 de l'article 122-1 du code pénal¹⁹⁰⁷ et modifie donc le titre du chapitre relatif à ces mesures de sûreté en y incluant ces personnes¹⁹⁰⁸. En effet, ces dernières peuvent désormais faire l'objet d'une mesure de sûreté consistant en une obligation de soin dont la durée ne peut excéder cinq ans en matière correctionnelle et dix ans en matière criminelle. Ensuite, la loi du 15 août 2014 semble vouloir clarifier la nature de ces mesures de sûreté en remplaçant l'usage du terme « interdictions » à leur égard par celui de « mesures »¹⁹⁰⁹ dans l'article 706-137 relatif à la demande de levée ou de modification d'une telle mesure de sûreté¹⁹¹⁰.

904.- Ces tendances en matière de délinquance juvénile et d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental rendent compte, par ailleurs, d'une inévitable extension de la faute où le caractère intentionnel n'est pas avéré.

C. L'EXTENSION DE LA FAUTE NON INTENTIONNELLE

905.- En droit pénal, le principe est celui de la responsabilité pour faute intentionnelle. En effet, l'article 121-3 du code pénal qui distingue les différents types de

1905Psychologique.

1906Ce qui rétablit une certaine logique. En effet, pourquoi appliquer des mesures de sûreté à ceux déclarés pénalement irresponsables pour cause de trouble mental mais pas à ceux dont la responsabilité pénale demeure malgré leur trouble mental ?

1907Voir *supra* sur ce point.

1908Ce chapitre III du titre XXVIII du livre IV du code de procédure pénale s'intitule désormais « Mesures de sûreté pouvant être ordonnées en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental ou en cas de reconnaissance d'altération du discernement » (article 17 de la loi du 15 août 2014).

1909Sur la nature de ces mesures, voir *infra* (Partie 2, Titre 2, Chapitre 1).

1910L'article 706-137 dispose que « *La personne qui fait l'objet d'une interdiction [remplacée par la loi du 15 août 2015 par le terme « mesure »] prononcée en application de l'article 706-136 peut demander au juge des libertés et de la détention du lieu de la situation de l'établissement hospitalier ou de son domicile d'ordonner sa modification ou sa levée. Celui-ci statue en chambre du conseil sur les conclusions du ministère public, le demandeur ou son avocat entendus ou dûment convoqués. Il peut solliciter l'avis préalable de la victime. La levée de la mesure ne peut être décidée qu'au vu du résultat d'une expertise psychiatrique. En cas de rejet de la demande, aucune demande ne peut être déposée avant l'expiration d'un délai de six mois* ».

fautes pénales, énonce clairement qu' « *Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* »¹⁹¹¹. Ce principe d'intentionnalité, qui a valeur constitutionnelle¹⁹¹², avait été soulevé, à l'occasion des débats sur la proposition de réforme de la délinquance d'imprudance¹⁹¹³, au soutien du rejet de l'extension du champ d'application du délit de mise en danger délibérée d'autrui.

906.- L'article 121-3 CP poursuit que, toutefois, même sans intention, la responsabilité pénale peut être engagée dans certains cas. Il distingue alors la mise en danger délibérée d'autrui, que nous avons étudiée¹⁹¹⁴(alinéa 2) ; les fautes d'imprudance simples susceptibles d'engager la responsabilité pénale des auteurs directs (alinéa 3) ; les fautes qualifiées (soit délibérées, soit caractérisées) devant être démontrées à la charge des auteurs indirects pour engager leur responsabilité pénale (alinéa 4). Ce quatrième alinéa a été introduit par la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 dite loi Fauchon.

907.- L'élément moral présent dans toute infraction ne nécessite donc pas, en toute situation, la démonstration d'une intention. La constitution d'une infraction non intentionnelle exige, en revanche, la démonstration d'un lien de causalité certain entre la faute de l'agent et le dommage causé. Ce lien peut être direct ou indirect, et lorsqu'il est indirect, la démonstration de la faute est donc renforcée (depuis 2000), dans la mesure où cette faute ne peut être que délibérée ou caractérisée.

908.- Les définitions de ces degrés de fautes non intentionnelles rappellent l'attitude du principe de précaution. L'alinéa 3 relatif à la faute simple, en cas de causalité directe, évoque une « *faute d'imprudance, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* ». Le lien entre la prudence et la précaution a déjà été soulevé en introduction¹⁹¹⁵ et la faute simple d'imprudance semble correspondre soit au défaut de précaution, défini comme la non adoption d'une attitude de

1911 Voir sur ce point, Y. MAYAUD, « De l'article 121-3 du code pénal à la théorie de la culpabilité en matière criminelle et délictuelle », *Dalloz* 1997, p. 37.

1912 Dans sa décision relative à la loi du 18 mars 2003 et au délit de mendicité alors institué, qui, selon les auteurs de la saisine était inconstitutionnel car ne comprenait pas d'élément moral, le Conseil constitutionnel a évoqué « le principe général du droit pénal énoncé à l'article 121-3 du code pénal qui précise qu'il n'y a point de délit sans intention de le commettre ». Décision n° 2003-467 du 13 mars 2003, *Rec.* p. 211, cons. 77.

1913 Voir *infra*.

1914 Voir *supra*.

1915 Voir *supra*, Introduction.

précaution, laquelle aurait pu éviter le dommage, soit à la violation d'une obligation de sécurité ou de prudence, relevant au moins implicitement d'une attitude précautionneuse prescrite par la loi. La faute simple, définie par Yves Mayaud, comme « une défaillance [...] qui échappe à son auteur »¹⁹¹⁶ pourrait, en effet, être constituée par la non prise en compte d'un risque hypothétique. Mais comme le soulève Damien Roets, la question est alors « de savoir s'il est ou non possible pour une personne d'accomplir « les diligences normales » [visées par l'article 121-3 alinéa 3] aux fins d'éviter la possible réalisation d'un risque grave mais incertain »¹⁹¹⁷. Selon l'auteur, il serait préférable que la règle de prudence, de précaution, soit consacrée par la loi et que, même en cas de causalité directe, soit exigée une faute délibérée ou une faute caractérisée.

909.- L'alinéa 4 applicable aux auteurs indirects définit, quant à lui, la faute délibérée comme la « violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement » (il s'agit d'une reprise des termes définissant la mise en danger délibérée de la personne d'autrui¹⁹¹⁸), et rattache la faute caractérisée à l'exposition d'autrui à un risque d'une particulière gravité que l'auteur ne pouvait ignorer. Ces deux types de fautes concernant uniquement l'auteur indirect sont également proches du défaut de précaution. Elles définissent une attitude qui ne respecterait pas la philosophie du principe de précaution. En effet, en commettant une faute, que celle-ci soit délibérée ou caractérisée, l'auteur indirect a manifestement manqué à une attitude de précaution, prescrite par la loi/le règlement ou seulement de bon sens, et a, en conséquence, « créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage » (alinéa 4). En tout état de cause, il est considéré, de manière implicite, que si l'auteur avait adopté une attitude de précaution, le dommage aurait pu être évité. Il s'agit alors de sanctionner le non-respect du principe de précaution, en tant que standard, ou encore une « indifférence coupable sur le plan social »¹⁹¹⁹. Le principe de précaution, au-delà de sa consécration constitutionnelle, définit bien « l'attitude que doit observer toute personne qui prend une décision concernant une activité dont on peut raisonnablement supposer qu'elle comporte un danger grave pour la santé ou la sécurité [...] »¹⁹²⁰. Damien Roets estime que « le défaut de précaution constitutif

1916Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 2004, n°214.

1917D. ROETS, « Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », *RSC* 2007, p. 251, ici, p. 255.

1918Voir *supra*.

1919Y. MAYAUD, « Violences involontaires et responsabilité pénale », *Dalloz* 2003, n°01-02.

1920« [...] des générations actuelles ou futures, ou pour l'environnement ». PH. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution*, Rapport au Premier ministre, éd. O. Jacob/Documentation Française, 2000, *op.cit.*, p. 215.

d'une faute délibérée ou d'une faute caractérisée pourrait être sanctionné sur le fondement de cette disposition [article 121-3 al. 4], et cela sans qu'il soit nécessaire de modifier la loi »¹⁹²¹.

910.- Ces dispositions relatives à la faute non intentionnelle pourraient donc s'appliquer pour le non respect du principe de précaution posé par la Charte de l'environnement. Plus précisément, la faute délibérée pourrait être constituée si des mesures de précaution ont déjà été prises (par une loi spéciale ou un règlement) et que l'auteur ne les a pas appliquées, tandis que la faute caractérisée aurait vocation à s'appliquer lorsque le principe de précaution n'a pas encore été mis en œuvre mais que l'auteur, dans le cas où il existe des controverses scientifiques sur le risque concerné, s'est tout de même livré à une activité exposant autrui à un risque grave. Si le principe de légalité pénale et son corollaire, celui de l'interprétation stricte de la loi pénale, forment « un rempart naturel contre l'effet direct »¹⁹²² du principe de précaution en droit pénal, force est de constater que ce principe peut tout de même s'immiscer dans l'interstice laissé par les fautes non intentionnelles. Notamment, la faute caractérisée serait la plus pertinente pour sanctionner un manquement au principe de précaution, car elle pourrait être mise en jeu avant même que des mesures de précaution aient été décidées. Et l'on peut constater que la faute caractérisée, plus facile à démontrer, est souvent relevée lorsqu'une faute délibérée ne peut être établie. D'ailleurs, il semblerait que la jurisprudence, en l'absence de dispositions réglementaires ou légales applicables susceptibles de faire l'objet d'une faute délibérée, se rabat, en quelque sorte, sur la faute caractérisée¹⁹²³, dont la définition est moins contraignante. Plus encore, il arrive que la jurisprudence utilise des dispositions pourtant inapplicables en l'espèce pour établir une faute caractérisée : en 2005, par exemple, la Cour de cassation a confirmé l'arrêt d'une cour d'appel, qui avait écarté la faute délibérée au motif que les dispositions de sécurité invoquées n'étaient pas applicables à la personne poursuivie mais avait retenu ces mêmes dispositions dans sa démonstration d'une faute caractérisée¹⁹²⁴ ! Dès lors, on peut envisager que le fait que les exigences de précaution ne revêtent pas la forme de loi ou de règlement prévue par l'article

1921D. ROETS, *op.cit.*, p. 256.

1922Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *op.cit.*, p. 168.

1923F. DESPORTES et F. LE GUENEHEC, *op.cit.*, p. 456, n°498-4 ; Cass. crim., 15 octobre 2002, *Bull. crim.* n°186, *RSC* 2003, p. 96, obs. MAYAUD ; Cass. crim., 4 octobre 2005, *Bull. crim.* N°251, *Droit pénal* 2006, Comm. 2.

1924*Ibidem*. Dans cette décision, la cour de cassation confirme un arrêt qui retient que si l'intéressé « ne peut se voir reprocher d'avoir délibérément violé l'obligation de sécurité et de prudence [(obligation de disposer, pour toute sortie sur plan d'eau, d'un enseignant qualifié au moins par groupe de dix dériveurs légers)] que le règlement visé à la prévention ne mettait à la charge que des centres et écoles de voile, il a, en exerçant seul, avec l'assistance d'une collègue non qualifiée, une surveillance insuffisante d'un groupe de vingt et un enfants [...] commis une faute caractérisée ».

121-3 alinéa 4 n'empêche pas d'établir une faute caractérisée résultant d'un défaut de précaution.

911.- En définitive, la faute pénale non intentionnelle, dont Xavier Pin constate l'« hypertrophie » actuelle¹⁹²⁵, permettrait une application rétrospective du principe de précaution. En effet, alors que le principe de précaution vise l'évitement des dommages avant même que leur existence soit confirmée, le droit pénal sanctionne les fautes non intentionnelles une fois que le dommage s'est produit¹⁹²⁶ (à l'exception de la mise en danger délibérée d'autrui, qui pour cette raison, notamment, ne doit pas être classée dans les infractions non intentionnelles). Ainsi, la sanction du principe de précaution par la démonstration d'une faute non intentionnelle ne pourrait intervenir qu'après la réalisation effective du dommage, ce qui revient à une application *a posteriori* d'un principe par essence « apriorique »¹⁹²⁷.

912.- En outre, sans qu'il soit effectivement mentionné par la loi, le principe de précaution peut guider les juges dans leur appréciation de la faute non intentionnelle, en tant que prescription d'une attitude applicable à tout domaine. Une décision du tribunal correctionnel de Marseille de décembre 2012 semble provenir d'une telle application « en coulisse » du principe de précaution¹⁹²⁸. Dans cette affaire, Joël Gaillard, un patient depuis plusieurs années du psychiatre Danièle Canarelli, avait assassiné Germain Trabuc, le compagnon de sa grand-mère. Les faits, qui ont, par ailleurs, été largement couverts par les médias, se sont déroulés alors que Joël Gaillard se trouvait en congés d'essai suite à une hospitalisation d'office, et que Danièle Canarelli venait de lui apprendre qu'elle souhaitait le réintégrer dans l'hôpital (en raison d'une blessure de la main apparue dans des conditions obscures). Une ordonnance de non-lieu a été rendue par le juge d'instruction déclarant ainsi Joël Gaillard pénalement irresponsable¹⁹²⁹. Le fils de Germain Trabuc a porté plainte pour

1925X. PIN, « La notion de faute en droit pénal (121-3=0?) », in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI, *Droit pénal : le temps des réformes*, Litec, Lexis-Nexis, Débats et colloques, n°32 2010, pp. 95-110, et particulièrement, p. 105.

1926Ce constat fait écrire à Mathilde Boutonnet, auteure d'une thèse sur le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, que « le délit d'imprudence s'avère réfractaire au principe de précaution » parce que « cette infraction s'applique en cas de réalisation du dommage et s'oppose donc au sens préventif du principe de précaution ». M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, 2005, n°35.

1927C'est la raison pour laquelle certains auteurs n'envisagent pas d'effet du principe de précaution sur la responsabilité pénale lorsqu'un dommage s'est réalisé. Voir en ce sens M. BOUTONNET, *op.cit.*(note 312).

1928Voir commentaire de cette décision en Annexes (annexe n°3).

1929NB : Cette ordonnance de non-lieu a été rendue en 2005 (à partir de 2008, ce type d'ordonnance devient l'ordonnance de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, voir *supra*).

homicide involontaire avec constitution de partie civile à l'encontre de Danièle Canarelli et d'autres personnes. Seule Danièle Canarelli a été mise en examen au cours de l'instruction. Le tribunal correctionnel de Marseille rendra un jugement le 18 décembre 2012, dans lequel il condamnera Danièle Canarelli à un an d'emprisonnement pour homicide involontaire, retenant une faute caractérisée du médecin qui, selon les juges du fond, a commis une erreur de diagnostic¹⁹³⁰ et n'a pas pris les mesures nécessaires à la réintégration du patient dans l'hôpital alors qu'elle avait décidé de mettre fin à son congés d'essai. On peut analyser cette décision comme étant souterrainement, implicitement, influencée par le principe de précaution. Finalement, il est reproché à Danièle Canarelli, outre son erreur de diagnostic¹⁹³¹, l'absence de mesures de précaution prises à l'encontre de Joël Gaillard afin qu'il soit effectivement ré-hospitalisé, et alors même qu'aucune réglementation de sécurité ne prévoit l'obligation de prendre de telles mesures¹⁹³². Aussi, Danièle Canarelli semble avoir été sanctionnée pour ne pas avoir adopté l'attitude correcte, c'est-à-dire celle guidée par le principe de précaution.

913.- De surcroît, cette condamnation de Danièle Canarelli illustre encore une application insidieuse du principe de précaution lorsqu'elle admet comme étant certain un lien de causalité aussi distendu que celui qui unit les faits d'un psychiatre à ceux de son patient en dehors de l'établissement hospitalier. Sous l'influence du principe de précaution, le lien de causalité perd de sa certitude et une application rétrospective du principe de précaution permet d'affirmer que le lien est certain, tandis qu'il était tout à fait incertain au moment où les faits « risqués » ont été réalisés. La certitude du lien de causalité est relâchée et la tentation d'élargir à l'infini le cercle des responsabilités est évidente¹⁹³³.

914.- De plus, la reconnaissance de la culpabilité de Danièle Canarelli dans la mort de Germain Trabuc, causée par Joël Gaillard, revêt, en quelque sorte, une forme

1930 Danièle Canarelli considérait Joël Gaillard comme exempt de troubles du comportement tandis que plusieurs experts ayant eu à l'examiner ont constaté chez ce patient les symptômes d'une schizophrénie.

1931 Alors que la jurisprudence refusait de condamner un psychiatre sur ce motif. En matière de responsabilité civile : voir par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 2009, Époux X – Pourvoi n° 08-15.560. La chambre civile rappelle que selon la jurisprudence constante, l'erreur de diagnostic d'un médecin ne devient fautive que si elle révèle une insuffisance de moyens mis en œuvre ou une grave méconnaissance des préceptes de l'art.

1932 A seulement été évoquée, par le Directeur des ressources humaines entendu, la possibilité, en cas de crise, de faire appel à deux personnels se trouvant, à tout moment, dans une cellule d'urgence.

1933 En effet, d'autres personnes pourraient être, en l'espèce, unies au fait criminel commis par Joël Gaillard par un lien de causalité indirect : la famille de Joël Gaillard, le directeur de l'hôpital etc. Toutefois, le juge d'instruction a restreint le champ de la plainte initiale à la seule mise en examen de Danièle Canarelli.

déguisée de responsabilité du fait d'autrui¹⁹³⁴ proscrite en droit pénal en vertu du principe de personnalité - ou de responsabilité individuelle - issu de l'article 121-1 CP et possédant une valeur constitutionnelle¹⁹³⁵. Une telle application rétrospective du principe de précaution permet la désignation, salutaire pour les victimes et l'opinion publique, d'un responsable¹⁹³⁶.

915.- Avec la même application sous-jacente du principe de précaution, la cour d'appel de Grenoble a ordonné, par un arrêt du 6 novembre 2013, la mise en examen de trois médecins et d'un hôpital psychiatrique pour homicide involontaire, à propos d'un meurtre commis par un patient schizophrène¹⁹³⁷. Le patient, Jean-Pierre Guillaud, était hospitalisé sous contrainte à l'hôpital psychiatrique de Saint-Egrève en Isère. En 1995 et en 2006, il avait été déclaré pénalement irresponsables pour des faits d'agression¹⁹³⁸. Le 21 juillet 2008, il a bénéficié d'une sortie d'essai¹⁹³⁹. Le 12 novembre 2008, alors qu'il quitte l'établissement, cette fois sans autorisation de sortie, Jean-Pierre Guillaud poignarde, dans le centre ville de Grenoble, Luc Meunier, qui décède de sa blessure. Il est à nouveau déclaré pénalement irresponsable par une ordonnance datant de 2011. La famille Meunier porte alors plainte avec constitution de partie civile pour homicide involontaire contre X¹⁹⁴⁰ et le juge d'instruction prononce un non-lieu le 9 avril 2013¹⁹⁴¹. Elle forme appel de cette décision, que la cour d'appel de Grenoble infirmera dans l'arrêt du 6 novembre 2013, ordonnant ainsi la mise en examen des docteurs Bigoshi, Cornier et Gujadrh (médecin et psychiatres en charge de Jean-Pierre Guillaud) et du centre hospitalier de Saint-Egrève. Cette décision est motivée par un « défaut d'appréciation de la dangerosité » de l'auteur des faits et un « dispositif de sécurité [de l'hôpital] manifestement défectueux ». Les médecins n'auraient « pas su prendre en compte à leur juste mesure les antécédents et les signes précurseurs du passage à l'acte de Jean-Pierre Guillaud, qui auraient dû leur faire considérer ce malade comme potentiellement

1934 Il nous semble significatif que l'examen de la culpabilité de Danièle Canarelli soit intervenue après que Joël Gaillard ait été déclaré pénalement irresponsable. Nous pouvons légitimement nous demander si Danièle Canarelli aurait été reconnue coupable si Joël Gaillard avait été pénalement condamné.

1935 Décision n°99-411 DC du 16 juin 1999, *Rec. p. 77* cons. 9. Voir J.-H. ROBERT, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil*, n°26, *op.cit* ; V. MALABAT « Responsabilité et irresponsabilité pénale », *Cahiers du Conseil*, n° 26, août 2009.

1936 Sur la responsabilisation à tous les niveaux dans une politique criminelle précautionniste, voir *supra* (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2).

1937 « Grenoble : trois médecins et un hôpital mis en examen pour homicide involontaire », *Le Monde*, 15 novembre 2013 « Meurtrier schizophrène : trois mises en examen », *Le Figaro*, 15 novembre 2013.

1938 « Émotion après la mort d'un étudiant tué par un malade mental », *Le Parisien*, 14 novembre 2008.

1939 « Les médecins mis en cause après le crime d'un dément », *Le Figaro*, 24 octobre 2009. Jean-Pierre Guillaud avait obtenu l'autorisation de sortie une fois par semaine, puis deux fois par semaine. « Émotion après la mort d'un étudiant tué par un malade mental », *Le Parisien*, 14 novembre 2008.

1940 « La famille de l'étudiant poignardé à Grenoble porte plainte contre X », *Le Monde*, 27 novembre 2008.

1941 S. DURAND-SOUFFLAND, « Ces malades mentaux qui embarrassent la justice », *Le Figaro*, 2 décembre 2009.

dangereux et les amener à mieux encadrer ses permissions de sortie »¹⁹⁴² et l'hôpital n'aurait pas pris « les mesures nécessaires à la prévention des fugues de patients manifestement dangereux »¹⁹⁴³. Tout comme le jugement du tribunal correctionnel de Marseille précité, cette quadruple mise en examen procède d'une application rétrospective du principe de précaution¹⁹⁴⁴.

916.- Pour conclure, le principe de précaution apparaît, comme le relève Mireille Delmas-Marty, comme « principe d'action » et « principe d'imputation, qui commande l'attribution d'un nouveau type de responsabilité »¹⁹⁴⁵. Avec « l'ambition de faire entrer l'évaluation des degrés d'incertitude dans le champ juridique »¹⁹⁴⁶, le principe de précaution privilégie une logique d'imputation matérielle à celle d'imputabilité subjective. En se rattachant, en quelque sorte, à ce qui reste de certain (le lien matériel¹⁹⁴⁷ unissant faits et auteurs), le principe de précaution pense résoudre les situations les plus incertaines (du point de vue notamment de l'imputabilité psychologique).

CONCLUSION

917.- Bien que l'application du principe de précaution à la matière pénale renferme l'objectif honorable de protéger la société, elle emporte des conséquences nuisibles au droit pénal tant elle déconstruit des concepts clés, qui dans leur définition, garantissaient un juste équilibre entre droits de l'accusé et efficacité de la répression. En particulier, les concepts d'infraction et de responsabilité sont déstabilisés par l'influence du principe de précaution. Dans la rationalité pénale moderne d'essence légaliste, l'infraction comporte trois éléments, l'élément légal, l'élément matériel et l'élément moral. Et l'appréhension de ces trois

1942Un rapport de l'Inspection générale des affaires sociales, remis en février 2009, avait d'ailleurs mis en avant un défaut de vigilance de la part des médecins et de l'hôpital. « Schizophrène meurtrier à Grenoble : l'équipe médicale mise en cause », *Le Nouvel Observateur*, 23 octobre 2009 ; « Les médecins mis en cause après le crime d'un dément », *Le Figaro*, 24 octobre 2009.

1943« Grenoble – Schizophrène meurtrier : la justice ordonne la mise en examen de trois médecins et d'un hôpital psychiatrique », *AFP*, 15 novembre 2013.

1944Voir *supra*.

1945M. DELMAS-MARTY, *Cours et travaux du Collège de France. Annuaire 108^{ème} année*, Collège de France, Paris, décembre 2008, *op.cit.*, pp. 521-546.

1946*Idem*.

1947Parfois très distendu comme nous venons de le souligner.

éléments, comme des relations qu'ils entretiennent entre eux, est largement modifiée dans la rationalité pénale de précaution.

918.- En effet, le principe de précaution invitant à l'action et à la prise de mesures indépendamment de la commission effective d'une infraction s'emboîte mal dans l'architecture du droit pénal moderne qui est entièrement fondé sur ce préalable. Les mutations que connaissent les éléments constitutifs de l'infraction sous la pression du principe de précaution sont multiples. D'abord, l'élément légal qui doit, dans la rationalité moderne légaliste, répondre à des exigences de clarté et de précision, est mis à mal dans une rationalité de précaution qui entend devancer le danger en cas d'incertitude¹⁹⁴⁸. Ensuite, l'élément matériel, qui dans la rationalité moderne légaliste est généralement envisagé en fonction d'un comportement et de son résultat, se transforme en un élément matériel définissant essentiellement le comportement et les risques qu'il comporte sans définir exactement le résultat redouté, en l'absence de certitude sur celui-ci. Dans cette optique, est créée une nouvelle catégorie d'infraction, des **infractions de précaution** qui, tels que l'incrimination de l'occupation illicite des halls d'immeuble ou celle de la dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestation sur la voie publique, ne font pas référence à un risque identifié et prennent en considération l'incertitude relative à l'existence, à la nature, à la portée et aux causes du risque. En outre, dans la rationalité pénale de précaution, l'élément matériel est surreprésenté par une focalisation sur l'acte porteur de danger induite par une politique criminelle de l'acte. Enfin, l'élément moral subit de profonds changements sous l'influence du principe de précaution. L'intentionnalité qui caractérise l'élément moral se trouve, dans certaines situations, remplacée par la dangerosité, qui est incompatible avec la notion de culpabilité sous-jacente en droit pénal moderne. En effet, la dangerosité est un état quand la culpabilité suppose une faute de l'auteur. Surtout, dans la rationalité pénale de précaution, l'imputabilité, composante essentielle de l'élément moral dans la rationalité moderne, est diluée. Dans le principe de précaution tel que défini par la Charte de l'Environnement de 2005, cette notion est absente, les mesures devant être prises en fonction d'une seule imputation matérielle, l'imputabilité subjective, comprise comme la capacité de comprendre et de vouloir ses actes, étant indifférente. De même en droit pénal soumis à l'influence du principe de précaution, la nécessité d'une imputabilité subjective s'efface au profit de l'imputation matérielle ou imputabilité objective. Ce mouvement s'illustre particulièrement dans le traitement des mineurs délinquants et des personnes atteintes de troubles mentaux,
1948 Voir *infra* sur le principe de légalité.

ainsi que dans la tendance à l'extension de la faute pénale non intentionnelle au service d'une application rétrospective du principe de précaution. S'agissant du traitement des mineurs, la loi du 15 août 2014 a restauré partiellement sa spécificité mais il continue d'être révélateur de la focalisation sur l'imputation objective.

919.- Finalement, d'un côté, en droit pénal, l'infraction, qu'elle soit intentionnelle ou non, est constituée par l'association d'un élément matériel et d'un élément moral. L'élément matériel est composé d'un acte provoquant souvent un résultat et concrétisant la pensée criminelle de l'auteur. L'élément moral, quant à lui, se dédouble en l'imputabilité, qui doit être comprise comme l'imputabilité morale liée au discernement, et en la culpabilité, qui peut être rapprochée de l'imputation matérielle et qui consiste en un lien unissant l'auteur à son acte.

920.- Et de l'autre côté, selon la Charte de l'Environnement de 2005, qui a intégré le principe de précaution dans la Constitution, « *Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* » (article 5). L'article L. 110-1 1° du code de l'environnement précise que le principe de précaution est le principe « *selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable* ». L'on constate d'emblée que l'attitude, qui ne respecterait pas ce principe de précaution, n'est soumise ni à la démonstration d'un élément matériel ni à celle d'un élément moral, tels que ceux exigés pour la constitution d'une infraction.

921.- Par conséquent, lorsqu'ils sont soumis à l'influence du principe de précaution, les éléments constitutifs de l'infraction ne peuvent qu'être modulés, jusqu'à parfois devenir méconnaissables. L'élément matériel et l'élément moral répondraient à une unique

définition. Ils pourraient alors être entendus comme *l'acte susceptible de provoquer un dommage*.

922.- Appliquée à l'élément matériel, l'expression « acte susceptible de » devra être entendue comme un acte provoquant, *soit effectivement soit hypothétiquement*, un dommage. Appliquée à l'élément moral, elle se rapportera à une notion de *dangerosité objective* et à celle d'*imputabilité matérielle*. Elle impliquera, ainsi, une *culpabilité sans résultat* tout autant qu'une *culpabilité sans imputabilité* au sens moral.

923.- On entrevoit facilement les dérives que pourrait engendrer une telle définition précautionniste de l'infraction, où fusionnent les deux éléments traditionnellement distincts, et où ces derniers ne sont plus enfermés dans des limites protectrices de la liberté individuelle et de l'État de droit.

924.- Ces dérives n'ont pourtant pas empêché le projet en juillet 2014 de créer un nouveau délit d'entreprise individuelle terroriste¹⁹⁴⁹, qui correspond, à bien des égards, à cette définition précautionniste de l'infraction. L'élément matériel de ce délit est rachitique, tant le lien unissant les actes répréhensibles aux actes terroristes redoutés est incertain. Et son élément moral est presque réduit à la commission de ces actes imprécis, en l'absence de précision sur la recherche de la volonté univoque de l'auteur¹⁹⁵⁰.

1949Article 5 du projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme du 9 juillet 2014.
1950Voir *supra* et l'avis de la CNCDH précité.

CHAPITRE 2 : DÉCONSTRUCTION DES PRINCIPES FONDATEURS DU DROIT PÉNAL PAR LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION

L'altération manifeste des principes de légalité et de présomption d'innocence par le principe de précaution

925.- Donner au principe de précaution la valeur de guide, tant de manière explicite dans les discours publics¹⁹⁵¹, que de manière implicite dans les réformes pénales, peut conduire à en faire un principe chapeautant tous les autres. Le principe de précaution possède une envergure telle que sa présence, même subliminale, altère inéluctablement les autres principes existants, quelle que soit leur force. La propension du principe de précaution à s'étendre à tous domaines et à colorer, de sa logique d'action, toute prise de décision, a pour conséquence que, dès lors que son immixtion est autorisée, voire sollicitée, dans une matière particulière, il colonise cette dernière dans son ensemble. Ainsi, en matière pénale, sous l'influence du principe de précaution, utilisé alors comme un phare, tous les autres principes directeurs sont affaiblis. Nous retiendrons deux principes du droit pénal moderne, qui apparaissent être, d'une part, des plus importants, d'autre part, des plus affectés par la logique de précaution.

926.- En effet, le principe de précaution bouleverse, en premier lieu, le socle même du droit pénal moderne que constitue le principe légaliste (**Section 1**). La logique qu'il porte en lui entraîne des incompatibilités entre lui et le principe de légalité, ce qui conduit soit à un effacement de ce dernier à son profit, soit à des modifications du statut de ce dernier.

¹⁹⁵¹Voir *supra*, notamment Introduction.

Dans tous les cas, l'influence qu'exerce le principe de précaution sur le droit pénal a nécessairement des effets mesurables sur le principe de légalité et incidemment sur ses corollaires¹⁹⁵². Le principe de précaution agit sur le principe de légalité en modifiant son rôle et ses incidences en droit pénal. La logique de précaution bouleverse le principe de légalité en modifiant l'organisation du droit pénal autour de la loi. Soumis aux influences du principe de précaution, celui de légalité est rétrogradé de principe central à simple critère de référence.

927.- De la même façon, cette influence précautionniste agit sur la présomption d'innocence (**Section 2**). Le droit pénal moderne, d'essence légaliste, donne une valeur essentielle à la présomption d'innocence, selon laquelle tout individu doit être considéré comme innocent tant qu'un jugement n'a pas établi sa culpabilité. Le principe de précaution, qui veut que l'on agisse dans les situations d'incertitudes, c'est-à-dire, en matière pénale, avant même qu'une infraction soit commise ou avant toute réitération effective, heurte, en plusieurs points, l'essence de la présomption d'innocence. Ainsi, dans une rationalité pénale précautionniste, la présomption d'innocence ne détient plus la même force et est concurrencée par d'autres présomptions.

SECTION 1 : LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ : DE PRINCIPE CENTRAL A SIMPLE CRITÈRE DE RÉFÉRENCE

928.- Si le principe de légalité a pu être posé comme principe central autour duquel s'est construite la rationalité pénale moderne¹⁹⁵³, son importance a diminué à mesure de la colonisation du droit pénal par le principe de précaution. Le principe de légalité, qui pose la détermination légale préalable des délits et des peines, constitue la pierre angulaire du droit pénal moderne. Le principe de précaution ayant vocation à devancer les situations en s'appliquant dans des cas d'incertitude n'est pas compatible, de prime abord, avec le principe de légalité. Aussi, la force de ce dernier s'est amenuisée avec l'entrée du principe de précaution dans le domaine pénal. Sans s'effacer totalement, le principe de légalité a changé de statut dans la rationalité pénale de précaution. De principe central (**I**), il est devenu un simple critère de référence (**II**).

¹⁹⁵²Sur le principe de non-rétroactivité de la loi pénale, corollaire du principe de légalité, voir *supra*.

¹⁹⁵³Voir par exemple Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, Coll. Droit, 4^{ème} édition, 2013, n° 11, p. 21.

I. LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ : PRINCIPE CENTRAL DANS LA RATIONALITÉ PÉNALE MODERNE

929.- Dans la rationalité pénale moderne, le principe de légalité possède une force indéniable (A), qui a cependant été atténuée et transformée par des facteurs divers avant même l'intrusion du principe de précaution en droit pénal (B).

A. FORCE DU PRINCIPE DU PRINCIPE DE LÉGALITÉ DANS LA RATIONALITÉ PÉNALE MODERNE

930.- « Clé de voûte de notre système répressif »¹⁹⁵⁴, le principe de légalité a été consacré dans un contexte particulier (1) et possède plusieurs justifications qu'il est nécessaire de rappeler brièvement (2), pour la compréhension ultérieure des rapports entre droit pénal et légalité dans la rationalité de précaution¹⁹⁵⁵.

1) *Le contexte historique et spatial de la revendication d'un système fondé sur la légalité*

931.- Le principe de légalité a été consacré au 18^{ème} siècle dans un contexte de volonté de réforme de la justice criminelle et, plus précisément, en réaction à l'arbitraire de l'Ancien régime¹⁹⁵⁶. L'arbitraire du roi est notamment dénoncé à travers la critique des lettres de cachet¹⁹⁵⁷ et celui des juges subit les mêmes foudres. S'agissant des magistrats, l'arbitraire, qui signifiait, au départ, que le juge est arbitre du litige qui lui est soumis, prend une connotation négative et on assiste à une remise en cause d'un gouvernement des juges. En effet, ce n'est qu'à partir du 18^{ème} siècle que l'on commence à utiliser ce terme défavorablement¹⁹⁵⁸, qui devient, alors, « synonyme de caprice et d'injustice »¹⁹⁵⁹.

932.- Avec le principe de légalité, la puissance de la loi se substitue à l'omnipotence royale ; le gouvernement des hommes laisse place au gouvernement des lois. Jean-Marie Carbasse écrit qu'« A la place de la volonté subjective, capricieuse et imprévisible

1954 *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, p. 130 (Chapitre 1 : Garanties relatives à la sanction encourue : le principe de légalité).

1955 Voir *supra*, II.

1956 Voir par exemple Y. MAYAUD, *op.cit.*, n° 16s., p. 25s.

1957 A propos des lettres de cachets, voir J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 2^{ème} édition refondue, 2009, n° 210, p. 394.

1958 J.-M. CARBASSE, *op.cit.*, n° 119, p. 226. L'auteur rappelle que l'arbitraire était même, au départ, un principe de base, signifiant que les juges possédaient le droit d'arbitrer à la peine (choisir la peine la plus adaptée au cas soumis).

1959 J.-M. CARBASSE, *op.cit.*, n° 211, p. 395.

du monarque et de ses juges, les réformateurs veulent instaurer le règne de la loi - règle objective, stable, sereine »¹⁹⁶⁰. Désormais, selon la formule de Montesquieu, les juges « ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la vigueur »¹⁹⁶¹, la loi déterminant les infractions et les peines correspondantes, comme le précise l'adage *nullum crimen nulla poena sine lege*¹⁹⁶². Pour Beccaria, la loi doit ainsi être très précise afin que les magistrats n'aient plus qu'à l'appliquer automatiquement, sans laisser place au subjectif. « Le juge doit former un syllogisme parfait : la majeure doit être la loi générale, la mineure l'acte conforme ou non à la loi, la conclusion étant l'acquittement ou la condamnation »¹⁹⁶³. Pensé par les réformateurs du droit pénal et de la procédure pénale, le principe de légalité sera officiellement consacré en figurant dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789¹⁹⁶⁴.

933.- Le principe de légalité apparaît être une spécificité occidentale dans la mesure où il est créateur de « civilisation juridique »¹⁹⁶⁵, c'est-à-dire qu'il représente « la garantie minimale pour le citoyen de tout pays civilisé »¹⁹⁶⁶. La formation de la civilisation autour de la loi distingue, en effet, les pays occidentaux des pays à droit religieux et des pays à droit politique. La légalité entretient un lien étroit avec la notion de certitude, la loi constituant un socle certain et *a priori* intangible. Dans les pays à droit religieux ou politique, cette certitude n'a pas de valeur, l'incertitude étant au contraire acceptée voire souhaitée : dans les pays à droit politique où plane l'idée d'une transition politique, l'incertitude est acceptée en vue d'une certitude future (l'ancienne légalité du régime précédent, devenue illégitime et

1960J.-M. CARBASSE, *op.cit.*, n° 211, p. 395.

1961C. L. DE S. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Livre XI, Chapitre VI, Paris, Flammarion, Coll. Gf n°325, 2001. Montesquieu écrit plus haut que « Dans les États despotiques, il n'y a point de loi ; le juge est lui-même sa règle. Dans les États monarchiques, il y a une loi : là où elle est précise, le juge la suit ; là où elle ne l'est pas, il en cherche l'esprit. Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la Constitution que les juges suivent la lettre de la loi » (Chapitre III). Sur ce point, voir not. J.-L. BERGER, Introduction générale au Colloque du Sénat, « L'office du juge », Paris, Palais du Luxembourg, les 29 et 30 septembre 2006.

1962Selon Jean-Marie Carbasse, cet adage n'a été formulé qu'au cours du 19^{ème} siècle vraisemblablement par Feuerbach. J.-M. CARBASSE, *op.cit.*, n°221, p. 413.

1963C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, *op.cit.*, IV. Servan, avocat général au parlement de Grenoble, adoptera cette même position vis-à-vis du juge, qui doit appliquer automatiquement la loi. J. M. A. SERVAN, *Discours sur la justice criminelle* (1766).

1964Yves Jeanclos relève, qu'avant cette consécration officielle du principe de légalité pénale, existait une « approche indirecte » de ce principe, dans les textes bibliques, ceux de droit romain et dans le droit européen des 16^{ème} et 17^{ème} siècles. Par exemple, dans ce dernier, la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532 de l'Empire germanique, qui dispose, dans son article 104, que les juges ne peuvent infliger aucune peine qui ne soit pas prévue par le législateur, aborde le principe de légalité de « manière inversée » : il faut qu'une peine existe pour qu'un fait soit punissable. Y. JEANCLOS, *La justice pénale en France. Dimension historique et européenne*, Paris, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2011, pp. 72-75.

1965E. GRANDE, « Droit pénal, principe de légalité et civilisation juridique : une vision globale », *RIDC*, 1-2004, pp. 119-129.

1966Ibidem.

illégale, s'efface au profit de l'avènement d'une nouvelle légalité) ; dans les pays à droit religieux, l'incertitude est souhaitée pour éviter l'opportunisme et privilégier la recherche de la vertu individuelle. Nous verrons que cette certitude associée à la légalité est fortement remise en question dans la rationalité pénale de précaution¹⁹⁶⁷.

934.- Ainsi, le principe de légalité a été consacré en France, et en Europe, à une période particulière, marquée par l'influence des Lumières, en réaction à l'Ancien régime. Il devient le socle du droit pénal, autour duquel tous les autres principes vont s'articuler. Ainsi que l'écrivent Guy Casadamont et Pierrette Poncela, « La légalité [des délits et] de la peine est l'un des traits distinctifs de la modernité »¹⁹⁶⁸.

2) Les explications doctrinales en faveur du principe de légalité et sa consécration officielle

935.- Le principe de légalité est en relation étroite avec le droit de punir¹⁹⁶⁹ comme le souligne Beccaria en écrivant que « les lois seules peuvent déterminer les peines des délits et [le pouvoir de créer ces lois pénales] ne peut résider qu'en la personne du législateur, qui représente toute la société unie par un contrat social »¹⁹⁷⁰. Le principe de légalité possède donc, tout d'abord, un fondement politique car selon la DDHC, « la loi est l'expression de la volonté générale »¹⁹⁷¹ et elle est alors la seule détentrice du droit de punir. Puisqu'elle exprime la volonté générale, la loi est la seule légitime à incriminer un comportement¹⁹⁷². Par ailleurs, le principe de légalité s'érige en remparts contre l'injustice, l'inégalité et l'arbitraire comme le précise la DDHC en affirmant que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège soit qu'elle punisse »¹⁹⁷³.

936.- Consacré en 1789, dans l'article 8 de la DDHC, qui fait désormais partie du bloc de constitutionnalité¹⁹⁷⁴, le principe de légalité a valeur constitutionnelle. Selon cet

1967 Voir *supra*, II.

1968 G. CASADAMONT et P. PONCELA, *Il n'y a pas de peine juste*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 14.

1969 Voir *supra* sur le droit de punir.

1970 C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris, Flammarion, 1991, p. 65. Cité par B. DE LAMY, « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », *Les Cahiers de droit*, vol. 50, n°3-4, 2009, pp. 585-609.

1971 Article 6 DDHC.

1972 Voir B. DE LAMY, « Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°26, Août 2009.

1973 Article 6 DDHC.

1974 Voir *supra*. Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *AJDA*, 1971.537

article, qui pose « la nouvelle pierre fondatrice du droit pénal européen »¹⁹⁷⁵, « *nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit* ». L'article 5 de cette déclaration précisant encore que « *tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché* », seule la loi peut incriminer les comportements « *nuisibles à la société* »¹⁹⁷⁶. Enfin, l'article 8 lui-même disposant que « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* »¹⁹⁷⁷, le pouvoir d'incrimination de la loi est limité en ce qu'il ne peut s'exercer qu'à des fins sociales¹⁹⁷⁸. Pour Yves Mayaud, en ce sens, la loi est « l'instrument d'une politique réfléchie et cohérente »¹⁹⁷⁹.

937.- Le principe de légalité a également une valeur supérieure¹⁹⁸⁰, étant consacré au niveau international par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (art. 11¹⁹⁸¹), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (art. 15¹⁹⁸²) et la Convention européenne de sauvegarde de droits de l'Homme de 1950 (art. 7¹⁹⁸³).

938.- En droit positif français, le principe de légalité figure aussi dans le nouveau code pénal de 1994. Selon Yves Jeanclos, ce nouveau code pénal « a le mérite de la clarté » en disposant, en son article 112-1, que « *La loi détermine les crimes et délits et fixe les peines applicables à leurs auteurs* »¹⁹⁸⁴. En effet, les codes précédents n'étaient pas aussi précis s'agissant du principe de légalité. Le premier code pénal de 1791 présentait uniquement la hiérarchie des peines applicables devant un jury et distinguait les crimes et délits sans en donner de liste exhaustive¹⁹⁸⁵. De même, le code pénal de 1810 se contentait de fournir une échelle des qualifications pénales et une échelle des peines (en distinguant les peines

1975Y. JEANCLOS, *La justice pénale en France. Dimension historique et européenne*, Paris, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2011, p. 75.

1976En effet, l'article 5 de la DDHC précité dispose en premier lieu que « *La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société* ».

1977Voir *supra* sur le principe de nécessité (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2).

1978Voir *supra* et *infra*.

1979Y. MAYAUD, *op.cit.*, n° 21, p. 30.

1980Voir not. Y. MAYAUD, *op.cit.*, n° 15, pp. 24-25.

1981L'article 11, 2° de la DUDH dispose que « *2. Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis* ».

1982L'article 15 du Pacte dispose que « *1. Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises* ».

1983L'article 7 de la Convention EDH affirme que « *1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international* ».

1984Y. JEANCLOS, *op.cit.*, p. 76.

1985Y. JEANCLOS, *op.cit.*, p. 75.

afflictives et infamantes des peines seulement infamantes)¹⁹⁸⁶. Si ce dernier code disposait en son article 4 que « *Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis* », il ne précisait pas que la définition des infractions appartient au législateur. Le nouveau code pénal de 1994, quant à lui, pose clairement le principe de la légalité et des peines et des délits, en affirmant que tant les unes que les autres doivent être déterminés par la loi.

939.- Pour Yves Mayaud, aujourd'hui, le principe de légalité obéit à une vision différente. Alors qu'en 1789, il était posé en réaction à l'arbitraire, aujourd'hui « il n'est plus question de rompre avec un passé dont on ne veut plus, cette rupture étant depuis longtemps consommée et assimilée »¹⁹⁸⁷. La légalité, plus qu'un rempart contre le pouvoir répressif, devient l'expression de valeurs sociales protégées. Comme nous l'évoquions plus haut, en incriminant tel ou tel comportement, la loi pénale est expressive des valeurs chères à la société¹⁹⁸⁸.

940.- Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de réaffirmer la force du principe de légalité ainsi que d'en préciser le contenu. Dans l'arrêt des 19 et 20 janvier 1981, les hauts sages ont imposé au législateur de définir « les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire »¹⁹⁸⁹. Ils ont également précisé que l'auteur de l'infraction doit être déterminé¹⁹⁹⁰ et que les éléments constitutifs de l'infraction doivent être définis¹⁹⁹¹. Le législateur qui ne respecte pas ces exigences de précision et de clarté sera censuré, *a priori*¹⁹⁹² ou *a posteriori*¹⁹⁹³, par le Conseil constitutionnel, comme en témoigne l'abrogation, intervenue le 4 mai 2012 sur question prioritaire de constitutionnalité, de l'ancien délit de harcèlement sexuel¹⁹⁹⁴.

1986 *Ibidem*. Voir *supra* sur la distinction entre ces types de peines.

1987 Y. MAYAUD, *op.cit.*, n° 185, p. 26.

1988 Voir *supra* sur les fonctions de la loi pénale, et plus particulièrement, cette fonction expressive.

1989 Décision n°80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, Sécurité-Liberté, *Recueil du Conseil constitutionnel*, p. 15, *op.cit.* ; D. 1982.441, note A. DEKEUWER ; JCP 1981.II.19701, note C. FRANCK.

1990 Décision n°84-181 DC des 10 et 11 octobre 1981, Entreprises de presse, *Recueil du Conseil constitutionnel*, p. 73.

1991 Décision n°84-183 DC du 18 janvier 1985, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, *Recueil du Conseil constitutionnel*, p. 32.

1992 Au moment de l'examen de la loi avant sa promulgation.

1993 Après l'entrée en vigueur de la loi, avec la nouvelle procédure de question prioritaire de constitutionnel, qui permet un contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité de la loi. Voir *supra* sur ce point.

1994 Conseil. Constit., 4 mai 2012 (n° 2012-240 QPC), JO 5 mai, p. 8015, RSC 2012, 371, obs. Y. MAYAUD. Suite à cette abrogation du délit de harcèlement sexuel, une loi n° 2012-954 du 6 août 2012 a été adoptée, réintégrant le délit en en donnant plus de précisions quant à sa définition.

941.- De manière générale, le législateur recourt ainsi à une « interprétation authentique », « c'est-à-dire en indiquant lui-même le sens des termes dont il use »¹⁹⁹⁵. Ce procédé oblige le juge à appliquer strictement la loi et évite les variations de jurisprudence, assurant la sécurité juridique et la liberté des citoyens. Les textes d'incrimination doivent être précis¹⁹⁹⁶, en tout point, de façon à exclure toute hésitation de la part du juge¹⁹⁹⁷. Nous verrons que ce processus de création et de rédaction des incriminations diffère dans une rationalité de précaution¹⁹⁹⁸.

942.- Devant donc appliquer la loi telle qu'elle a été conçue, les juges sont destinataires du principe de légalité. Ils sont ainsi soumis au principe d'interprétation stricte de la loi pénale¹⁹⁹⁹, corollaire de celui de légalité, posé par l'article 111-4 du code pénal.

943.- De plus, le principe de légalité s'étend au-delà du droit pénal *stricto sensu*, le Conseil constitutionnel l'appliquant à toute sanction ayant le caractère de punition²⁰⁰⁰. En effet, dès lors qu'une mesure possède une coloration pénale, elle devrait répondre aux exigences du principe de légalité, notamment si elle atteint des libertés²⁰⁰¹.

944.- Si le principe de légalité détient une place centrale dans la rationalité pénale moderne depuis le 18^{ème} siècle, jusqu'à constituer la colonne vertébrale du système, sa puissance est affectée dès la moitié du 20^{ème} siècle par plusieurs facteurs endogènes et exogènes. Cet affaiblissement a, en effet, commencé avant-même l'utilisation du principe de précaution en droit pénal.

1995J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, Coll. Précis Droit privé, 3^{ème} édition, 2008, n° 639, p. 678.

1996Sur l'exigence de précision, voir not. Y. MAYAUD, *op.cit.*, n° 15, p. 24.

1997*Ibidem*.

1998Voir *supra*, II.

1999Sur le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, voir not. Y. MAYAUD, *op.cit.*, n° 124s, p. 145s.

2000Voir *supra* sur la notion de sanction ayant le caractère de punition. Le Conseil constitutionnel applique le principe de légalité à ce type de sanction quand bien même elle est prononcée par une autorité non judiciaire (Décision n°82-155 DC du 30 décembre 1982, Loi de finances rectificative pour 1982 ; décision n°81-237 du 30 décembre 1981, Loi de finance pour 1988 ; décision n°88-248 DC du 17 janvier 1989) ou par une autorité non juridictionnelle (décision n°89-260 du 28 juillet 1989, COB). Voir not. *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* sur ce point, p. 131.

2001Avec, cependant, une nuance grave s'agissant des mesures de sûreté, voir *supra* et *infra*.

B. DÉCLIN ET/OU TRANSFORMATION DU PRINCIPE DE LÉGALITÉ INDÉPENDANTS DE L'INFLUENCE DIRECTE DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION

945.- Depuis sa première consécration en 1789, le principe de légalité va subir, à partir de la moitié du 20^{ème} siècle, des modifications importantes, c'est-à-dire avant même que l'on puisse observer des implications du principe de précaution dans le droit pénal. Certains auteurs analysent cette évolution comme un déclin du principe de légalité²⁰⁰² - ce dernier aurait alors vu sa force se réduire, quand d'autres n'y décèlent qu'une transformation du sens de ce principe²⁰⁰³. Quelles que soient ces analyses, ces changements s'expliquent par un ensemble de principaux facteurs internes et externes, qu'il est possible de diviser en trois catégories²⁰⁰⁴ : la multiplication des sources du droit pénal aux côtés de la loi proprement dite (1), l'inflation législative (2) et l'émergence d'un nouveau sens donné à la légalité sous l'influence du droit européen et du droit communautaire (3).

1) La multiplication des sources du droit pénal aux côtés de la loi

946.- La loi au sens formel, c'est-à-dire la loi définie en raison de l'autorité de laquelle elle émane, a perdu son monopole en droit pénal. Elle est concurrencée au niveau interne, par des normes qui lui sont inférieures dans la hiérarchie des normes, et au niveau international, par des normes supérieures²⁰⁰⁵.

947.- Au niveau interne, la Constitution de 1958, affirme, en son article 34 que « *La loi fixe les règles concernant [...] la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables* », laissant donc hors de la compétence de la loi les contraventions. Et l'article 37 de la Constitution précise que « *Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire* ». On en déduit donc que les

²⁰⁰²En ce sens, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, tome I, Paris, Cujas, 7^{ème} édition, 1997, n° 160, p. 235 ; PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Paris, Armand Colin, 7^{ème} édition, 2004, n° 149 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 2005, n°25 ; A. CERF-HOLLENDER, *Le déclin du principe de la légalité en droit pénal du travail*, thèse Montpellier I, 1992, citée in A. GIUDICELLI, « Le principe de légalité en droit pénal français. Aspects légistiques et jurisprudentiels », *RSC*, juillet/septembre 2007, pp. 509-525.

²⁰⁰³Philippe Conte et Patrick Maistre du Chambon évoquent à la fois le déclin et la mutation de principe de légalité. PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op.cit.*, n°156, cités par A. GIUDICELLI, *op.cit.*

²⁰⁰⁴La doctrine trouve un autre facteur du déclin de la légalité dans la personnalisation des sanctions. Voir par exemple, Y. MAYAUD, n° 27, p. 35.

²⁰⁰⁵Voir sur ce point, B. DE LAMY, *op.cit.*, « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », *Les Cahiers de droit*, vol. 50, n°3-4, 2009, pp. 585-609.

contraventions relèvent de la compétence réglementaire. L'article 111-2 du code pénal dispose d'ailleurs que « *La loi détermine les crimes et délits et fixe les peines applicables à leurs auteurs. Le règlement détermine les contraventions et fixe, dans les limites et selon les distinctions établies par la loi, les peines applicables aux contraventions* »²⁰⁰⁶. Cette compétence du règlement en matière de contraventions affaiblit le monopole de la loi en matière pénale²⁰⁰⁷. En outre, le Conseil Constitutionnel a admis que soit érigé en infraction le manquement à une obligation ne résultant pas directement de la loi²⁰⁰⁸. Sachant qu'en dépit de ce transfert de compétence de la loi au règlement, la nécessité d'un texte demeure toujours, des auteurs comme Claude Lombois ont proposé de remplacer l'expression « principe de légalité » par celle de « principe de textualité »²⁰⁰⁹. Cette exigence textuelle, sans référence à l'organe émetteur de la norme, serait aussi satisfaite aux niveaux international et européen²⁰¹⁰.

948.- Au niveau supranational, on constate une multiplication des textes touchant au droit pénal, tant internationaux qu'euro-péens. De nombreuses conventions internationales emportent l'obligation pour la France d'incriminer un comportement. Tel est le cas, par exemple, de la Convention des Nations-Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes du 20 décembre 1988²⁰¹¹ et de la Convention européenne relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime du 8 novembre 1990²⁰¹². Incitée par ces conventions qu'elle a signées, la France a adopté une loi du 13 mai 1996 qui crée, après l'instauration précédente d'un délit de blanchiment de fonds issus du trafic de stupéfiants en 1987 et celle d'une autre forme de blanchiment de fonds issus

2006Et l'article 111-3 du code pénal poursuit : « *Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est contravention* ».

2007Voir à propos de la compétence réglementaire en matière de contraventions, G. LEVASSEUR, « Une révolution en droit pénal : le nouveau régime des contraventions », *D.* 1959. chron. 121.

2008Décision n°82-145 DC du 10 novembre 1982, négociation collective et règlement des conflits collectifs du travail, *Recueil du Conseil constitutionnel*, p. 64. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel affirme que « aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur d'ériger en infraction le manquement à des obligations qui ne résultant pas directement de la loi elle-même ; que la méconnaissance par une personne des obligations résultant d'une convention ayant force obligatoire à son égard peut donc faire l'objet d'une répression pénale ».

2009C. LOMBOIS, *Droit pénal général*, Hachette supérieur, 1994, p. 13 ; voir aussi dans le même sens M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, 2004, n° 85, p. 94.

2010A. GIUDICELLI, *op.cit.*, p. 512.

2011Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, 20 décembre 1988, (1990) 1582 RTNU 165.

2012Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, 8 novembre 1990, STCE, n° 141.

de délits douaniers en 1988, un délit général de blanchiment figurant à l'article 341-1 du code pénal²⁰¹³.

949.- S'agissant du droit de l'exécution des peines, ce dernier est, en grande partie, réglementé par des décrets, circulaires, notes de services, règlements intérieurs. La CNCDH a eu l'occasion de se prononcer en défaveur de cet enchevêtrement de sources infralégislatives dans une matière susceptible de porter atteinte aux libertés, en rappelant que « seule la loi peut fixer le cadre juridique organisant l'usage des libertés et que trop de dispositions affectant les droits fondamentaux des personnes incarcérées sont réglementées par des normes subordonnées »²⁰¹⁴. Ce n'est que récemment, en 2009²⁰¹⁵, qu'une loi pénitentiaire a été votée, mais la loi n'est toujours pas la seule norme régissant l'exécution de la peine et le milieu pénitentiaire. En effet, la matière continue d'être aussi encadrée par des textes infralégislatifs (l'article 728 du code de procédure pénale, qui a été modifié par la loi du 24 novembre 2009, donne encore compétence réglementaire²⁰¹⁶) et supralégislatifs (notamment les règles pénitentiaires européennes²⁰¹⁷). On peut donc continuer à constater une certaine « absence de légalité formelle en droit pénitentiaire français »²⁰¹⁸.

950.- Ainsi, la consécration de la compétence réglementaire en matière de contraventions²⁰¹⁹ et l'accroissement du nombre de textes supranationaux relevant de la matière pénale, conduisent à une multiplication des sources du droit pénal. La loi n'est désormais plus la seule source et n'exerce donc plus une activité monopolistique. Toutefois, le législateur exerce, depuis 2002, une activité intense.

2013 Sur ces différentes étapes de la construction du délit général de blanchiment de l'article 324-1 du code pénal, voir C. FOUNDJEM, *Le Blanchiment de capitaux et la fraude fiscale: de la mobilisation internationale aux spécificités nationales*, Thèse de doctorat, Université Cergy-Pontoise, soutenue en 2010 ; C. FOUNDJEM, *Blanchiment de capitaux et fraude fiscale*, L'Harmattan, Coll. Finances publiques, 2011, p. 143s.

2014 CNCDH, *Étude sur les droits de l'homme dans la prison*, Paris, La Documentation française, 2004.

2015 Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, précitée. Voir *supra*.

2016 Selon cet article, « Des règlements intérieurs types, prévus par décret en Conseil d'État, déterminent les dispositions prises pour le fonctionnement de chacune des catégories d'établissements pénitentiaires ».

2017 Voir *supra* sur ce règles.

2018 Cette absence avait été relevée en 2005 par Isabelle Mansuy. I. MANSUY « Principe de légalité et d'exécution des peines en France et Allemagne, Droit = droits ? », *Champ pénal*, Vol. II, 2005, Varia.

2019 Pour plus de précisions, voir not. A. GIUDICELLI, *op.cit.*, p. 514 ; Y. MAYAUD, *op.cit.*, n° 50, p. 53 ; M.-L. RASSAT, *op.cit.*, n° 108, p. 113.

2) L'inflation législative

951.- On constate depuis une quinzaine d'années, et plus précisément depuis 2002, une recrudescence de lois pénales, la plupart votées dans l'urgence²⁰²⁰. Cette « boulimie législative »²⁰²¹, largement alimentée par des lois « fait diversières »²⁰²² et par des lois adoptées dans le but d'apaiser l'opinion²⁰²³ publique plus que de pallier un réel vide juridique, conduit à une superposition de textes, qui souvent se redoublent au lieu de se compléter²⁰²⁴, ainsi qu'à la création d'incriminations floues voire « squelettiques »²⁰²⁵, parfois inapplicables en raison de leur indigence textuelle²⁰²⁶. Comme l'écrit André Giudicielli, «[cette] surconsommation normative peut être porteuse d'entrechoquements, de redondances, d'émiettements, autant de conséquences mal mesurées ou maîtrisées qui perturbent l'accès à la connaissance et à la compréhension du droit »²⁰²⁷. Beaucoup de nouvelles dispositions issues de ces nombreuses réformes pénales ont par ailleurs, presque exclusivement, une visée déclarative de la politique du gouvernement en place²⁰²⁸.

952.- Tous ces éléments peuvent nuire à la qualité de la loi pénale²⁰²⁹, diminuer sa force et ainsi « contribuer à une dévaluation de la règle de droit »²⁰³⁰. En quelque sorte, la puissance de la loi entendue comme la norme émanant du Parlement, s'en trouve affectée. De par cette activité intense et pas toujours opportune du législateur, la loi perd de son prestige²⁰³¹.

2020 Voir *supra*, Tableau recensant les différentes réformes pénales depuis 2002, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

2021B. DE LAMY, *op.cit.*, p. 588.

2022 Voir *supra* à propos de cette expression inventée par Denis Salas à propos des lois adoptées à la suite d'un fait divers.

2023 Voir *supra* sur ce point. Voir aussi Mireille Delmas-Marty qui évoque un droit pénal « magique » et Pierre Mazeaud qui fustige ce « rite incantatoire » et l'utilisation de la loi pénale comme « instrument de politique du spectacle ». M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Seuil, p. 33 ; P. MAZEAUD, Président du Conseil constitutionnel, « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *JCP*, G, 2005, p. 245. Cités par A. GIUDICELLI, *op.cit.*, p. 512. ,

2024 Voir par exemple le fait d'appartenir à une bande ayant des visées violentes comparé à l'association de malfaiteurs, *supra*.

2025B. DE LAMY, *op.cit.*, p. 588.

2026 On peut ainsi noter, avec cette boulimie législative, l'abandon de l'« interprétation authentique » consistant pour le législateur à préciser les termes qu'il utilise. Voir *supra* sur ce point.

2027A. GIUDICELLI, *op.cit.*, p. 512.

2028 Sur la fonction déclarative de la loi pénale, voir CH. LAZERGES, « De la fonction déclarative de la loi pénale », *RSC*, janvier/mars 2004, p. 201.

2029 Bertrand De Lamy évoque une « fébrilité législative », qui occasionnerait une « perte évidente de qualité rédactionnelle ». B. DE LAMY, « Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°26, Août 2009.

2030A. GIUDICELLI, *op.cit.*, p. 512. L'auteur se réfère à la circulaire du 26 août 2003 relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation, *JO* n° 199 du 29 août 2003, p. 14720.

2031B. DE LAMY, *op.cit.*, p. 588.

953.- Cette diminution de crédibilité et de sécurité de la loi pénale, et la multiplication des sources du droit pénal²⁰³² constituent deux mouvements préfigurant l'émergence d'un nouveau sens de la légalité.

3) Le nouveau sens donné à la légalité

954.- Le principe de légalité a été enrichi par une conception matérielle de la légalité venant s'ajouter à celle formelle. On observe, avec la concurrence d'autres normes et la multiplication des contrôles (opérés aussi bien par des juges internes que par ceux de la Cour EDH), le glissement « vers une conception matérielle de la légalité en ne s'intéressant pas à la légitimité de celui qui édicte la norme, mais à la seule qualité rédactionnelle de cette dernière »²⁰³³. La légalité, au sens matériel, renvoie à une norme, qui est claire, accessible et prévisible²⁰³⁴, quelle que soit sa source.

955.- Dans l'arrêt Malone du 2 août 1984, la Cour EDH précise que « le membre de phrase « *prévue par la loi* » [de l'article 8 de la Convention EDH²⁰³⁵] ne se borne pas à renvoyer au droit interne, mais concerne aussi la qualité de « loi » ». Une dizaine d'années plus tard, la Cour précise que l'article 7-1 de la Convention EDH²⁰³⁶ consacre de manière générale le principe de légalité des délits et des peines et que l'infraction doit être clairement définie par la loi, « cette condition [étant] remplie lorsque l'individu peut savoir, à partir du libellé de la clause pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité »²⁰³⁷. En somme, la norme doit

2032 Voir *supra*.

2033 B. DE LAMY, « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », *Les Cahiers de droit*, vol. 50, n°3-4, 2009, pp. 585-609.

2034 Voir l'arrêt de la CEDH qui relève ces qualités que la loi pénale doit posséder. CEDH, Cour plénière, Sunday Times c/ Royaume-Uni, req. 6538/74 du 26 avril 1979.

2035 L'article 8 de la Convention EDH concerne le droit au respect de la vie privée et familiale. En son point 2, il affirme que seule la loi peut prévoir une ingérence à la vie privée et familiale : « *Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

2036 Voir les dispositions de cet article 7-1 de la Convention EDH, citées *supra*.

2037 CEDH, Kokkinakis c./Grèce, 25 mai 1993, série A, n°260-A, §52. Voir également CEDH, 15 novembre 1996, Cantoni c/ France, *Bull. Inf. C. cass* 1997. 241 ; *D.* 1997, Somm. 202, obs. HENRY ; *JCP* 1997. II. 22836, note FOUASSIER et VION ; *ibid.* 1997. I. 4000, n° 31, obs. SUDRE ; *Dr. Pénal* 1997. 11, obs. J. H. ROBERT ; *RSC* 1997, p. 462, obs. KOERING-JOULIN, et p. 646, obs. DELMAS SAINT-HILAIRE. CEDH 10 octobre 2006, Pessino c/ France, *D.* 2007, p. 124, note ROETS, et Pan., p. 400, obs. ROUJOU DE BOUBÉE ; *JCP* 2007. II. 10092, note ZEROUKI-COTTIN. CEDH 17 mars 2009, Ould Dah c/ France, *D.* 2009, Jur. p. 1573, note RENUCCI, et Pan., p. 2826, obs. ROUJOU DE BOUBÉE ; *JCP* 2009, n° 28, 114, p. 38, note C. MADELAINE ; *Gaz. Pal.* 2009. 1. Somm. 1400, note ZARKA ; *RSC* 2009. 659, obs. ROETS.

être prévisible²⁰³⁸. Pour Yves Mayaud, la consécration de cette exigence de prévisibilité revient à « reconnaître que la légalité trouve un complément utile dans l'action du juge, et qu'elle ne saurait être dénoncée comme insuffisante là où cette action permet de combler les lacunes de la loi »²⁰³⁹.

956.- Ainsi que le souligne Pascal Beauvais, la Cour EDH interprète l'article 7§1 de la Convention EDH à l'aune de son objectif, qui est celui de la sécurité juridique et s'éloigne ainsi d'une conception formelle de la légalité telle qu'on la connaît en droit interne²⁰⁴⁰. Pour l'auteur, c'est cette exigence de prévisibilité qui induit les autres qualités requises par l'acception de la légalité promue par la Cour EDH. « La raison d'être des conditions d'accessibilité, de clarté, de précision [...] réside, *in fine*, dans l'exigence de prévisibilité »²⁰⁴¹. Notons que dès le 19^{ème} siècle, Portalis mettait l'accent sur l'exigence de prévisibilité de la loi en écrivant que « Le législateur ne doit point frapper sans avertir »²⁰⁴². L'exigence de prévisibilité se trouve, en effet, en étroite relation avec la connaissance de la loi, que sous-tend le principe de légalité. Aussi, pour être prévisible, la loi doit être claire. La prévisibilité impose donc une « contrainte rédactionnelle pour le législateur »²⁰⁴³.

957.- Selon Alessandro Bernardi, qui analyse la naissance de la notion matérielle de légalité dans le contexte d'eupéanisation du droit pénal, on assiste à « l'érosion progressive du modèle « pyramidal » du droit pénal - expression d'un système unitaire et vertical, centré sur une hiérarchie précise des textes normatifs - et [à] l'affirmation parallèle d'un modèle juridique « en réseau », caractérisé par un croisement de normes privées d'un ordre hiérarchique précis et par la réévaluation de l'apport de la jurisprudence dans le développement complexe de telle branche du droit »²⁰⁴⁴. Les solutions de la Cour EDH et de la CJUE à propos de la notion de légalité, conduisent, en effet, à prendre en compte d'autres

2038La jurisprudence nationale a donné les contours de la prévisibilité. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 18 septembre 1997, il est insisté sur « la possibilité pour chacun d'apprécier par avance la légalité de son comportement ». Les juges évoque alors la nécessité d'une « formulation particulièrement rigoureuse des incriminations » et de définitions « exemptes d'ambiguïté ». Cour d'Appel de Paris, 18 septembre 1997, *Gaz. Pal.* 1997. 2. 697, note J.-G. M. Voir sur ce point, Y. MAYAUD, *op.cit.*, n° 20, p. 30.

2039Y. MAYAUD, *op.cit.*, 2013, n° 29, p. 38.

2040P. BEAUVAIS, « Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des cours européennes », *Archives de politique criminelle*, A. Pédone, n°29, 2007/1, pp. 3-18, ici, p. 3.

2041Ibid., p. 4.

2042J.-E.-M. PORTALIS, Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de code civil. *Naissance du Code civil*, préface F. Ewald, Fiammafflon, 1989, p. 76.

2043Y. MAYAUD, *op.cit.*, n° 20, p. 29.

2044A. BERNARDI, « L'eupéanisation de la science pénale », *Archives de politique criminelle*, n°26, 2004/1, pp. 3-36, ici, p. 4.

sources que la loi et surtout à prendre en considération la jurisprudence, qui revêt une importance particulière dans les pays de *common law*²⁰⁴⁵.

958.- Quittant son statut de concept figé, dépendant du critère organique de la qualité de l'émetteur de la norme, la légalité, devient un concept ouvert et dynamique, pouvant accueillir en son sein d'autres textes que ceux émanant du pouvoir législatif dès lors que ceux-ci répondent aux exigences de clarté, de précision et de prévisibilité. Alessandro Bernardi relève ce « processus complexe de revirement du traditionnel modèle juridique « vertical et fermé » (c'est-à-dire fondé sur des normes strictement hiérarchisées et applicables uniquement sur le territoire de l'État) vers un modèle alternatif flexible, déstructuré et déhiérarchisé ou bien vers un modèle « horizontal et ouvert » (c'est-à-dire pensé par référence à un ensemble de systèmes juridiques « parallèles » caractérisés par des formes d'interrelations variées et élastiques) capable de favoriser des processus de dialogues et d'échanges entre ces systèmes »²⁰⁴⁶. L'eupéanisation du droit conduit à une harmonisation des droits internes des différents systèmes et à la construction d'un droit non rigide capable de s'adapter aux spécificités locales. Avec le nouveau sens donné à la légalité, c'est sous le paradigme du réseau que doit désormais être envisagé le droit pénal. Ce système légaliste particulier créé sous l'influence du droit européen et du droit communautaire est caractérisé « par des sources « enchevêtrées » et une jurisprudence dynamique voire créatrice »²⁰⁴⁷. Notons que les caractères ouverts et flexibles de ce nouveau système de la légalité sont largement partagés par le système créé sous l'influence du principe de précaution, comme nous le verrons *infra*²⁰⁴⁸.

959.- Néanmoins, en dépit des mutations enregistrées, le principe de légalité continue d'avoir une position centrale en droit pénal moderne. Or, dans la rationalité pénale de précaution, il a tendance à ne devenir plus qu'un critère de référence.

2045 Voir not. M. ANCEL et L. RADZINOWICK, *Introduction au droit criminel de l'Angleterre*, Paris, Éditions de l'Épargne, 1959. Voir pour la CJUE : CJUE 10 novembre 2011, Özlen Garenfeld, *JCP* éd. G 2011, n° 1293, obs. F. PICOD. Voir sur la multiplication des supports de la légalité en incluant la jurisprudence, Y. MAYAUD, *op.cit.*, 2013, n° 29, p. 39.

2046A. BERNARDI, *op.cit.*, p. 12.

2047A. BERNARDI, *op.cit.*, p. 13.

2048 Voir *infra*, II, B, de la présente Section.

II. LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ : SIMPLE CRITÈRE DE RÉFÉRENCE DANS LA RATIONALITÉ PÉNALE DE PRÉCAUTION

960.- Le principe de précaution, principe de gestion de l'incertitude, n'apparaît pas compatible avec le principe de légalité, qui induit, quant à lui, la certitude²⁰⁴⁹. Néanmoins, l'observation de l'influence du principe de précaution sur la rationalité pénale contemporaine ne permet pas d'affirmer que celle-ci a conduit à l'effacement total de la légalité. En effet, même si le rapport à la loi est parfois distendu sous la pression du principe de précaution, la loi, dans bien des situations gouvernées par la précaution, demeure le critère de référence (A). Toutefois, le principe de précaution conduit à l'avènement d'une nouvelle rationalité, qui ne se calque pas sur celle légale mais s'y superpose, brouillant alors les cadrages de la légalité (B).

A. LA LOI DEMEURANT LA RÉFÉRENCE

961.- Même sous l'influence du principe de précaution, la loi continue de jouer un rôle en demeurant un critère de référence. En effet, le principe de précaution s'active dans des situations où sont redoutées des infractions déterminées par la loi (1) et la notion de dangerosité en relation avec la précaution²⁰⁵⁰ est également définie en rapport avec une violation passée et/ou hypothétiquement future de la loi (2).

1) Le principe de précaution s'activant en cas d'infractions redoutées

962.- Lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre la précaution dans des situations ou plus exactement à l'encontre de personnes estimées dangereuses, c'est en réalité la commission de certaines infractions qui est redoutée²⁰⁵¹. Par exemple, les mesures de sûreté, que nous avons qualifiées de mesures de précaution²⁰⁵², sont prononcées dans le but d'éviter la récidive, laquelle est légalement définie comme la réitération d'infractions de la même catégorie que l'infraction initialement commise²⁰⁵³. Ainsi, selon le Conseil constitutionnel, la surveillance judiciaire, la surveillance de sûreté ainsi que la rétention de sûreté poursuivent un but de prévention de la récidive²⁰⁵⁴.

2049 Voir *supra*.

2050 Voir *supra*.

2051 Voir *supra* sur le lien entre dangerosité et infraction.

2052 Voir *supra*.

2053 Voir *supra* pour la définition de la récidive.

2054 Voir *supra* pour les décisions constitutionnelles correspondantes.

963.- Par exemple, la rétention de sûreté est applicable aux personnes ayant commis des infractions listées par la loi. Aux termes de l'article 706-53-13 du code de procédure pénale, peuvent être soumis à une rétention de sûreté : les personnes qui ont « *été condamnées à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour les crimes, commis sur une victime mineure, d'assassinat ou de meurtre, de torture ou actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration. / Il en est de même pour les crimes, commis sur une victime majeure, d'assassinat ou de meurtre aggravé, de torture ou actes de barbarie aggravés, de viol aggravé, d'enlèvement ou de séquestration aggravé, prévus par les articles 221-2, 221-3, 221-4, 222-2, 222-3, 222-4, 222-5, 222-6, 222-24, 222-25, 222-26, 224-2, 224-3 et 224-5-2 du code pénal ou, lorsqu'ils sont commis en récidive, de meurtre, de torture ou d'actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration* ». Par conséquent, lorsqu'un individu est placé, par précaution, en rétention de sûreté, dans l'objectif d'éviter qu'il ne récidive, ce sont ces mêmes infractions ou des infractions de même catégorie qui sont redoutées.

964.- Dès lors, la loi reste la référence. Dans une rationalité de légalité, il s'agit de sanctionner les violations réelles de la loi ; dans la rationalité pénale de précaution, on prend en considération, outre ces violations passées réelles, les violations futures et/ou potentielles de la loi²⁰⁵⁵.

965.- De même, la notion de dangerosité, fondement et justification de l'application du principe de précaution en droit pénal, est envisagée par rapport à une violation de la loi.

2) La dangerosité définie en rapport avec la violation de la loi

966.- D'abord, la dangerosité est évaluée chez certains auteurs d'infractions. C'est donc bien une violation de la loi qui conditionne la mise en œuvre de son évaluation. En effet, actuellement, seuls certains auteurs sont soumis à l'examen de leur dangerosité. Les personnes concernées sont celles ayant commis certaines infractions énumérées par la loi²⁰⁵⁶.

2055 Voir *infra* sur le lien entre dangerosité et violation (virtuelle) de la loi, la loi restant la norme de référence (Partie 2, Titre 2, Chapitre 1). Et principalement, les écrits de M. VAN DE KERCHOVE, cités *infra*.

2056 Voir *supra* et *infra*.

Donc, une présomption de dangerosité²⁰⁵⁷, en principe non irréfragable²⁰⁵⁸, pèse sur ces individus en raison du fait qu'ils ont commis une infraction particulièrement grave déterminée par la loi. Ainsi, la commission d'une infraction appartenant à une liste établie à l'avance par le législateur conditionne l'évaluation de la dangerosité. Et même si cette évaluation tend à se généraliser²⁰⁵⁹ pour, peut-être, un jour concerner tous les auteurs d'infractions, quelles qu'elles soient, la violation de la loi existante²⁰⁶⁰ restera toujours le déclencheur de l'évaluation de la dangerosité.

967.- Ensuite, la dangerosité est évaluée à l'aune d'un risque de récidive, d'une « *probabilité de récidive* » aux termes du code de procédure pénale. En effet, selon l'article 706-53-13 de ce code, la « *dangerosité [est] caractérisée par une probabilité très élevée de récidive [...]* ». Par conséquent, c'est toujours en étroite relation avec la violation de la loi que la dangerosité est appréhendée. Les experts chargés de l'évaluation doivent notamment répondre à la question de savoir si la personne évaluée est susceptible de reproduire son acte. Ainsi, même s'il s'agit d'anticiper une violation future, la loi reste bien une référence.

968.- Toutefois, même si la loi demeure un critère de référence, l'incertitude propre aux situations propices à l'application du principe de précaution fait barrière à l'application inconditionnée du principe de légalité. A propos de la loi du 25 février 2008 instaurant la rétention de sûreté, Mireille Delmas-Marty écrit que sa légalité « n'est qu'apparente car on voit mal comment établir et contester la preuve, s'agissant de la notion de dangerosité dite criminologique, qu'une série impressionnante de rapports tente de distinguer de la dangerosité psychiatrique »²⁰⁶¹.

969.- La légalité, promotrice de certitude, ne peut pleinement s'exercer dans une rationalité pénale de précaution. Aussi, le principe de précaution donne naissance à une

2057 Voir *infra* sur ce point.

2058 Mais voir *infra*.

2059 Voir *supra*. Et notamment la généralisation de l'utilisation du DAVC.

2060 Même lorsque la violation n'est que potentielle, c'est bien une violation de la loi qui sera envisagée. La virtualité est toujours celle d'une violation de la norme. Voir *supra*. Et principalement, CH. DEBUSYT, *op.cit.* Et M. VAN DE KERCHOVE, *op.cit.*

2061 M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Seuil, Coll. La couleur des idées, 2010, p. 45. Et à propos de la distinction dangerosité criminologique/dangerosité psychiatrique, voir *supra*.

rationalité qui n'est que semi-légale. La légalité ne disparaît pas mais évolue de principe conducteur à critère de référence parmi d'autres.

B. UN SYSTÈME S'ÉLOIGNANT DE LA RATIONALITÉ LÉGALE

970.- La rationalité de précaution ouvre la voie à un nouveau système s'éloignant de la rationalité légale. L'avènement de ce nouveau système se manifeste d'abord par le constat d'incompatibilités flagrantes entre les concepts directeurs de la précaution et le principe de légalité (1). Ensuite, ce nouveau système présente des caractéristiques de fonctionnement qui le font largement différer du processus induit par le principe de légalité (2).

1) Le constat d'incompatibilités flagrantes entre les concepts directeurs de la précaution et le principe de légalité

971.- Le nouveau système créé par la rationalité de précaution se réfère au concept clé de dangerosité, qui n'apparaît pas compatible avec la légalité (a). Et le principe de précaution lui-même peut difficilement être appréhendé comme un support fiable de légalité (b).

a) Incompatibilité entre la notion de dangerosité et la légalité

972.- Le premier constat est que le nouveau système ainsi créé sous l'influence du principe de précaution ne correspond pas au principe de légalité dans sa version formelle. Pour autant, ne peut-il pas être inclus dans la notion, plus large, de légalité matérielle ? Les critères retenus pour définir la légalité au sens matériel sont-ils réunis dans la rationalité pénale de précaution ? En premier lieu, la notion de dangerosité, auquel fait référence le législateur usant de la précaution, présente-elle les critères de la légalité matérielle ? Pour être entendue comme loi au sens du principe de légalité retenu par la Cour EDH²⁰⁶², une norme doit être claire, accessible et prévisible. Ainsi, pour faire entrer la dangerosité dans l'ensemble des normes sur lesquelles peut s'appuyer le principe de légalité, il

2062 Voir *supra*.

faudrait en donner, au préalable, une définition claire et précise. La volonté d'utiliser des tables actuarielles²⁰⁶³ pour déterminer la présence ou l'absence de dangerosité va dans le sens d'une meilleure accessibilité et d'une meilleure prévisibilité. Pour autant, à l'heure actuelle, à défaut d'une définition claire et à défaut d'une liste de critères précis déterminant le contenu de la dangerosité, cette notion ne correspond pas aux exigences de la légalité matérielle.

b) Incompatibilité entre le principe de précaution et la légalité

973.- Le principe de précaution lui-même peut-il être entendu comme une norme adaptée au principe de légalité criminelle? Selon l'article 5 de la Charte de l'Environnement de 2005, « *Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veilleront, par application du principe de précaution, et dans leurs domaines d'attribution, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* ». Ainsi, toute l'incertitude qui entoure la mise en œuvre du principe de précaution ne permet pas de conclure que ce principe constitue une norme suffisamment claire, accessible et prévisible pour répondre aux exigences de la légalité matérielle. En effet, rien n'est précisé à propos du degré d'incertitude que doit présenter la réalisation du dommage pour que soit mis en œuvre le principe de précaution. En outre, les procédures d'évaluation des risques et l'adoption de mesures provisoires et proportionnées ne sont pas définies par la loi. Aussi, elles ne sont ni précises, ni prévisibles.

974.- Ces incompatibilités notoires entre, d'une part, la légalité, et d'autre part, le principe de précaution et la notion de dangerosité participent de l'émergence d'un système précautionniste se positionnant en retrait par rapport à la légalité et présentant certaines caractéristiques.

2) Les caractéristiques du système précautionniste en retrait par rapport à la légalité

975.- Le repli de la légalité dans le système précautionniste s'illustre notamment par l'utilisation d'un processus d'incrimination s'éloignant des contraintes

²⁰⁶³Voir *supra*.

légalistes (a) et par un retrait du souci de sécurité juridique au profit de la sécurité au sens large (b).

a) Un processus d'incrimination s'affranchissant des exigences de la légalité

976.- Selon Denis Salas « Nous avons donc une légalité pénale de plus en plus travaillée par le sentiment victimaire »²⁰⁶⁴. En effet, la pression victimaire, qui a accompagné l'introduction du principe de précaution en matière pénale²⁰⁶⁵, conduit à une adaptation du principe de légalité à toute situation de danger effectif ou potentiel. Dès lors, sous l'influence du principe de précaution, le juge, dans des situations d'incertitude, peut être amené à moduler le droit en fonction des dommages virtuels ou de liens de causalité non vérifiables. Nous avons donné, en exemple, le cas de la condamnation d'une psychiatre pour l'homicide involontaire commis par l'un de ses patients²⁰⁶⁶. Comme le souligne Denis Salas, « la loi est souvent en difficulté pour proportionner la peine à la faute. La loi elle-même, dans son énoncé normatif, ne parvient plus à nommer ces violences. On reporte cette fonction de la nomination sur le juge qui va, lui, tenter d'évaluer au cas par cas les dommages qui se sont produits. On voit comment le déplacement est d'importance puisque si la loi nomme une infraction abstraite, le juge va qualifier l'infraction au regard d'un dommage, d'une blessure, d'une souffrance donc ; dans ces déplacements de la loi et du juge, il y a un basculement qui se produit et qui introduit la victime dans une aptitude à qualifier son dommage par l'intermédiaire du juge. Déjà là, vous avez un déplacement non négligeable »²⁰⁶⁷.

977.- En effet, la formule de Servan, défenseur du principe de légalité, selon laquelle « Les lois criminelles doivent offrir au magistrat un tableau si exact des délits et de leur châtiment qu'il n'ait plus qu'à prononcer sans peine et sans incertitude, à mesure que les maux de la société se présentent, le remède indiqué par la loi »²⁰⁶⁸, ne peut s'appliquer dans une société postmoderne où les risques sont susceptibles d'apparaître à la mesure des progrès et, surtout, où il est préconisé d'agir, par précaution, avant même que les maux ne se présentent. D'ailleurs, comme le souligne François Rifaux, « nul n'oserait plus soutenir

2064D. SALAS, « Pourquoi punir », *Journal français de psychiatrie*, n°13, 2/ 2001, pp. 6-9.

2065 Voir *supra*.

2066 Voir décision citée *supra*.

2067D. SALAS, *op.cit.*

2068J. M. A. SERVAN, *op.cit.*, cité par J.-M. CARBASSE, *op.cit.*, n° 211, p. 396.

aujourd'hui que le juge n'est que la bouche de la loi »²⁰⁶⁹. Le principe de précaution invite le droit pénal à se déployer même dans des situations d'incertitudes. Ainsi, il ne peut fonctionner avec un principe de légalité trop rigide.

978.- C'est pourquoi l'existence et la multiplication d'« infractions ouvertes »²⁰⁷⁰ donnent au juge la possibilité de compléter la norme en l'appliquant aux cas qui lui sont soumis. Le législateur précautionniste abandonne l'« interprétation authentique »²⁰⁷¹ pour permettre au juge d'interpréter et d'appliquer la loi à la lumière du principe de précaution. « Les infractions ouvertes se présentent alors comme des instruments de délégation, le pouvoir d'incrimination n'étant plus en fait exercé par le législateur, mais par le juge »²⁰⁷². Ainsi, « l'incrimination perd de son antériorité » et devient l'expression d'« une application réactive, expression de besoins judiciairement ressentis, et non plus légalement exprimés »²⁰⁷³.

979.- En effet, comme le souligne Yves Mayaud en décrivant ce phénomène comme un repli du principe de légalité, ce dernier est d'abord lié à « l'impossibilité pour le législateur de tout prévoir. Une anticipation dans le détail des comportements incriminés n'est ni réalisable, ni souhaitable »²⁰⁷⁴. *A fortiori*, dans une rationalité de précaution, qui veut pouvoir agir face à tous comportements futurs nuisibles sans même que ceux-ci ne puissent être prévus à l'avance, cette impossibilité de parfaite prévoyance est encore plus remarquable. L'auteur poursuit qu'« une prévision complète n'est pas non plus souhaitable »²⁰⁷⁵. Dans la rationalité de précaution, l'exigence de prévisibilité associée à la légalité²⁰⁷⁶, s'affaiblit face à une volonté de dompter l'imprévisible.

980.- D'ailleurs, Yves Mayaud précise que ce repli de la légalité s'explique aussi par « l'incapacité scientifique du législateur à tout prévoir », « faute pour le législateur de pouvoir anticiper utilement sur les évolutions technologiques »²⁰⁷⁷. Si l'auteur se réfère à

2069F. RIGAUX, *La loi des juges*, Odile Jacob, 1997, p. 65.

2070Y. MAYAUD, *op.cit.*, n° 27, p. 31 ; Y. MAYAUD, 2013, *op.cit.*, n° 25, p. 33. L'auteur définit les infractions ouvertes comme des « infractions se prêtant à des applications très largement comprises, avec des conséquences peu favorables au justiciable ».

2071Voir *supra* sur ce point.

2072YVES MAYAUD, 2013, *op.cit.*, n° 25, p. 35.

2073Ibidem.

2074YVES MAYAUD, 2013, *op.cit.*, n° 26, p. 33.

2075Ibidem. Sur la prévisibilité, voir *supra*.

2076Voir *supra*.

2077YVES MAYAUD, 2013, *op.cit.*, n° 26, p. 33

des secteurs techniques, son propos s'applique à l'attitude générale de précaution face à toutes les menaces, que celles-ci trouvent naissance dans des domaines précis ou dans le quotidien de tout un chacun.

981.- Aussi, dans la rationalité de précaution, la démarche du législateur est différente de celle adoptée dans la rationalité moderne. Comme l'explique Yves Mayaud, la genèse de l'incrimination se produit en deux étapes : la référence au résultat redouté (phase préventive) et la correspondance des comportements sanctionnés (phase répressive), cette correspondance étant, d'une part, causale « par la relation établie entre le résultat et les actions ou omissions qui peuvent le réaliser », d'autre part qualifiée, c'est-à-dire que « les comportements sélectionnés [...] doivent être descriptifs d'agissements précis »²⁰⁷⁸.

982.- S'agissant de la première phase préventive, Yves Mayaud indique que le processus de légalité a « pour point de départ une préoccupation d'abord préventive » : « le législateur appréhende un résultat dont il entend éviter les conséquences »²⁰⁷⁹. Au regard de la distinction prévention/précaution²⁰⁸⁰, nous pouvons déduire que le législateur précautionniste aura tendance à envisager non seulement les risques prévisibles d'un point de vue préventif mais également les dangers ou menaces imprévisibles et incertains.

983.- S'agissant de la seconde phase répressive, force est de constater que la rationalité de précaution s'éloigne de la démarche de « correspondance des comportements sanctionnés ». En effet, elle s'attaque à des comportements dont la relation avec le résultat redouté est incertaine²⁰⁸¹. Aussi, l'affirmation d'Yves Mayaud selon laquelle « la causalité [dans ce processus] a un aspect un peu particulier, n'étant qu'une anticipation sur le possible » et que sa « portée se limite à des prévisions »²⁰⁸² trouve à s'appliquer avec d'autant plus d'éclat dans une rationalité de précaution. Et lorsque l'auteur compare l'incrimination à la responsabilité, en qualifiant la première de normative et la seconde de restitutive, et en expliquant que dans l'incrimination, on part du résultat redouté et on aboutit au comportement susceptible de le produire, tandis que dans la responsabilité le cheminement est inverse, on

2078Y. MAYAUD, 2013, *op.cit.*, n° 33-34, pp. 42-45.

2079 *Ibidem*.

2080 Voir *supra*.

2081 Voir *supra* sur la distension du lien de causalité.

2082Y. MAYAUD, *op.cit.*

peut alors constater que l'incrimination, dans une rationalité de précaution, suit parfois la logique de la responsabilité tant le résultat lui-même est incertain.

984.- Enfin, concernant le second caractère qualifié de la correspondance des comportements et du résultat redouté, évoqué par Yves Mayaud, il semblerait que l'influence précautionniste ait conduit, parfois, le législateur à ne pas décrire de comportements ou d'agissements précis. Par conséquent, dans la rationalité de précaution, l'usage de formulations évasives dans le but d'une meilleure anticipation de tout danger s'éloigne du principe de légalité et de son exigence de précision²⁰⁸³.

985.- Le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme du 9 juillet 2014 illustre parfaitement cette tendance précautionniste à utiliser un processus d'incrimination qui s'affranchit des règles de la légalité²⁰⁸⁴. En effet, l'incrimination de l'entreprise individuelle terroriste correspond à la démarche précautionniste d'incrimination. D'abord ont été envisagés les actes terroristes en tant que résultat redouté. Puis, ont été définis les actes sanctionnés qui auraient été commis dans le but de préparer ces actes terroristes. Mais ces actes censés correspondre au résultat redouté ne sont pas décrits précisément afin que la nouvelle incrimination puisse s'appliquer au maximum de situations possibles pour anticiper tout danger.

986.- Par ailleurs, la portée du principe de légalité donnée par l'article 5 de la DDHC, selon lequel « *la loi n'a le droit que de défendre des actions nuisibles à la société* », s'accorde mal avec le système de précaution dans la mesure où celui-ci tend à la multiplication d'incriminations de comportements qui ne sont pas effectivement et concrètement nuisibles mais seulement potentiellement nuisibles²⁰⁸⁵. En effet, sous l'influence du principe de précaution, « le recours au droit pénal, [qui] doit demeurer exceptionnel et n'être envisagé que pour sanctionner des comportements qui affectent gravement l'ordre public en atteignant les valeurs fondamentales que se donne le corps social dans son ensemble »²⁰⁸⁶, tend à se

2083 Voir par exemple les infractions issues de la loi du 18 mars 2003 précitées.

2084 Voir *supra* et l'avis de la CNCDH précité, p. 6s.

2085 Voir *supra* sur ce point, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1. Et voir R. PARIZOT, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », *Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz 2014, p. 245s.

2086 O. CAHN, « Le principe de nécessité en droit pénal – thèse radicale » in O. CAHN et K. PARROT, *Le principe de nécessité en droit pénal*, Actes de la journée d'études radicales, Cergy-Pontoise, 12 mars 2012, Lextenso-éditions, Coll. LEJEP, 2013, p. 22. Sur la notion de nécessité, voir également *supra*.

systématiser jusque dans les situations d'atteintes virtuelles²⁰⁸⁷. Des auteurs comme Raphaële Parizot suggèrent d'affermir le principe de nécessité des incriminations (et non plus seulement des peines) en se référant à l'article 5 de la DDHC précité, ce qui aurait pour effet d'améliorer le contrôle de la nécessité des nouvelles incriminations par le Conseil constitutionnel, et empêcherait ainsi la validation d'incriminations précautionnistes, qui s'avèrent loin d'être nécessaires²⁰⁸⁸.

987.- Toutes ces observations conduisent à voir dans le nouveau système de la rationalité de précaution un système dont la malléabilité heurte de plein front la sécurité juridique promue par le principe de légalité.

b) Un système malléable au service de la sécurité et au détriment de la sécurité juridique

988.- Comme l'écrit François Ost, « on ne peut nier que le modèle hiérarchique (étatiste, positiviste, monologique) caractéristique du sens commun des juristes, soit aujourd'hui fortement remis en cause, et que, de tous côtés, s'observent des tentatives de formuler des théories alternatives »²⁰⁸⁹. Nous pensons que la rationalité induite par le principe de précaution ne fonctionne plus sous le paradigme de la loi mais sous celui de la précaution, laquelle se définit souvent en référence, explicite ou implicite, à une violation passée et/ou hypothétiquement future de la loi, certes, mais également parfois en dehors de toute référence à la loi.

989.- Le système émergent sous l'influence du principe de précaution, à la fois attaché à la légalité tout en s'en éloignant, est un système de droit flou, tel que l'a mis en évidence Mireille Delmas-Marty²⁰⁹⁰, dans lequel « la structure « pyramidale » du système juridique, tout en n'ayant pas totalement disparu et en maintenant des espaces de validité, tend à succomber au profit d'une structure « réticulaire », propre justement à valoriser la dimension

2087 Voir *supra*.

2088R. PARIZOT, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », *Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz 2014, p. 245s.

2089F. OST, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications Fac Saint Louis, 2002, p. 14.

2090M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, PUF, Paris, 2004.

pluraliste et dynamique moderne du droit »²⁰⁹¹. Selon Mireille Delmas-Marty, le droit qui est, par principe, rigide, devient flou, ce caractère n'étant pas synonyme d'absence du droit ou de détérioration de celui-ci, mais permettant au contraire au droit d'accueillir le pluralisme juridique (multiplication des normes notamment internationales) et de donner une cohérence à ce dernier. Nous reprenons cette analyse, d'une part, des rapports entre droit interne et droit international et, d'autre part, de l'imbrication des modèles, pour décrire les mouvements que connaît le droit pénal sous l'influence du principe de précaution.

990.- Alors que le droit pénal moderne est un système vertical ou pyramidal gouverné par la légalité, il prend, dans une rationalité de précaution, les allures d'un droit flou aux frontières poreuses, d'un droit non plus rigide mais perméable aux élans précautionnistes. La précaution s'immisce alors en lieu et place de la loi qui était au-dessus de tout dans le système hiérarchique et ordonné de la légalité.

991.- En effet, la précaution nécessite un droit mou, flou, susceptible d'être utilisé en toutes circonstances de danger même si la loi n'a pu prévoir ces dernières avant qu'elles ne se révèlent. Dans une rationalité de précaution, « l'espace social s'empare de la norme juridique, l'interprète, l'adapte à ses propres besoins »²⁰⁹². Assurément, la précaution est une notion liée à l'incertitude ; elle encourage donc la promotion d'un droit souple, capable de s'adapter aux situations d'incertitude au contraire de la légalité qui garantit la certitude et la sécurité juridique²⁰⁹³, notion proche de celle de sûreté²⁰⁹⁴. Aussi, dans le système créé par la précaution, la sécurité juridique est sacrifiée au nom de la sécurité au sens large²⁰⁹⁵ et de la protection de la société contre toute menace réelle et toute menace virtuelle²⁰⁹⁶.

992.- Cet affaiblissement du principe de légalité par la précautionnalisation du droit pénal emporte nécessairement des conséquences sur les applications fondamentales de ce principe²⁰⁹⁷. On constate une tel affaiblissement à propos de la présomption d'innocence.

2091A. BERNARDI, *op.cit.*, p. 13.

2092I. MANSUY, à propos du droit pénitentiaire, *op.cit.* L'auteure souligne le risque d'aboutir à des usages *contra legem*.

2093Voir *supra*. Et sur le rapport légalité/sécurité juridique, voir par exemple, Y. MAYAUD, *op.cit.*, n° 28, p. 37.

2094Voir *supra* sur la notion de sûreté.

2095Voir *supra* sur la notion de sécurité.

2096Voir aussi *supra* sur le devoir de précaution, pendant du droit à la sécurité.

2097Voir *supra* sur l'influence du principe de précaution sur la non-rétroactivité de la loi pénale, corollaire et conséquence du principe de légalité.

SECTION 2 : LES ATTEINTES A LA PRÉSUMPTION D'INNOCENCE PAR LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION

993.- La présomption d'innocence signifie que tout individu doit être considéré comme innocent tant qu'il n'a pas été condamné régulièrement par un tribunal et donc tant qu'il n'a pas été condamné pour une infraction prévue par la loi. La présomption d'innocence découle du droit à la sûreté²⁰⁹⁸, lequel est notamment assuré par la légalité des délits et des peines²⁰⁹⁹.

994.- Selon Beccaria, « un homme ne peut être regardé comme criminel avant la sentence du juge ; et la société ne peut lui retirer la protection publique qu'après qu'il a été prouvé qu'il a violé les conditions auxquelles elle lui avait été accordée »²¹⁰⁰. Ainsi, on ne peut considérer un individu comme coupable de crime qu'à partir du moment où la justice l'a condamné en vertu d'une loi qui préexistait à la commission de l'infraction.

995.- Cette présomption d'innocence, qui existe avec vigueur dans un système où la loi doit précéder la commission d'infraction et la condamnation (**I**), ne peut avoir le même sens dans une rationalité qui entend devancer le danger (**II**).

I. UNE PRÉSUMPTION D'INNOCENCE PUISSANTE DANS LA RATIONALITÉ PÉNALE MODERNE DE LÉGALITÉ

996.- Dès 1789, la présomption d'innocence a été consacrée et sa valeur, dans une rationalité légaliste, n'a cessé d'être réaffirmée (**A**). De par sa force, elle irrigue le droit pénal et la procédure pénale (**B**).

2098CH. LAZERGES, « La présomption d'innocence » in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. TREVET (dir.), *Droits et libertés fondamentaux*, Paris, Dalloz, 10^{ème} édition, 2004, n°625, p. 479.

2099Voir *supra*.

2100C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, *op.cit.*, Paragraphe XII, De la question, pp. 43-44.

997.- Tout comme le principe de légalité, celui de la présomption d'innocence a été revendiqué dans un mouvement de réaction à l'arbitraire de l'Ancien régime²¹⁰¹. Il a été consacré par l'article 9 de la DDHC de 1789, disposant que « *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi* ». Sa consécration aux côtés du principe de légalité est naturelle, logique²¹⁰². Il a été affirmé plus tard dans plusieurs textes supranationaux²¹⁰³ : l'article 11 de la DUDH de 1948 selon lequel « *Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées* » ; l'article 6 § 2 de la Convention EDH de 1950 en vertu duquel « *Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* » ; l'article 14-2 du Pacte International sur les Droits Civils et Politiques de 1966, qui dispose que « *Toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* » ; et l'article 48 de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union Européenne de 2000, dont le premier point affirme que « *Tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* ».

998.- En droit positif français²¹⁰⁴, la présomption d'innocence, qui figurait déjà à l'article 9-1 du code civil²¹⁰⁵, a été introduite dans l'article préliminaire du code de procédure pénale créé par la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. En vertu de cet article qui pose les

2101 Sur l'histoire de la présomption d'innocence, voir not. F. CHASSAING, « Jalons pour une histoire de la présomption d'innocence », *Histoire de la justice*, n°12, 2000, pp. 232-242.

2102 Voir *supra*.

2103 Sur l'apport de ces textes internationaux en terme de précision du principe de présomption d'innocence, voir par exemple, C. LOMBOIS, « La présomption d'innocence », *Revue Pouvoirs*, 1990, pp. 81-94.

2104 Pour une étude de la présomption d'innocence en Europe, voir CH. LAZERGES, « La présomption d'innocence en Europe », *Archives de politique criminelle*, A. Pédone, n°26, 2004/1, pp. 125-138.

2105 Cet article a été créé par la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale. Il a été modifié par la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes et pose désormais la présomption d'innocence en ces termes : « *Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence. / Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte* ».

principes directeurs de la procédure pénale²¹⁰⁶, «*Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi* ». Ainsi, la présomption d'innocence possède une valeur législative, constitutionnelle (la DDHC faisant partie du bloc de constitutionnalité²¹⁰⁷) et internationale.

999.- Ces multiples consécutions en font un principe fondateur du droit pénal et directeur de la procédure pénale. De par son statut spécifique, la présomption d'innocence a, en effet, des incidences sur ces matières. Il est nécessaire de les évoquer succinctement avant d'analyser le rôle et la valeur de cette présomption d'innocence dans la rationalité pénale de précaution²¹⁰⁸.

B. INCIDENCES ET STATUT DE LA PRÉSUMPTION D'INNOCENCE

1000.- La présomption d'innocence semble détenir le statut d'un principe matriciel (1). A la fois droit objectif et droit subjectif (2), elle irrigue le droit pénal ainsi que la procédure pénale. En particulier, elle a des incidences sur le droit de la preuve (3). En quelque sorte, elle régit le doute et institutionnalise l'incertitude, qui en découle (4).

1) La présomption d'innocence : un principe matriciel

1001.- En droit pénal et en procédure pénale, ce principe a de nombreuses conséquences telles que rendre exceptionnelle la détention avant jugement²¹⁰⁹ ou prohiber la présentation publique d'un individu comme étant coupable avant sa condamnation²¹¹⁰. Plus généralement, il chapeaute toutes les garanties procédurales, en somme le droit à un procès équitable (droits de la défense, contradictoire ...). D'ailleurs, sa place en première ligne du

2106A propos de la création de cet article préliminaire par la loi du 15 juin 2000 précitée, voir not. CH. LAZERGES, « Le projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », *RSC*, 1999, p. 167; CH. LAZERGES, « Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes. Histoire d'une navette parlementaire presque achevée », *Archives de politique criminelle*, A. Pédone, 2000, p. 55.

2107Voir *supra*.

2108Voir *supra*, II.

2109Voir *supra* sur la détention provisoire.

2110Article 9-1 du code civil.

paragraphe III de l'article préliminaire du code de procédure pénale²¹¹¹ témoigne de ce statut de « principe matriciel »²¹¹².

2) La présomption d'innocence : droit objectif et droit subjectif

1002.- Le principe de présomption d'innocence est à la fois droit objectif et droit subjectif. La présomption d'innocence est d'abord un droit objectif car elle circonscrit la contrainte étatique et a une « finalité collective »²¹¹³. Grâce à elle, le monopole de la violence détenu par l'État « se doit d'être légitime », comme l'écrit Hervé Henrion, paraphrasant Max Weber²¹¹⁴. William Hassemer précise que ce principe contrôle l'intensité de la contrainte²¹¹⁵. Mais la présomption d'innocence s'adresse également à l'individu en particulier et possède alors la valeur de droit subjectif, ou de « droit à ». Elle peut aussi être qualifiée de droit fondamental²¹¹⁶.

2111 En effet, le paragraphe III de l'article préliminaire du code de procédure pénale est ainsi rédigé : « Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi. / Elle a le droit d'être informée des charges retenues contre elle et d'être assistée d'un défenseur. / Si la personne suspectée ou poursuivie ne comprend pas la langue française, elle a droit, dans une langue qu'elle comprend et jusqu'au terme de la procédure, à l'assistance d'un interprète, y compris pour les entretiens avec son avocat ayant un lien direct avec tout interrogatoire ou toute audience, et, sauf renonciation expresse et éclairée de sa part, à la traduction des pièces essentielles à l'exercice de sa défense et à la garantie du caractère équitable du procès qui doivent, à ce titre, lui être remises ou notifiées en application du présent code. / Les mesures de contraintes dont la personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Elles doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne. / Il doit être définitivement statué sur l'accusation dont cette personne fait l'objet dans un délai raisonnable. / Toute personne condamnée a le droit de faire examiner sa condamnation par une autre juridiction. / En matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui ».

2112 Formule utilisée notamment par H. HENRION, « L'article préliminaire du code de procédure pénale : vers une « théorie législative » du procès pénal ? », *Archives de politique criminelle*, A. Pédone, n° 23, 2001/1, pp. 13-52.

2113 H. HENRION, *op.cit.*, ici p. 40s.

2114 H. HENRION, *op.cit.*, ici p.13.

2115 W. HASSEMER, *Absehbare Entwicklungen in Strafrecht dogmatik und Kriminalpolitik*, in C. PRITZWITZ et I. MANOLEDAKIS (dir.), *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, Nomos, 2000, p. 21. Cité par H. HENRION, *op.cit.*, p. 40. Selon Hervé Henrion, « L'article 9 de la Déclaration de 1789 (DDHC) envisage la présomption d'innocence sous l'angle de proportion de la contrainte étatique ». H. HENRION, « La présomption d'innocence, un « droit à ... »? Comparaison franco-allemande », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 57, n°4, 2005. pp. 1031-1054. L'auteur se réfère à J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2000, n°220, p. 374.

2116 En ce sens, H. HENRION, « La présomption d'innocence, un « droit à ... »? Comparaison franco-allemande », *op.cit.* Sur la notion de droit fondamental, voir *supra*.

3) La présomption d'innocence : un principe régissant le droit probatoire

1003.- D'un point de vue pratique, la présomption d'innocence rejait sur le droit de la preuve. Rappelons que « l'objet même du procès pénal est de rechercher la vérité et donc de rassembler des preuves qui permettront de déterminer si la personne est ou non coupable »²¹¹⁷. Comme l'écrit Christine Lazerges, « Le procès pénal *lato sensu*, dès son commencement, dès l'interpellation d'un suspect, est tout entier gouverné par le droit de la preuve, lui-même gouverné par la présomption d'innocence »²¹¹⁸.

1004.- Selon la présomption d'innocence, c'est, en principe, sur l'accusation que pèse la charge de la preuve²¹¹⁹. Certains auteurs préfèrent écrire que la charge de la preuve « ne pèse pas sur la défense »²¹²⁰. Le doute devant profiter à l'accusé, il revient à l'accusation de démontrer, par différents moyens de preuve²¹²¹, la culpabilité de ce dernier. Dans une décision du 22 janvier 1999, le Conseil constitutionnel rappelle d'ailleurs « qu'il incombe au procureur de prouver la culpabilité de l'accusé »²¹²² et dans la décision des 19 et 20 janvier 1981, il avait présenté cette règle comme une conséquence de la présomption d'innocence²¹²³.

4) La présomption d'innocence : un principe encadrant juridiquement l'incertitude

1005.- Enfin, la présomption d'innocence institutionnalise l'incertitude²¹²⁴. Elle donne un encadrement juridique à l'incertitude et elle structure le doute quant à la culpabilité. Le doute doit profiter à l'accusé : dans l'incertitude, la présomption d'innocence prescrit de ne pas condamner ce dernier. Se pose alors la question de sa portée, en tant que principe gouvernant l'incertitude, dans une rationalité de précaution, qui prend à contre pied la formule « dans le doute, abstiens toi ».

2117F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, *op.cit.*, n° 542, p. 361.

2118Ch. LAZERGES, « La présomption d'innocence en Europe », *op.cit.*, p. 131.

2119Nous verrons toutefois qu'il existe des situations où la charge de la preuve est renversée par des présomptions non plus d'innocence mais de culpabilité, voir *infra*.

2120F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *op.cit.*, n° 547, p. 365. Selon la procédure, en partie inquisitoriale, le juge réunit les preuves à charge et à décharge et c'est sur le Parquet que pèse, *in fine*, la charge de démontrer la culpabilité.

2121Sur la preuve, voir F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *op.cit.*, n° 542 à 608, pp. 361-410.

2122Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Journal officiel* du 24 janvier 1999, p. 1317, *Recueil*, p. 29.

2123Décision n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981 précitée. Voir sur cet point F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *op.cit.*, n° 551, p. 367.

2124H. HENRION, *La nature juridique de la présomption d'innocence : comparaison franco-allemande*, Préface de Christine Lazerges et Heidi Jung (directrices de thèse), Presses de la Faculté de Montpellier, Coll. Thèses, Tome 3, 2006.

II. UNE PRÉSUMPTION D'INNOCENCE EN DÉCHÉANCE DANS LA RATIONALITÉ PÉNALE DE PRÉCAUTION

1006.- L'observation démontre que le principe d'innocence n'a plus la même portée dans la rationalité pénale de précaution naissante. Il s'y trouve en déchéance, d'une part, parce les logiques respectives de ce principe et de celui de précaution s'affrontent (A), d'autre part, parce qu'il est la cible d'atteintes concrètes, qui se sont multipliées sous l'effet de la précaution (B).

A. LA PRÉSUMPTION D'INNOCENCE ET LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION : UN AFFRONTEMENT DE CONCEPTIONS ET DE MÉTHODES

1007.- Dans l'ère de la précaution, la présomption d'innocence fait l'objet de critiques dans ses fondements même (1). Sa portée est, en effet, largement réduite dans une rationalité de précaution (2).

1) Critique de la présomption d'innocence dans une rationalité pénale de précaution

1008.- La présomption d'innocence, dans son libellé même, fait l'objet de contestations dans une société de précaution, fertilisée par l'idéologie victimaire²¹²⁵. Comme le rappelle Denis Salas par exemple, « Dans l'expression présomption d'innocence, les victimes n'entendent qu'un mot, innocence. Ce mot est mal choisi pour désigner celui que l'on pense être l'auteur des faits. Pour la victime qui souffre encore, ce n'est pas acceptable »²¹²⁶. La présomption d'innocence est aujourd'hui appréhendée différemment de sa conception dans le contexte de réaction à l'arbitraire dans lequel elle a émergé. La volonté d'évitement du danger et de la souffrance potentielle prime désormais largement sur le souci de sûreté de l'individu face à la contrainte étatique.

2125 Voir *supra* sur ce point.

2126 D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, op.cit.

2) Une portée diminuée de la présomption d'innocence dans une rationalité de précaution

1009.- Aussi, la présomption d'innocence ne peut avoir le même sens ni la même portée dans une rationalité de précaution où le droit pénal doit aussi être mis en action dans des situations d'incertitudes. Le principe de précaution s'active en face d'un danger potentiel même en cas d'incertitude sur la survenue et la causalité de ce danger. Il s'actionne donc avant même que la culpabilité ne soit avérée. Alors que la présomption d'innocence régit l'incertitude en autorisant une effectivité du droit pénal uniquement lorsque la culpabilité est démontrée, le principe de précaution entend agir avant même cette démonstration. Dès lors, dans sa logique, le principe de précaution s'affranchit de la présomption d'innocence pour agir sur l'incertitude. Quand la présomption d'innocence commande l'abstention de la justice pénale dans l'incertitude²¹²⁷, le principe de précaution préconise d'agir nonobstant l'incertitude.

1010.- Cette affranchissement de la présomption d'innocence dans la rationalité pénale de précaution se vérifie par l'existence et la multiplication d'atteintes concrètes à ce principe.

B. DES ATTEINTES CONCRÈTES À LA PRÉSOMPTION D'INNOCENCE DANS LA RATIONALITÉ PÉNALE DE PRÉCAUTION

1011.- Ainsi, émergent, sous l'influence du principe de précaution, des présomptions de culpabilité **(1)** et, plus caractéristiques de la logique de précaution, des présomptions de dangerosité **(2)**, inversant la démonstration de la preuve. Finalement, la précautionnalisation du droit pénal pourrait conduire à inverser la maxime de Pufendorf selon laquelle « chacun est censé homme de bien, jusques à ce qu'on ait prouvé le contraire »²¹²⁸.

2127 Voir *supra*.

2128 S. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, Traduction de Jean Barbeyrac. Tome II. Édition de B le 1732, Centre de Philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, U.R.A. - C.N.R.S., Caen, 1987, Livre, VIII, chap. IV, § III, p. 416. Cité par H. HENRION, « La présomption d'innocence, un « droit à ... »? Comparaison franco-allemande », *op.cit.*, p. 1035.

1) La présomption d'innocence affectée par des présomptions de culpabilité²¹²⁹

1012.- Des hypothèses où le droit ne présume non plus l'innocence mais la culpabilité ont été admises **(a)**. La loi prévoit, en effet, des présomptions de culpabilité, dont nous donnerons quelques exemples **(b)**.

a) Validation des présomptions de culpabilité au dépit de la présomption d'innocence

1013.- Comme le souligne Christine Lazerges, « Les États de l'Union européenne connaissent à des degrés divers tous un mouvement de politique criminelle, au nom du droit à la sécurité, peu respectueux des incidences du principe de la présomption d'innocence sur le droit de la preuve »²¹³⁰.

1014.- Dans un arrêt du 7 octobre 1988 relatif au droit douanier français, la Cour EDH avait admis qu'il existe dans les droits des pays membres des présomptions allant à l'encontre de la présomption d'innocence tant que celles-ci connaissent des limites raisonnables, qu'elles concernent des infractions de moindre gravité et que sont préservés les droits de la défense²¹³¹. Assez rapidement, la Cour de cassation a adopté cette solution européenne²¹³².

1015.- En droit pénal positif français, ont, ainsi été introduites des présomptions de culpabilité²¹³³ validées par le Conseil constitutionnel. En effet, dans une décision du 16 juin 1999, le Conseil déclare que « de telles présomptions peuvent être établies notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère

2129La doctrine utilise parfois l'expression présomption de responsabilité. Voir F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *op.cit.*, n° 552, p. 368.

2130CH. LAZERGES, « La présomption d'innocence en Europe », *op.cit.*, p. 134.

2131CEDH, 7 octobre 1988, Salabiaku contre France, n° 10519/83, RSC 1989, p. 167. Voir aussi sur cette décision, CH. LAZERGES, *op.cit.*, p. 134s. Voir également CEDH, 25 septembre 1992, Pham Hoang c/ France ; CEDH, 5 décembre 2006, Job Vos c/ France. Voir F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *op.cit.*, n° 553, p. 369.

2132Crim. 10 février 1992, n° 90-83.278, *Bull. Crim.* n° 62 ; Crim. 1^{er} février 2000, n° 99-84.764, *Bull. Crim.* n° 51. Voir sur ce point, M. POUIT, « Les atteintes à la présomption d'innocence », mémoire précité, p. 15s.

2133Voir not. J. BUISSON, « Les présomptions de culpabilité », *Procédures*, 1999, chron. N° 15 ; M. NISOLE, *Les présomptions de culpabilité*, Mémoire de Master 2 Recherche, sous la direction d'Yves Mayaud, Université Panthéon-Assas, 2009 ; J. AUZAS, *Les présomptions de culpabilité en droit pénal*, Mémoire de DEA, sous la direction de Cristina Mauro, Université Panthéon-Assas, 2005.

irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité »²¹³⁴.

b) Exemples de présomptions de culpabilité

1016.- On retrouve notamment ces présomptions de culpabilité en droit pénal routier. Selon l'article L. 121-2 du code de la route, le titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule est considéré responsable des infractions à la réglementation en matière de stationnement. Cette présomption de responsabilité peut être renversée en établissant un « événement de force majeure » ou en fournissant « des renseignements permettant d'identifier l'auteur véritable de l'infraction ».

1017.- De même, l'article L. 121-3 du code la route tient le détenteur du certificat d'immatriculation pour responsable des infractions, commises avec le véhicule correspondant, à la réglementation sur les vitesses maximales autorisées, sur le respect des distances de sécurité entre les véhicules, sur l'usage des voies et chaussées réservées à certaines catégories de véhicules et sur les signalisations imposant l'arrêt des véhicules. Ces présomptions peuvent être renversées, comme pour celles de l'article L. 121-2, en démontrant un événement de force majeure (dont le vol du véhicule) ou en établissant que l'on n'est pas l'auteur véritable de l'infraction.

1018.- Dans des matières plus graves, le droit pénal a aussi instauré des présomptions de culpabilité. Ainsi, par exemple, est présumé coupable de proxénétisme, selon l'article 225-6 du code pénal, celui qui fait « *office d'intermédiaire entre deux personnes dont l'une se livre à la prostitution et l'autre exploite ou rémunère la prostitution d'autrui* » ; celui qui « [facilite] à un proxénète la justification de ressources fictives » ; celui qui « [ne peut justifier] de ressources correspondant à son train de vie tout en vivant avec une personne qui se livre habituellement à la prostitution ou tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à la prostitution » ; celui qui « [entrave] l'action de prévention, de contrôle, d'assistance ou de rééducation entreprise par les organismes qualifiés à l'égard

2134 Décision n°99-411 D.C. du 16 juin 1999, *Journal officiel* du 19 juin 1999, p. 9018, *Recueil*, p. 75, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 7, D. 1999, p. 589, note MAYAUD, *RD public* 1999, p. 1287, MATHIEU et VERPEAUX, *JCP* 2000, I, 201.

de personnes en danger de prostitution ou se livrant à la prostitution ». On peut s'interroger sur le respect par ces présomptions des exigences constitutionnelles posées en 1995²¹³⁵. En effet, elles ne relèvent pas du domaine contraventionnel.

1019.- Par ailleurs, on peut se demander avec Christine Lazerges si la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité²¹³⁶ créée par la loi du 9 mars 2004²¹³⁷ n'introduit pas une nouvelle sorte de présomption de culpabilité²¹³⁸. Dans sa décision du 2 mars 2004, le Conseil valide cette nouvelle procédure, « considérant que, s'il découle de l'article 9 de la Déclaration de 1789 que nul n'est tenu de s'accuser, ni cette disposition ni aucune autre de la Constitution n'interdit à une personne de reconnaître librement sa culpabilité »²¹³⁹. Mais à la différence des autres types de présomptions de culpabilité sus-évoquées, la CRPC nécessite le consentement de l'intéressé²¹⁴⁰ même si celui-ci est largement incité par l'appel d'une peine plus clémente et d'une procédure moins lourde²¹⁴¹. Toutefois, présentée parfois comme le symbole d'une justice consensuelle, contractuelle, acceptée²¹⁴², la

2135 Voir *supra*.

2136 La CRPC est une procédure instaurée par la loi du 9 mars 2004, qui la présente comme un moyen d'éviter la lourdeur d'un procès pénal classique. Selon l'article 495-7 du code de procédure pénale, « Pour tous les délits, à l'exception de ceux mentionnés à l'article 495-16 et des délits d'atteintes volontaires et involontaires à l'intégrité des personnes et d'agressions sexuelles prévus aux articles 222-9 à 222-31-2 du code pénal lorsqu'ils sont punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à cinq ans, le procureur de la République peut, d'office ou à la demande de l'intéressé ou de son avocat, recourir à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité conformément aux dispositions de la présente section à l'égard de toute personne convoquée à cette fin ou déférée devant lui en application de l'article 393 du présent code, lorsque cette personne reconnaît les faits qui lui sont reprochés ».

2137 Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, précitée.

2138 CH. LAZERGES, « La présomption d'innocence en Europe », *op.cit.*, p. 133. Selon l'auteure, la présomption d'innocence est « mise à mal » la CRPC comme par le « guilty plea ». Pour une comparaison de la CRPC et du « plaider coupable » anglosaxon, voir not. Sénat, *Le plaider coupable*, Documents de travail du Sénat, série législation comparée, LC 122, mai 2003 ; I. PAPAIOPOULOS, *Le plaider coupable : la pratique américaine, le texte français*, PUF, coll. « Les notes », 2004 ; J. PRADEL, « Le plaider coupable, confrontation des droits américain, italien et français », *RIDC*, 2-2005.

2139 Décision n° 2004-492 DC du 02 mars 2004, *Journal officiel* du 10 mars 2004, page 4637, *Recueil*, p. 66.

2140 L'article 495-7 du code de procédure pénale précité, précise in fine, la condition préalable à l'engagement d'une CRPC, à savoir que l'intéressé reconnaisse les faits qui lui sont reprochés. L'article 495-8 de ce même code précise le déroulement de cette procédure. Le procureur propose une peine à l'intéressé, qui doit consentir à cette proposition. Sur le déroulement de la CRPC, voir not. F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *op.cit.*, n° 1236 à 1259, pp. 767-778.

2141 Sur la CRPC et les motivations de sa création, voir not. L. ANCELOT, *L'analyse économique du plaider coupable: application à la procédure française de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*. Thèse de doctorat. Nancy 2, 2009.

2142 Voir entre autres : G. AZIBERT, « Perspectives et prospectives. Au sujet de la procédure de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », *Mélanges offerts à Jean Pradel*, Éditions Cujas, 2006, p. 173 ; J.-P.- CERE, « De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le « plaider coupable », à la française, *AJP*, novembre 2003, p. 45 ; D. CHARVET, « Réflexions autour du plaider-coupable », *D.* 2004, Chron., p. 2517 ; H. JUNG, « Le plaider coupable et la théorie du procès pénal », *Mélanges offerts à Jean Pradel*, Éditions Cujas, 2006, p. 805 ; F. MOLINS, « Plaidoyer pour le « plaider coupable » : des vertus d'une peine négociée », *AJP*, nov. 2003, p. 61 ; A. VALOTEAU, « Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? », *Droit pénal*, mai 2006, p. 8.

CRPC, dès lors que l'intéressé consent à y recourir, induit que ce dernier renonce, en quelque sorte, à sa présomption d'innocence²¹⁴³.

1020.- Aussi, le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme du 9 juillet 2014 atteint la présomption d'innocence en voulant instaurer, en quelque sorte, une présomption de culpabilité pesant sur certaines personnes projetant un déplacement à l'étranger. L'article 1 de ce projet de loi prévoit l'instauration, dans le code de la sécurité intérieure²¹⁴⁴, d'un article L. 224-1 ainsi rédigé : «*Tout ressortissant français peut faire l'objet d'une interdiction de sortie du territoire lorsqu'il existe des raisons sérieuses de croire qu'il projette des déplacements à l'étranger : / 1° Ayant pour objet la participation à des activités terroristes, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité; / 2° Ou sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes et dans des conditions susceptibles de le conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour sur le territoire français*²¹⁴⁵». En raison du caractère très flou de l'expression «*raisons sérieuses de croire*», il se pourrait que toute personne comptant se rendre à un endroit reconnu comme étant «*théâtre d'opérations de groupements terroristes*» soit présumée coupable de projeter de participer à des actes terroristes. De plus, comme le souligne la CNCDH, en pratique, l'interdiction de quitter le territoire sera «*décidée à partir de notes des services de renseignement émanant de la Direction générale sur la sécurité intérieure, c'est-à-dire de documents non contradictoires*» et constitue ainsi «*une atteinte grave à la liberté d'aller et de venir [reposant] sur des appréciations exclusivement subjectives*»²¹⁴⁶.

1021.- La validation des présomptions de culpabilité apparues à la fin du 20^{ème} siècle ont ouvert la voie à des présomptions de dangerosité subrepticement instaurées au

2143 Voir par exemple sur ce point : A.-S. CHAVENT-LECLÈRE, *et al.*, « La défense pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: enjeux et entorses », *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, n° spécial, 2010. Et, plus généralement, sur les droits de la défense dans la CRPC : F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *op.cit.*, n° 1244 et 1247, p. 771 et p. 772 ; X PRADEL, M. SEURIN, D. CASANOVA, D. MISSISTRANO, « Le plaidoyer de culpabilité », *Revue Pénitentiaire*, 2005, p. 377.

2144 Sur le code de la sécurité intérieure, voir *supra*.

2145 L'article poursuit, concernant les modalités de cette interdiction de quitter le territoire : «*La décision est prononcée par le ministre de l'intérieur pour une durée maximale de six mois à compter de sa notification. Le ministre de l'intérieur ou son représentant entend, sans délai, la personne concernée et au plus tard, quinze jours après que la décision lui a été notifiée. / Aussi longtemps que les conditions en sont réunies, l'interdiction de sortie du territoire peut être renouvelée par décision expresse. Elle est levée aussitôt que ces conditions ne sont plus satisfaites. / L'interdiction de sortie du territoire emporte retrait du passeport de la personne concernée ou, le cas échéant, fait obstacle à la délivrance d'un tel document. / Le fait de quitter ou de tenter de quitter le territoire français en violation d'une décision d'interdiction de sortie du territoire français prise en application du présent article est puni de trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende.*»

2146 Avis de la CNCDH précité, p. 4.

21^{ème} siècle sous l'influence précautionniste. Plus caractéristiques du principe de précaution, ces présomptions de dangerosité viennent porter atteinte à la présomption d'innocence, de manière plus insidieuse encore que les présomptions de culpabilité qui viennent d'être étudiées.

2) La présomption d'innocence affectée par des présomptions de dangerosité

1022.- Des présomptions de dangerosité ont émergé en droit pénal, suggérées par une attitude précautionniste qui a conquis l'ensemble de la société (**a**). Ces présomptions, ainsi largement introduites en droit pénal (**b**), sont marquées par leur caractère quasi-irréfragable (**c**).

a) Des présomptions de dangerosité insufflées par une attitude précautionniste

1023.- C'est d'abord dans notre rapport primitif au danger qu'il faut tenter d'expliquer la mise en œuvre de certains mécanismes humains de défense pour le contrer. Le droit pénal a investi ces mécanismes naturels d'évaluation du danger pour élaborer une réponse entre anticipation du risque potentiel et réaction face au risque avéré. En effet, « L'évaluation de la dangerosité potentielle d'autrui est une attitude spontanée et naturelle. Tout au long de la vie, quel que soit son sexe ou son âge, chacun jauge le danger possible de toute situation et de toute rencontre : le jeune enfant qui doit partager son bac à sable avec des inconnus, l'adolescente qui va à son premier rendez-vous avec un garçon qu'elle ne connaît pas bien, la jeune femme qui croise un homme dans un parking désert au milieu de la nuit, le voyageur qui s'est trompé de rue dans une banlieue de grande ville, le cadre de la cinquantaine à qui l'on vient d'imposer un nouveau directeur plus jeune que lui, le vieillard qui vient d'être placé dans une maison de retraite... Tout le monde évalue quotidiennement le danger qu'il peut ou qu'il croit pouvoir rencontrer. Il s'agit d'un comportement en grande partie instinctif, hérité de l'évolution, car indispensable à la survie »²¹⁴⁷.

2147G. NIVEAU, *L'évaluation de la dangerosité et du risque de récurrence*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 11.

1024.- A force d'évaluations inconscientes de la dangerosité des situations et des personnes qui nous entourent, dans une société devenue allergique au danger²¹⁴⁸ et craintive face à la souffrance directe potentielle, mesurée à la souffrance concrète vécue par ses pairs, émergent des cas où la dangerosité de l'autre est d'emblée présumée. Certaines figures sont *a priori* considérées comme dangereuses²¹⁴⁹ car elles présentent les stigmates de ce qui fait peur. Ces figures dangereuses, dont nous avons montré la construction plus haut²¹⁵⁰, alimentent aussi le droit pénal.

*b) Des présomptions de dangerosité instaurées par le droit pénal
précautionniste*

1025.- Au lieu de rétablir une posture neutre et un regard exempt de préjugés, le droit a, en quelque sorte, consacré cette pratique naturelle qui consiste à éviter ce qui est ressenti comme menaçant. En effet, en soumettant certains condamnés à une évaluation de leur dangerosité²¹⁵¹, il insinue que pèse sur eux une sorte de présomption de dangerosité. Se pose la question du caractère irréfragable de ces présomptions de dangerosité.

c) Des présomptions de dangerosité quasi irréfragables

1026.- « Même caractérisée, la présomption est d'une force susceptible de degrés. Elle se mesure, très exactement, sur la force que l'on exige des preuves capables de la renverser »²¹⁵². Rappelons que le Conseil constitutionnel n'a validé les présomptions de culpabilité que parce qu'elles « ne revêtent pas de caractère irréfragable »²¹⁵³.

1027.- S'agissant des présomptions de dangerosité, les évaluations, dans l'ère de la précaution, préféreront les laisser jouer plutôt que de les mettre hors jeu, d'autant plus qu'une pression sécuritaire pèse sur toutes les personnes ayant eu une décision à prendre quant au suivi des personnes présumées dangereuses²¹⁵⁴. Ainsi, si, en principe, la présomption de

2148 Voir *supra*.

2149 Voir *supra* sur les figures de dangerosité.

2150 Voir *supra*.

2151 Ceux qui ont commis certaines infractions jugées très graves, citées *supra*.

2152 C. LOMBLOIS, *op.cit.*, p. 87.

2153 Décision n°99-411 D.C. du 16 juin 1999 précitée.

2154 Voir *supra* sur la « sur-responsabilisation » induite par le principe de précaution.

dangerosité peut être renversée par une évaluation démontrant l'absence de dangerosité, en pratique, l'évaluateur est presque contraint à donner sens à la présomption en étayant, au contraire, la probabilité de récidive²¹⁵⁵. De surcroît, l'absence de dangerosité est impossible à prouver²¹⁵⁶.

1028.- Finalement, la présomption d'innocence, qui ne peut être supprimée sans que cela n'entraîne une destruction de l'État de droit, est toutefois largement affectée par l'influence du principe de précaution. Ici aussi, le principe de précaution privilégie la sécurité à la sûreté et à la sécurité juridique²¹⁵⁷, en invitant à présumer coupables ou dangereuses des personnes, sans que ces présomptions ne possèdent toujours d'assises fondées, précises, accessibles et prévisibles.

CONCLUSION

1029.- Le principe de précaution s'érige en un principe phare supérieur, susceptible de s'appliquer à tout ce qui l'entoure. Son application au droit pénal a pour conséquence d'altérer voire de déconstruire les principes fondateurs de cette matière, à commencer par la colonne vertébrale de la rationalité pénale moderne que constitue le principe de légalité.

1030.- En effet, le principe de précaution, dont la philosophie commande la prise de mesures dans l'incertitude, s'articule difficilement avec le principe de légalité, qui, dans l'objectif d'assurer la sécurité juridique, promeut la certitude. Dès lors, l'application du principe de précaution en matière pénale conduit à l'émergence d'une rationalité pénale qui n'est plus entièrement fondée sur le principe de légalité. Certes, la loi détient toujours une place importante dans la rationalité pénale de précaution, notamment parce que la dangerosité, critère de déclenchement des mesures de précaution, entretient un rapport avec une violation de la loi passée (car la dangerosité est évaluée chez les auteurs d'infractions désignées par le

2155 Voir *supra* le raisonnement à propos de la prise de décision en matière de détention provisoire, raisonnement qui peut être marqué également par la logique de précaution.

2156 Voir *supra* sur la notion de dangerosité, les difficultés à la définir et *a contrario* les difficultés à définir l'absence de dangerosité.

2157 Voir *supra* à propos des atteintes portées au principe de légalité par le principe de précaution.

législateur) et future (car la dangerosité, étant définie par le législateur comme une probabilité de récidive, les mesures de précaution visent à empêcher l'auteur de recommencer une nouvelle infraction de la même catégorie). Mais la loi, avec la logique de précaution, semble être rétrogradée et déplacée du centre qu'elle occupe pour devenir un principe de référence parmi d'autres.

1031.- La rationalité pénale de précaution crée ainsi **un système qui n'est que semi légal**. Déjà, la notion même de dangerosité, qui est inhérente à la logique de précaution, apparaît incompatible avec le principe de légalité. Étant une notion floue, sans définition précise et difficilement évaluable, elle se heurte aux exigences de clarté et de précision issues du légalisme. Aussi, lorsque le législateur pose que si un individu présente une certaine dangerosité, il fera l'objet d'une mesure de précaution, cette règle n'est pas prévisible, alors que la prévisibilité constitue pourtant un critère important de la légalité.

1032.- En outre, le système de la rationalité pénale de précaution s'éloigne du principe de légalité par l'utilisation d'un processus d'incrimination différent de celui guidé par le légalisme. Il a pour ambition d'adapter le principe de légalité à toute situation de danger, même potentiel. Ainsi, il assouplit les exigences du principe de légalité, en particulier ses contraintes rédactionnelles. La technique des infractions ouvertes est privilégiée dans cette rationalité qui souhaite pouvoir anticiper, même dans l'incertitude, toute situation. Aussi, alors que le principe de légalité est limité par le droit pour la loi de ne défendre que des actions nuisibles à la société²¹⁵⁸, la rationalité pénale de précaution y ajoute les actions potentiellement nuisibles. Dès lors, **le système promu par la rationalité pénale de précaution est un système flexible, dont la malléabilité est privilégiée à la fixité du légalisme**. Dans ce système, **la sécurité doit primer sur la sécurité juridique**. Est alors favorisé un droit mou, perméable aux élans précautionnistes.

1033.- De même que le principe de légalité, celui de présomption d'innocence, qui se trouve au cœur de la rationalité pénale moderne, est largement affecté dans la rationalité pénale de précaution. Dans la rationalité pénale moderne, la présomption d'innocence, qui signifie que quiconque doit être considéré innocent tant qu'un jugement n'a pas établi sa culpabilité, est un principe matriciel, irriguant d'autres principes substantiels et

2158Article 5 DDHC.

procéduraux ; elle est un droit à la fois objectif et subjectif et régit le droit de la preuve. Selon ce principe, le doute doit profiter à l'accusé et il incombe à l'accusation de démontrer la culpabilité. La présomption d'innocence est donc, au sein de la rationalité pénale moderne, un principe qui encadre l'incertitude et la régule au profit de l'accusé.

1034.- Dans la rationalité pénale de précaution, le raisonnement face à l'incertitude est presque inversé, notamment dans les cas de présomptions de culpabilité et surtout celles de dangerosité. Le principe de précaution vient en lieu et place de la présomption d'innocence **gouverner l'incertitude, en la régulant non plus au profit de l'accusé mais au profit de la sécurité**. Poursuivant une attitude précautionneuse presque naturelle en la radicalisant, les présomptions de dangerosité introduites en droit pénal consistent à présumer dangereux des individus auteurs de certaines infractions prévues par la loi en déclarant qu'ils sont susceptibles de faire l'objet d'une mesure de précaution. Ces présomptions sont presque irréfragables : si l'évaluation commandée peut conclure à l'absence de dangerosité, il est à craindre, dans une ère de la précaution sur-responsabilisante²¹⁵⁹ que les experts et décideurs préfèrent opter pour la mesure de précaution plutôt que la liberté.

²¹⁵⁹Voir *supra* sur surresponsabilisation.

CONCLUSION DU TITRE 1

1035.- L'architecture du droit pénal est en voie de déconstruction avec l'application du principe de précaution à cette matière et est gravement menacée si aucun frein n'est mis à l'extension de cette dernière. Le droit pénal moderne est construit sur des concepts et principes fondamentaux. La légalité, socle majeur sur lequel il repose, combinée avec la présomption d'innocence, en fait un système respectueux de l'État de droit qui garantit la sécurité juridique et la sûreté. La rationalité pénale moderne fonctionne sur cet équilibre entre l'efficacité de la répression et la garantie des libertés de la personne mise en cause. Aussi, le droit pénal se réfère à des concepts bien déterminés concernant la définition de l'infraction. Celle-ci comprend différents éléments constitutifs qui répondent à une définition précise et prévisible, propre à assurer la certitude.

1036.- Le principe de précaution fonctionne, lui, selon un tout autre mode. Il n'existe que parce que l'incertitude est prise en considération. Il a pour ambition de parer les risques même en situation d'incertitude. Aussi, les considérations du droit pénal moderne notamment liées à la certitude et à la sécurité juridique lui sont étrangères. Par conséquent, lorsqu'il est appliqué à la matière pénale, il bouscule tous ces principes et préalables. On aboutit alors à une modification des concepts tels que celui d'infraction et celui de responsabilité. L'infraction comprend désormais davantage d'actes potentiellement porteurs de dangers, la responsabilité connaît une extension au-delà des limites posées par le droit pénal moderne (minorité, irresponsabilité pénale, prohibition de la responsabilité du fait d'autrui...)

et l'émergence d'un nouveau système altère le légalisme et la présomption d'innocence. Ce système induit par la rationalité pénale de précaution privilégie la sécurité à la sécurité juridique, et dans l'incertitude, préfère stopper le dangereux potentiel que lui accorder le bénéfice du doute.

1037.- En déconstruisant l'architecture du droit pénal moderne, la rationalité pénale de précaution déstructure par là même le sens et la portée du droit pénal.

TITRE 2 : DESTRUCTURATION DU SENS ET DE LA PORTEE DU DROIT PENAL MODERNE PAR LE PRINCIPE DE PRECAUTION

1038.- Le sens et la portée du droit pénal moderne sont structurés autour de certaines idées fondamentales. La ligne directrice établit comme règle légale d'action la prise en compte de la commission de l'infraction jusqu'à la fin de l'accomplissement de la sanction. Cette structuration s'organise à partir de l'idée de la répression d'un comportement préalablement incriminé. En s'immiscant dans le droit pénal, le principe de précaution déstructure le sens et la portée du droit pénal pour donner en modifier leur contenu.

1039.- D'abord, le sens du droit pénal se manifeste à travers le sens qu'il donne à la peine. La peine est consubstantielle au droit pénal. Le droit pénal érige des comportements en infractions²¹⁶⁰ et organise la réaction sociale à ces infractions par le prononcé de peines. La sanction de sa transgression est partie intégrante du droit pénal. Aussi, la définition de la peine et les objectifs qui lui sont fixés éclairent sur le sens du droit pénal. Nous verrons comment une matière comme la pénologie moderne évolue sous l'emprise du principe de précaution (**Chapitre 1**).

1040.- Ensuite, la portée du droit pénal se révèle à travers son rapport au temps. La réaction sociale au crime s'inscrit dans le temps et obéit elle-même à une

²¹⁶⁰Voir *supra* sur ce point.

conception interne particulière du temps. Le droit pénal ne peut être dissocié de son appréhension du temps. Quant à l'influence précautionniste, elle s'exerce précisément sur cette relation entre le droit pénal et le temps, conduisant à une redéfinition de la temporalité pénale (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : LA PÉNOLOGIE SOUS L'EMPRISE DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION

1041.- La pénologie, « science pénitentiaire »²¹⁶¹ ou « science des peines »²¹⁶², « s'attache à l'étude des différentes sanctions dont le législateur peut assortir une incrimination pénale, entre lesquelles un tribunal peut être conduit à choisir, ou que l'administration est invitée à appliquer »²¹⁶³. Elle étudie « l'origine et le développement des différentes sanctions et mesures de défense sociale auxquelles la société a recours pour réprimer la criminalité, ainsi que leur mode d'application et leur efficacité relative »²¹⁶⁴. Ainsi, son attention est dirigée autant sur les peines proprement dites que sur les autres formes de sanction pénale et les mesures prises pour protéger la société. Enfin, s'intéressant à la réaction étatique au phénomène criminel, que celle-ci prenne la forme de peines ou de mesures de sûreté, la pénologie décrit alors les conséquences non homogènes de la violation (effective ou potentielle) de la loi pénale.

1042.- Ce chapitre sera l'occasion de confronter la conception actuelle de cette réponse diversifiée au crime à l'analyse du principe de précaution. Une relecture des sens de la peine et des mesures de sûreté au prisme du principe de précaution permettra de mesurer l'influence de ce dernier en la matière.

2161 Expression utilisée not. par Jean LARGUIER. J. LARGUIER, *Criminologie et science pénitentiaire*, Paris, Dalloz, Mementos, 10^{ème} édition, 2005. Voir aussi W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, Paris, Montchrestien, Précis Domat Droit privé, 1991. Pour Wilfrid Jeandidier, « La science pénitentiaire, ou pénologie, étudie le régime des sanctions prescrites par la loi ».

2162 J. LARGUIER, *op.cit.* L'auteur précise : « L'étude des peines constitue la science pénitentiaire, entendue comme science des peines, ou pénologie, et non pas seulement comme « sciences des établissements pénitentiaires » ».

2163 Définition de la pénologie donnée par J.-P. DOUCET, *Dictionnaire de droit criminel*, disponible sur le site droitcriminel.free.fr.

2164 J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, Liège, Imprimerie Nationale, 1965.

1043.- Des auteurs, étrangers pour la plupart, ont étudié les transformations récentes de la pénologie, et les ont abordées notamment sous le paradigme de l'actuariat. Ainsi, a été théorisée la *new penologie*²¹⁶⁵, révélatrice d'une justice pénale empruntant aux techniques actuarielles. Si ces dernières ont en effet influencé les conceptions et les mécanismes relatifs à la sanction pénale, le principe de précaution, qui a marqué son emprise sur le droit pénal, a très certainement, lui aussi, modifié aussi bien notre rapport à la peine que son essence-même.

1044.- Nous l'avons suffisamment rappelé au cours de notre travail, la peine s'applique à une personne ayant commis une infraction tandis que le principe de précaution déclenche la prise de mesures avant la réalisation du dommage. Nous pouvons également insister sur les tensions naturellement provoquées par la rencontre de la peine avec le principe de précaution. Peine et principe de précaution sont, de prime abord, antinomiques : le principe de précaution a vocation à s'appliquer avant même qu'une violation de la loi se soit produite et, en quelque sorte, la peine est prononcée lorsque le principe de précaution a failli. Aussi, pouvons nous penser que l'inclusion du principe de précaution dans la pénologie conduit nécessairement à une nouvelle appréhension de la peine, c'est-à-dire à une nouvelle façon de la penser et de la construire.

1045.- De la sorte, les finalités attribuées à la peine sont ainsi substantiellement modifiées par le principe de précaution, qui ne la place plus dans une position dominante par rapport à toutes les autres réponses données à la délinquance, mais à côté d'autres types de mesures, « renforts de la peine », qualifiées de mesures de sûreté par le législateur (**Section 1**). Nous observons que la loi du 15 août 2014, malgré son souci de recentrer la peine sur ses finalités traditionnelles, poursuit quelque peu le mouvement précautionniste²¹⁶⁶.

1046.- Par conséquent, nous faisons l'hypothèse de l'avènement d'une nouvelle pénologie précautionniste au sein de laquelle les rapports entre la peine et la « mesure de sûreté » sont redéfinis et intensifiés. Dans cette nouvelle pénologie, la proximité entre la peine et la mesure de sûreté conduit à les considérer toutes deux comme relevant d'une même

²¹⁶⁵Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

²¹⁶⁶Notamment en ce qui concerne la surreponsabilisation induite par la nouvelle peine de contrainte pénale par le renforcement du suivi des condamnés. Voir *infra*.

catégorie, celle de la sanction précautionniste, qui, dès lors, peut revêtir, selon les circonstances, la forme soit d'une peine, dans son acception traditionnelle, soit d'une « mesure de sûreté » (**Section 2**). La loi du 15 août 2014 crée une peine qui illustre de manière exemplaire l'unicité de la sanction précautionniste.

SECTION 1 : LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION APPLIQUE AUX FINALITÉS DE LA PEINE ET IMPLIQUANT DE NOUVELLES MESURES

1047.- L'étude des finalités de la peine conduit à plusieurs interrogations : « pourquoi », « dans quel but », « pour quoi » punir ? Et leur analyse sous le prisme du principe de précaution amène à se demander si ce dernier modifie les réponses apportées à ces questions essentielles et le cas échéant, dans quelle mesure et de quelle manière.

1048.- La comparaison entre les finalités attribuées traditionnellement à la peine et celles envisagées par le principe de précaution fait émerger un nouveau sens donné à la peine dans la rationalité pénale de précaution (**I**). Plus encore, cette rationalité est consubstantielle à d'autres types de mesures invitées à se multiplier aux côtés de la peine proprement dite (**II**).

I. LES FINALITÉS TRADITIONNELLES DE LA PEINE ET LES FINALITÉS DE LA PEINE DANS LA RATIONALITÉ PÉNALE DE PRÉCAUTION

1049.- La peine est définie comme le « châtiment édicté par la loi (peine prévue) à l'effet de prévenir et, s'il y a lieu, de réprimer l'atteinte à l'ordre social qualifiée d'infraction (*nulla poena sine lege*) ; châtiment infligé en matière pénale par le juge répressif, en vertu de la loi (peine prononcée) »²¹⁶⁷.

2167G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 4^{ème} édition, 2003, à « Peine », p. 644.

1050.- Nous ne dresserons pas ici une liste exhaustive des finalités de la peine, ni de sa conception au fil des époques et selon les différentes écoles de pensée. Nous nous contenterons de rappeler brièvement les finalités traditionnellement attachées à la peine autour de certains paradigmes (A), puis nous évoquerons celles mises en avant par le principe de précaution (B).

A. LES FINALITÉS TRADITIONNELLES DE LA PEINE

1051.- Nous distinguerons les fonctions que la peine possède à l'égard de la société (1) de celles qu'elle présente à l'égard des parties privées au procès pénal (2).

1) A l'égard de la société

1052.- La peine vient officiellement marquer un sentiment de réprobation à l'égard de l'acte du délinquant qui a troublé l'ordre public (a) et rétribuer le tort causé par l'infraction (b). Dans le même temps, elle peut, par sa nature même, contribuer à protéger la société pendant sa durée (c).

a) La réprobation sociale

1053.- L'édition d'une peine à l'encontre d'un comportement trouve son sens dans l'attachement à des valeurs communes auxquelles il ne serait pas socialement tolérable de porter atteinte. Ainsi, la peine marque officiellement le rejet, la désapprobation, par la société, de certains agissements²¹⁶⁸. Cette finalité de la peine se rapproche de la fonction expressive du droit pénal²¹⁶⁹.

²¹⁶⁸Voir, par exemple, M. VAN DE KERCHOVE « Les fonctions de la sanction pénale », *Informations sociales*, n°127, 7/2005, p. 22-31 .

²¹⁶⁹Voir *supra*.

b) La rétribution

1054.- La doctrine associe traditionnellement la peine à la rétribution²¹⁷⁰. Par exemple, Merle et Vitu définissent la peine comme « un châtiment infligé au délinquant en rétribution de l'infraction commise »²¹⁷¹. Jean Pradel explique ainsi la fonction rétributive, qu'il présente aussi comme la première fonction de la peine : « L'infraction ayant causé un mal à la société, celle-ci réagit pour que « justice soit faite » et elle le fait en infligeant au délinquant un autre mal en vue de rétablir une sorte d'équilibre »²¹⁷². D'où la rétribution, « le rétablissement d'une harmonie brisée »²¹⁷³.

1055.- Fondement et justification du droit de punir²¹⁷⁴, la rétribution est expliquée par un rééquilibre, un rétablissement de l'ordre social, une équivalence axiologique. Pour Kant, défenseur d'une justice absolue, elle est légitimée par la dignité de l'Homme²¹⁷⁵. Pour Hegel, elle correspond à l'affirmation du droit²¹⁷⁶ : le crime constitue la négation du droit ; le châtiment rétributif nie le crime qui est une négation du droit ; deux négations conduisent à une affirmation ; donc la rétribution affirme le droit.

c) La protection de l'ordre public

1056.- S'agissant de la protection de l'ordre public, on peut rapprocher cette fonction de celle dite d'élimination : « la privation de liberté assure à la société une grande chance de tranquillité pendant le cours de l'incarcération du délinquant »²¹⁷⁷. La peine rétablit non seulement l'ordre public, qui a été troublé par l'infraction, mais permet aussi (et c'est donc plus un effet de la peine qu'une finalité) de préserver la tranquillité pendant sa durée²¹⁷⁸.

2170 Sur la fonction de rétribution, voir not. B. BOULOC, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, Précis, 21^{ème} édition, 2009, pp. 406-407, n° 468 et 469.

2171 R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, Paris, Cujas, 1997, p. 882.

2172 G. LOPEZ et S. TZITZIS, *op.cit.*, à « Peine », « Les fonctions de la peine », article de J. PRADEL, p. 688.

2173 G. LOPEZ et S. TZITZIS, *op.cit.*, à « Sanction pénale » (abord historique et philosophique de), article de G. BERNARD, pp. 841-849. Et à propos de l'apparition de l'idée de rétribution en cosmologie, voir G. LOPEZ et S. TZITZIS, *op.cit.*, à « Rétribution », article de S. TZITZIS, pp. 838-840.

2174 G. LOPEZ et S. TZITZIS, *op.cit.*, à « Rétribution », article de S. TZITZIS, pp. 838-839.

2175 *Ibidem*.

2176 *Ibidem*.

2177 G. LOPEZ et S. TZITZIS, *op.cit.*, à « Peine », « Les fonctions de la peine », article de J. PRADEL, p. 688.

2178 La préservation de la tranquillité évoque l'effet (voire la justification) de neutralisation de la peine. Sur ce point, voir not. X. BÉBIN, « La neutralisation sélective : une arme contre la criminalité », in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, pp. 113-123.

2) A l'égard des parties privées

1057.- Parmi les finalités traditionnellement rattachées à la peine, on remarque que certaines sont tournées vers les parties au procès, ce que nous avons évoqué dans la première partie de notre travail. La peine remplit une certaine fonction réparatrice à l'égard de la victime (a) et, surtout, poursuit, dans un objectif utilitariste, une finalité de réinsertion pour le condamné (b).

a) Une fonction réparatrice pour la victime²¹⁷⁹

1058.- La peine, comme substitut de la vengeance privée, a nécessairement une fonction réparatrice, à la fois du trouble causé à l'ordre public et de celui causé à la victime. Si cette seconde fonction réparatrice est à peine avouée, afin d'éviter que la peine soit entendue comme une résurgence de la vengeance privée, elle est néanmoins présente, notamment dans le ressenti de la partie civile. « La sanction crée un espace entre celui qui provoque le dommage et celui qui le subit, un espace médian, médiatisé par la Loi qui fixe les règles de la réparation et de la peine [...]. La sanction reconstitue ainsi un espace et un temps humainement partageables et régis par la loi des hommes »²¹⁸⁰.

1059.- Dans le sillage de Kant, l'infraction est considérée comme un désordre niant l'ordre²¹⁸¹. Denis Salas écrit que « Cet « ordre » est le tissu de la vie collective, la trame de nos rapports moraux faits de respect et de liberté. Nourrie de cet ordre, la peine réactive l'engagement de chacun à respecter ces contraintes, bref le lien social facteur de paix. La souffrance des victimes n'en est que le signifiant. La déchirure du lien social prime sur le reste. Mais la sanction est due - dans un second temps seulement - à la victime »²¹⁸². L'auteur, qui se réfère à la pensée de Paul Ricoeur²¹⁸³, rappelle ici la dimension « réparatrice » de la

²¹⁷⁹Mais la réparation est plutôt l'objectif de l'action civile comme nous l'avons étudié plus haut. Voir *supra* (Partie I, Titre I, Chapitre 2).

^{2180A}. CIAVALDINI, « Sanctionner et soigner : du soin pénalement obligé au processus civilisateur », *La lettre de l'enfance et de l'adolescence*, n°57, 3/2004, pp. 23-30, ici, p. 24. L'auteur part de l'approche de Paul Ricoeur. Voir P. RICOEUR, *Parcours de la reconnaissance*, Paris, Stock, 2004.

²¹⁸¹Voir *supra*.

^{2182D}. SALAS, Audition, « Les raisons de la peine, une lecture de Paul Ricoeur » in Texte adopté par l'Assemblée plénière de la CNCDH (Rapporteur : Jean-Pierre Dubois), « Réflexions sur le sens de la peine », Annexes, 24 janvier 2002.

^{2183P}. RICOEUR, *Le Juste*, I, Paris, Esprit, 1995 ; *Le Juste*, II, Paris, Esprit, 2001 ; *Philosophie de la volonté*. Tome II : *Finitude et culpabilité*, Paris, Aubier, 1960 ; « Interprétation du mythe de la peine » in *Le Mythe de la peine*, Paris, Aubier, 1967, p. 26.

peine. La victime s'incarne dans la figure du « plaignant », lequel « doit se sentir représenté par la loi et voir dans son rétablissement sa propre réparation ». Car « Le droit intercale une distance entre la personne souffrante et son rôle procédural (partie civile ou témoin). C'est à cette personne « secondarisée » par le procès - et presque constituée par lui – que s'adresse la sanction »²¹⁸⁴. Aussi, la peine est presque toujours, souterrainement, reliée à la victime de l'infraction.

b) *Une peine utilitariste, la dissuasion et la réintégration pour le condamné*

1060.- Selon l'utilitarisme de Bentham²¹⁸⁵ et la théorie du *rational choice*²¹⁸⁶, les individus, avant de passer à l'acte, mesureraient les avantages pouvant être retirés de l'infraction et les inconvénients susceptibles d'être encourus (condamnation, sanction). Par conséquent, la peine doit être utilitariste de sorte que les délinquants potentiels préfèrent s'abstenir de commettre une infraction à encourir une sanction. Elle possède ainsi une fonction de dissuasion et une fonction d'intimidation²¹⁸⁷, qui peut revêtir deux sens : l'intimidation collective (prévention générale) et l'intimidation individuelle (prévention spéciale)²¹⁸⁸.

1061.- Cette prévention spéciale s'exerce aussi, dans la peine utilitariste, à travers la réintégration du délinquant. Selon Bernard Bouloc, ce souci de réadaptation des délinquants est décelable dans les termes utilisés pour désigner les peines encourues en cas de délits : les rédacteurs du code pénal envisageaient la réadaptation comme le but essentiel des peines « correctionnelles »²¹⁸⁹. Mais dès 1944, la Commission pour la réforme pénitentiaire avait déjà adopté un programme dont le premier point visait la réintégration : « 1) La peine privative de liberté a pour *but essentiel* l'amendement et le reclassement social du condamné »²¹⁹⁰. De même, la loi du 22 juin 1987 sur le service public pénitentiaire affirme dans son premier article que le service public pénitentiaire « favorise la réinsertion sociale » des condamnés²¹⁹¹. Et la décision constitutionnelle du 20 janvier 1994 précise que la peine a

2184D. SALAS, *op.cit.*

2185G. LOPEZ et S. TZITZIS, *op.cit.*, à « Peine », « Les fonctions de la peine », article de J. PRADEL, p. 688.

2186Voit *supra*.

2187Sur la fonction d'intimidation, voir, par exemple, B. BOULOC, *op.cit.*, pp. 404-406, n°464 à 467 ; J. RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *Mélanges à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 675.

2188Voi *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2. Et G. LOPEZ et S. TZITZIS, *op.cit.*, à « Peine », « Les fonctions de la peine », article de J. PRADEL, p. 688.

2189B. BOULOC, *op.cit.*, p. 408, n°471.

2190*Ibidem*.

2191*Ibidem*.

aussi pour objectif d'amender et de resocialiser²¹⁹². Nous verrons *infra* que, sous l'influence du principe de précaution, cette fonction de réintégration s'est largement développée, tout en étant guidée par une nouvelle logique.

1062.- Après avoir succinctement défini les différentes finalités traditionnellement rattachées à la peine, il convient d'étudier celles promues par la rationalité de précaution.

B. LES FINALITÉS DE LA PEINE DANS LA RATIONALITÉ DE PRÉCAUTION

1063.- Pour Denis Salas, « depuis plusieurs années, une politique sécuritaire voudrait faire de l'incarcération une sorte de principe de précaution »²¹⁹³. Bien que ne faisant référence ici qu'à l'emprisonnement, l'auteur relève une transformation générale et radicale du sens de la punition²¹⁹⁴. A l'occasion de la Conférence de dissensus organisée en parallèle de la Conférence de consensus²¹⁹⁵, François Ewald précise qu'il n'existe « plus de grand récit de la punition »²¹⁹⁶ et que « la question philosophique est [aujourd'hui] exclue »²¹⁹⁷, les réformes ne s'appuyant « plus sur des théories mais sur des pratiques »²¹⁹⁸ ; on ne se dirige « plus vers une théorie pénale mais vers un pragmatisme »²¹⁹⁹.

1064.- Sous la pression du principe de précaution, la peine répond, en effet, plus à des objectifs pragmatiques qu'à des considérations philosophiques. Elle renferme des fonctions différentes de celles rappelées ci-dessus et, plus précisément, le principe de précaution invite à privilégier parmi toutes ces finalités celle de la protection de la société (1). Ce qui entraîne un retrait de la fonction resocialisante de la peine (2). Toutefois, le principe de précaution entrant dans le domaine de la virtualité, la peine revisitée par lui possède

2192 Décision n°93-334 DC, 20 janvier 1994, JO 26 janvier 1994. Voir *infra*.

2193 D. SALAS, « État de sécurité ou État de droit ? », *Études* 2008/4, pp. 463-473, ici, p. 463.

2194 *Ibid.*, p. 465. L'auteur précise : « il ne s'agit ni de punir un acte, ni de sanctionner une personne, mais de prévenir des risques ».

2195 Cette journée d'étude, intitulée « Conférence de dissensus sur la récidive, Exercices critiques sur une production de vérité », a été organisée le 14 février 2014, par les Universités de Paris Ouest Nanterre La Défense et de Chicago (center in Paris), sous la direction de P. PONCELA et B. E. HARCOURT.

2196 F. EWALD, « Les paradoxes du risque, de la justice et de la dangerosité », intervention à la Conférence de dissensus, précitée.

2197 *Ibidem*.

2198 *Ibidem*.

2199 *Ibidem*. L'auteur va plus loin en affirmant que le nouveau gouvernement fait « le deuil de toute théorie pénale ».

nécessairement une fonction préventive, qui s'exerce en partie avec des outils de réinsertion (3).

1065.- On observe alors un mouvement paradoxal consistant d'une part, en un recul, au profit de la protection de la société, de l'intérêt porté à la socialisation en tant que telle, et d'autre part, en une valorisation purement pragmatique de la réinsertion. En effet, si l'attrait pour la fonction socialisante de la peine semble s'être estompé, ce retrait est couplé à une nouvelle importance donnée à la resocialisation en tant que moyen de prévenir la récidive et en tant qu'outil d'auto-responsabilisation des condamnés quant à leur propre réinsertion.

1) La prédominance de la fonction de protection de la société

1066.- Rappelons que la sauvegarde de l'ordre public constitue un objectif de valeur constitutionnelle conditionnant l'efficacité de la répression²²⁰⁰. Aussi, la fonction de protection de l'ordre public et de la société remplie par la peine s'avère cardinale dans la rationalité de précaution, intolérante au moindre risque et au moindre désordre.

1067.- La prédominance de la finalité de protection de la société²²⁰¹ ou de défense sociale s'exprime à travers la conception de la peine comme une sanction adossée davantage à l'acte qu'à l'individu (a) et à travers le glissement observé du droit de punir à la « volonté de punir » (b). De plus, la finalité de défense sociale s'accompagne d'une revalorisation de la fonction réparatrice (c).

a) La peine comme sanction de l'acte antisocial dans la politique criminelle de l'acte

1068.- La politique criminelle de l'acte²²⁰², en partie induite par le principe de précaution, conduit à une surreprésentation de l'acte au détriment des particularités de l'auteur.

2200 Voir *supra*. Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981.

2201 Pour Virginie Gautron, « la protection de la société [...] dévient la finalité première du système pénal. La réinsertion et le traitement ne sont plus des objectifs en soi mais des moyens placés au service de cette première finalité ». V. GAUTRON, « De la société de surveillance à la rétention de sûreté, Étapes, faux-semblants, impasses et fuites en avant » in « Loi du 17 juin 1998 : l'obligation de soins, 10 ans après », Dossier, *AJ pénal*, n°2/2009, février 2009, p. 56.

2202 Voir *supra*.

Dans ce cas, la peine est fondée davantage sur l'acte détaché de son auteur car dans une politique criminelle de l'acte promue par le principe de précaution, seuls importent les actes, générateurs de dommages réels ou virtuels pour la société. La réprobation sociale s'exerce alors à l'encontre de l'acte lui-même en tant que producteur de dommages pour une ou des victimes, effectives ou potentielles. Le préjudice emporte la vindicte plus que les intentions ou la capacité de l'auteur.

b) *Du droit de punir à la « volonté de punir »*²²⁰³

1069.- Dans la post-modernité, on observe un retrait de la fonction rétributive au nom notamment des droits de l'homme et de l'importance consacrée à l'individu²²⁰⁴. Dès les années 1980, il a pu être écrit que « La rétribution est l'objet d'une éclipse depuis environ deux siècles dans la philosophie pénale dominante, laquelle s'est organisée autour d'une conception utilitaire de la peine »²²⁰⁵.

1070.- Le recul de la fonction rétributive peut aussi s'expliquer par la prise en considération croissante du futur par la peine teintée de précautionnisme. La peine, certes « orientée vers la répression », « se préoccupe aussi de l'avenir dans un but utilitaire et social de réadaptation »²²⁰⁶. L'influence du principe de précaution sur la conception de la peine conduit inéluctablement à prendre davantage en considération l'avenir, ce principe étant essentiellement tourné, par nature, vers l'avenir et l'évitement de dangers futurs. Comme le souligne Denis Salas, « le droit de punir qui condense les craintes du passé doit [désormais] anticiper celles de l'avenir »²²⁰⁷. Par conséquent, dans une société du risque, qui tolère toujours moins de risques, le droit de punir associé à la rétribution²²⁰⁸ est devancé par une volonté de punir, par précaution, tout germe de risque.

2203 Voir l'ouvrage de D. SALAS (*La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, 2008) largement cité *supra*.

2204 G. LOPEZ et S. TZITZIS, *op.cit.*, à « Rétribution », article de S. TZITZIS, pp. 838-839.

2205 P. PONCELA, « Éclipses et réapparitions de la rétribution en droit pénal » in COLLECTIF, *Rétribution et justice pénale*, Paris, PUF, Série Philosophie du droit, 1983, p. 11.

2206 B. BOULOC, *op.cit.*, p. 407, n°469.

2207 D. SALAS, 2008, p. 465.

2208 Voir *supra*.

c) La réparation

1071.- En principe, même si la peine a une certaine finalité réparatrice, en tout cas apaisante pour la victime, cette dernière ne doit pas constituer un de ses objectifs essentiels dans la mesure où la réparation (au sens strict du terme) est assurée par l'action civile²²⁰⁹.

1072.- Or, sous l'influence du principe de précaution, l'aspect réparateur de la peine pourrait s'amplifier, à l'instar des sanctions qui, en matière environnementale, sont expressément tournées vers la réparation des dommages causés à l'environnement. L'exemple de l'instauration en matière pénale d'une « sanction-réparation²²¹⁰ » par la loi du 5 mars 2007²²¹¹ s'inscrit dans ce mouvement amplificateur, ainsi que les injonctions croissantes faites au procès pénal d'apaiser la souffrance de la victime²²¹².

2) Le recul de l'intérêt porté à la resocialisation

1073.- Tous ces constats amènent à pointer un net amenuisement, ces dernières années, de l'intérêt porté à la resocialisation, qui se traduit notamment dans une politique criminelle répressive qui se focalise sur l'acte au détriment de l'auteur (**a**). La récente loi du 15 août 2014, bien qu'elle entende placer la réinsertion au centre des fonctions de la peine, ne réussira pas à inverser totalement cette tendance (**b**).

a) La resocialisation en perte de vitesse

1074.- Nous avons déjà illustré ce recul de l'intérêt pour la socialisation à travers, par exemple, la « pénalisation » du droit des mineurs, qui néglige le primat de l'éducatif au profit d'une « répressivité » du traitement des mineurs²²¹³. De nombreux auteurs ont soulevé l'affaiblissement de l'idée de réinsertion²²¹⁴.

2209 Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2 relative aux victimes.

2210 M. HERZOG-ÉVANS, *Droit de l'exécution des peines*, Paris, Dalloz, Action, n°429s ; Ph. BONFILS, « Les dispositions relatives au droit pénal des mineurs délinquants dans la loi prévention de la délinquance », *Dalloz* 2007. Chron. 1027.

2211 Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

2212 *Idem*.

2213 Voir *supra*.

2214 Voir *supra*. Voir également, par exemple, X. DE LARMINAT, « De la réinsertion à la prévention de la

1075.- Le recul de l'intérêt de socialisation par la peine est corroboré aujourd'hui par le relatif échec qu'a connu, au départ de sa formation, la réforme pénale présentée par Christiane Taubira. Ce projet de réforme pénale prévoyait de revaloriser la fonction socialisante de la peine²²¹⁵. Or, il s'est heurté à des réactions très vives et négatives, de la part du politique (des partis adverses comme de son propre parti)²²¹⁶ et d'une proportion significative de l'opinion publique (selon les sondages)²²¹⁷. On peut en conclure que l'ère précautionniste n'est pas encline à accepter un tel projet humaniste, pariant sur l'humain, au risque de courir des dangers quand bien même ceux-ci seraient incertains²²¹⁸. Toutefois, nous verrons *infra* que ce projet de réforme, qui a été finalement adopté définitivement en juillet 2014, ne s'éloignera pas substantiellement de la peine précautionniste : par exemple, la peine de « contrainte pénale »²²¹⁹ qu'il instaure peut aussi être regardée comme découlant d'une philosophie de précaution responsabilisante, selon laquelle le meilleur moyen de prévenir la récidive est de réinsérer et de responsabiliser l'individu concerné en l'impliquant dans son propre programme de réadaptation²²²⁰.

b) Un remise en avant de la resocialisation par la loi du 15 août 2014

1076.- La loi du 15 août 2014 crée un nouvel article dans le titre III du livre I^{er} du code pénal relatif aux peines. Avant cette loi, ce titre III ne contenait que des dispositions sur la nature de la peine et les différentes peines applicables. Le code pénal ne précisait pas les finalités poursuivies par la peine. Désormais, un nouvel article 130-1 expose ainsi les finalités et les fonctions de la peine : « *Afin d'instaurer 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 et sa réinsertion* ». Ainsi, la fonction de resocialisation de la peine est solennellement affirmée et consacrée en droit positif. Cette consécration en début du titre relatif aux peines et avant tous les articles détaillant les peines récidive : glissements et dérapages de la criminologie appliquée aux agents de probation », intervention à la Conférence de dissensus, précitée. Xavier de Larminat explique notamment le glissement de la réinsertion à la prévention de la récidive par une transformation des identités professionnelles des agents de probation.

²²¹⁵Voir *infra*. Et voir *supra* sur les conclusions de la Conférence de consensus, source d'inspiration du projet de réforme pénale.

²²¹⁶Voir *supra*.

²²¹⁷Voir *supra* également.

²²¹⁸Voir *supra*, sur la pérennité du modèle de politique criminelle précautionniste, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

²²¹⁹Voir *infra* sur cette nouvelle peine.

²²²⁰Voir *infra* sur ce point.

existantes peut être comprise comme la volonté de rappeler que la réinsertion est une fonction essentielle de la peine, que, par ailleurs, la loi du 15 août 2014 relie à son individualisation²²²¹.

1077.- Surtout, comme l'exprime les motifs du projet de cette loi, ce nouvel article 130-1 du code pénal affirme la « complémentarité » des deux fonctions de la peine que sont la sanction et la réinsertion²²²². Certes, la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 avait inséré dans l'article 132-24 alinéa 2 du code pénal que « *La nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions* ». Mais ces dispositions laissaient entendre qu'il faut rechercher la conciliation entre, d'une part, la protection de la société, la sanction et les intérêts de la victime, et d'autre part, la réinsertion. Or, pour la nouvelle loi du 15 août 2014, il n'y a pas d'opposition entre sanction et réinsertion, ces deux aspects de la peine se complétant plus qu'ils ne s'affrontent.

1078.- Le projet de loi relative à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines, qui a donné naissance à la loi du 15 août 2014, contenait, en outre, un article 12 disposant que chaque personnel concerné veille « *à ce que les personnes condamnées accèdent de façon effective à l'ensemble des droits de nature à faciliter leur insertion* ». La CNCDH s'était réjouie de cet article, qui consacre un droit à la réinsertion qu'elle compare au « droit à la resocialisation » reconnu par la Cour constitutionnelle fédérale allemande²²²³. Cet article est devenu l'article 30 de la loi définitivement adoptée et contient les mêmes dispositions, consacrant donc l'importance de la réinsertion sociale des condamnés. Cependant, cette reconnaissance du caractère primordial de la réinsertion ne doit pas dissimuler l'objectif de prévention de la récidive affiché dans les motifs de la réforme de 2014, comme dans les lois précédentes²²²⁴.

2221 Voir *infra* sur l'individualisation et sur les apports de la loi du 15 août 2014 dans ce domaine (Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, I, B).

2222 Exposé des motifs de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, à propos de l'article 1er.

2223 CNCDH, Avis sur le projet de loi relative à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines, 27 mars 2014, p. 9.

2224 Voir *supra* (B, 3, b du présent I).

3) L'accroissement paradoxal de la fonction préventive

1079.- La fonction préventive de la peine est en fait apparue très tôt dans le droit pénal à considérer l'analyse de différents auteurs²²²⁵. Elle est parfois conçue comme la finalité-même de la peine²²²⁶. Par exemple, l'utilitarisme pénal conçoit la prévention (tant générale que spéciale) comme justification de l'exercice du droit de punir²²²⁷. La finalité préventive de la peine actuelle comprend, elle, deux aspects que nous distinguerons : la prévention par la neutralisation (a) et la prévention par la réinsertion (b).

a) La prévention par la neutralisation

1080.- La finalité de prévention par la neutralisation était déjà présente dans les mesures de sûreté positivistes²²²⁸ et dans la peine de relégation de 1885 à 1942²²²⁹. On retrouve aussi cette idée dans l'alourdissement depuis 2005 des peines infligées aux récidivistes²²³⁰. En effet, on peut voir dans cet allongement de la sanction pénale un moyen de neutraliser plus longtemps des individus dont le caractère récidivant démontre une certaine dangerosité. Par ailleurs, l'allongement de la peine pour les récidivistes participe d'un modèle de la sanction fondée sur la dissuasion, comme le soulève Denis Salas²²³¹. S'exprimant à propos des peines planchers, la garde des Sceaux, Rachida Dati, mettait en avant « la nécessité d'envoyer un signal fort et dissuasif »²²³². Mais, plus généralement, la peine, par son pouvoir de « contention »²²³³, permet de neutraliser aux fins de prévention. Cette neutralisation, que l'on retrouve désormais aussi dans les récentes mesures de sûreté largement

2225 PLATON, *Protagoras*, 324 a-b, cité par G. BERNARD in G. LOPEZ et S. TZITZIS, *op.cit.*, p. 847.

2226 C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, *op.cit.*, § XIII, p. 24 ; J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, Paris, Ed. Dumont, 3^{ème} édition, t. II, 3^{ème} partie, chap. 2, pp. 157-161 ; cités par G. BERNARD in G. LOPEZ et S. TZITZIS, *op.cit.*, p. 847.

2227 G. LOPEZ et S. TZITZIS, *op.cit.*, à « Rétribution », article de S. TZITZIS, pp. 838-839.

2228 Voir not. « La prévention par la neutralisation et la surveillance », B. BOULOC, *op.cit.*, p. 416, n°482.

2229 *Ibidem*.

2230 Sur ce point, voir X. BÉBIN in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*

2231 D. SALAS, 2008, *op.cit.*, p. 463. Selon l'auteur, nous assistons depuis plusieurs années à « la construction [...] d'un modèle pénal fondé sur la dissuasion. Cette construction repose sur un triptyque : symbiose avec l'opinion, adaptation du système pénal à ce contexte, philosophie dissuasive ».

2232 Citée par D. SALAS, 2008, *op.cit.*, p. 465.

2233 En référence aux travaux de Freud sur les pulsions tant sexuelles que violentes. S. FREUD, *Malaise dans la civilisation* (1929), Paris, Payot, coll. « Petite Bibliothèque Payot », 2010. Voir sur ce parallèle entre sanction pénale et contention de la « pulsionnalité », A. CIAVALDINI, *op.cit.*, pp. 26-27.

inspirées du principe de précaution²²³⁴, évoque les mises hors circuit par précaution des produits/techniques incertaines²²³⁵.

b) La prévention par la réinsertion

La réinsertion conçue uniquement comme moyen de prévention de la récidive

1081.- La doctrine relève l'importance accordée aujourd'hui à la fonction de resocialisation ou de réinsertion. Jean Pradel estime que « les fonctions [traditionnelles] de la peine sont aujourd'hui concurrencées par une autre [la resocialisation], dérivée de l'apparition du concept de mesure de sûreté »²²³⁶. De même, Bernard Bouloc relève que des trois fonctions essentielles de la peine moderne (intimidation, rétribution et réadaptation), « l'accent s'est progressivement déplacé [de la première vers la troisième] »²²³⁷.

1082.- On observe des critiques formulées à l'encontre de la finalité de réinsertion qui est considérée par ses adversaires comme empreinte de laxisme et comme étant trop compréhensive à l'égard des délinquants. Toutefois, sous l'influence du principe de précaution, comme principe d'anticipation de l'avenir et principe de responsabilité²²³⁸, la réinsertion retrouve son succès parce qu'il est vu en elle un moyen de lutter efficacement contre la récidive. L'aide à la resocialisation ne relève plus d'une vision humaniste mais survit dans l'unique objectif de sécuriser la société.

1083.- Aujourd'hui, il semble, en effet, exister un consensus sur la nécessité de la réinsertion comme moyen de prévention. « Cette réinsertion est, pour la société, un devoir, car elle seule peut éviter que le délinquant ne retombe perpétuellement dans la délinquance, sans cesse plus dangereux et moins amendable »²²³⁹.

2234 Voir *supra*.

2235 Voir *supra*.

2236 G. LOPEZ et S. TZITZIS, *op.cit.*, à « Peine », « Les fonctions de la peine », article de J. PRADEL, p. 688.

2237 B. BOULOC, *op.cit.*, p. 404, n°464. L'auteur précise qu'il observe, historiquement, ce déplacement du code de 1810 à celui de 1922.

2238 Voir *supra*.

2239 B. BOULOC, *op.cit.*, p. 409, n°472. R. GASSIN, « Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français », *RSC* 1996, p. 155s et p. 443s.

1084.- On retrouve cette fonction préventive de la récidive, par la réinsertion, tant dans les critères de la peine que dans ses modalités d'exécution. S'agissant des critères de la peine, la loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales a introduit un alinéa dans l'article 132-24 CP²²⁴⁰ incluant la prévention et la réinsertion comme critères de choix de la peine par les juges : « *La nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions* ».

1085.- S'agissant de l'exécution de la peine, la loi du 9 mars 2004 a clairement inscrit l'objectif de réinsertion dans l'article 707 CPP, article en quelque sorte préliminaire à toutes les dispositions en la matière : « *L'exécution des peines favorise, dans le respect des intérêts de la société et des droits des victimes, l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive* » (alinéa 2). Et la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 encourage à cette fin les aménagements de peine : « *A cette fin, les peines sont aménagées avant leur mise à exécution ou en cours d'exécution si la personnalité et la situation matérielle, familiale et sociale du condamné ou leur évolution le permettent. L'individualisation des peines doit, chaque fois que cela est possible, permettre le retour progressif du condamné à la liberté et éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire* » (alinéa 3 de l'article 707 CPP)²²⁴¹.

1086.- On peut d'emblée faire le constat d'un rapprochement constant entre la réinsertion et la prévention de la récidive²²⁴². A la différence de projets politiques tels que celui de la défense sociale nouvelle²²⁴³, la réinsertion n'est pas conçue, dans la rationalité pénale de précaution, comme un objectif humaniste mais bien comme un outil de prévention de la récidive²²⁴⁴. Aussi, lorsque la loi du 24 novembre 2009 a été considérée comme se situant en totale contradiction avec les réformes précédentes plus répressives²²⁴⁵, il faut garder à l'esprit

²²⁴⁰Article relatif à la détermination de la peine, qui, dans son premier alinéa, dispose : « *Dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Lorsque la juridiction prononce une peine d'amende, elle détermine son montant en tenant compte également des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction* ».

²²⁴¹Loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, article 72.

²²⁴²Voir également le Rapport Burgelin qui parle clairement de « prévenir le risque de réitération ou de récidive gr ce à la resocialisation de la personne ». Rapport précité, p. 71. Voir *supra*.

²²⁴³Voir *supra*.

²²⁴⁴Sur la prévention de la récidive, voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

²²⁴⁵Christian Mouhanna traite ainsi des « injonctions contradictoires » données aux magistrats ; Virginie Gautron évoque « une politique pénale schizophrénique ». CH. MOUHANNA (dir.), *La coordination des politiques*

cette observation. Si cette loi favorise, en effet, des mesures *a priori* favorables aux condamnés²²⁴⁶, elle le fait, peut-être, plus dans le but de prévenir la récidive pour protéger la société que dans un élan humaniste et fraternel à l'égard des condamnés.

1087.- La nouvelle peine de « contrainte pénale » créée par la loi du 15 août 2014, semble, de ce fait, avoir parié sur la réinsertion du condamné pour éviter qu'il ne récidive. Depuis 2013, le débat public qui l'a précédée portait sur la création d'une peine de probation²²⁴⁷ en lieu et place de l'emprisonnement. Ce débat s'est construit autour de deux impératifs qu'il est nécessaire de rappeler pour mesurer les tenants et les aboutissants d'une telle « nouveauté » : la diminution de la surpopulation carcérale²²⁴⁸ et la lutte contre la récidive²²⁴⁹. Précisons aussi que l'idée de la probation, entendue comme « l'ensemble des mesures pénales n'impliquant pas d'enfermement mais nécessitant tout de même des formes d'accompagnement et de contrôle »²²⁵⁰ n'est pas nouvelle. Elle est largement utilisée dans d'autres pays, comme l'Angleterre et le Pays de Galles où elle désigne clairement une sanction sans aucune référence à une peine privative de liberté alors qu'elle renvoie actuellement, en France, à des peines privatives de liberté en sursis²²⁵¹. Et les sanctions en milieu ouvert ont

judiciaires et pénitentiaires. Une analyse des relations entre monde judiciaire et administration pénitentiaire, Rapport de recherche, Mission Droit et justice, 2011, p. 34. V. GAUTRON, « Même s'ils sont condamnés à de la prison ferme, ils ne purgent pas leur peine ! » in R. VICOT (dir.), *Sécurité : vraies questions et faux débats*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 121, et plus précisément pp. 127-129.

2246 Pour une critique de l'objectif de réinsertion, de la création d'une réelle étape du processus pénal avec la phase d'exécution des peines et de la systématisation des aménagements de peine par la loi de novembre 2009, en ce que ces trois aspects discréditeraient la justice, voir not. X. BÉBIN, « Que penser de cette « justice aux deux visages » qui transforme en toute discrétion les peines prononcées par les tribunaux ? », Les Notes & Synthèses de l'Institut pour la justice, avril 2009. *Contra* P. MBANZOULOU, M. HERZOG-EVANS et S. COURTINE (dir.), *Insertion et désistance des personnes placées sous main de justice. Savoirs et pratiques*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 60s. Il est écrit, par exemple, que « La relation des aménagements de peine promus avec l'idée d'amoindrissement de la sévérité pénale et de valorisation du travail d'insertion n'a rien d'évident » (p. 60).

2247 Voir *supra*. D. DE RAIMBOURG, rapport précité ; F. TULKENS (dir.), *Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive*, Rapport du jury de la conférence de consensus, Paris, 2013.

2248 Sur la surpopulation carcérale, voir not. J.-M. DELARUE, Contrôleur général des prisons, Avis du 22 mai 2012 relatif au nombre de personnes détenues, NOR: CPLX1225127V, *JORF* n°0136 du 13 juin 2012, p. 9962, texte n° 77 ; D. DE RAIMBOURG, rapport précité ; A. BLANC, « À propos du rapport de Dominique Raimbourg : « Penser la peine autrement : propositions pour mettre fin à la surpopulation carcérale » », *Archives de politique criminelle*, A. Pédone, n° 35, 2013/1, pp. 153-162.

2249 Voir à propos de ces deux impératifs, par exemple, P.-V. TOURNIER, « Les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation », Dossier « Quelle nouvelle peine ? », *AJ pénal*, n°3/2013, 12 mars 2013, p. 126.

2250 Définition donnée par Xavier de Larminat. X. DE LARMINAT, « La probation en quête d'approbation : du consensus politique à l'aveuglement positiviste », *Archives de politique criminelle*, A. Pédone, n°35, 2013/1, pp. 45-60.

2251 P.-V. TOURNIER, « La contrainte pénale communautaire », Dossier « Quelle nouvelle peine » précité, p. 127.

largement été développées depuis 1999²²⁵² et notamment par les lois du 9 mars 2004 et du 24 novembre 2009 favorisant les aménagements de peines²²⁵³.

1088.- L'idée de création, en France, d'une nouvelle peine en milieu ouvert doit aussi être regardée dans le contexte des règles européennes, qui, dès 1992²²⁵⁴, promeuvent le développement de sanctions et de mesures dans la communauté²²⁵⁵. La dernière recommandation du Conseil de l'Europe du 20 janvier 2010 invite à « diffuser de la façon la plus large possible [la probation] auprès des autorités judiciaires, des services de probation, des services pénitentiaires, ainsi que des médias et du grand public »²²⁵⁶. A cette occasion, le Conseil de l'Europe donne une définition de la probation : « *l'exécution en milieu ouvert de sanctions et mesures définies par la loi et prononcées à l'encontre d'un auteur d'infraction. Elle consiste en toute une série d'activités et d'interventions, qui impliquent suivi, conseil et assistance dans le but de réintégrer socialement l'auteur d'infraction dans la société et de contribuer à la sécurité collective* »²²⁵⁷.

1089.- Dès 2006, des auteurs comme Pierre-Victor Tournier préconisent d'instaurer une peine de probation, sans référence à l'emprisonnement, et qui en cas de non respect des obligations, conduirait à un nouveau jugement « sans préjudice de la nature de la nouvelle peine »²²⁵⁸, en accord avec les recommandations du Conseil de l'Europe qui

2252En 1999, le Décret n°99-276 du 13 avril 1999 modifiant le code de procédure pénale et portant création des services pénitentiaires d'insertion et de probation créé donc les SPIP. Les SPIP remplacent et fusionnent les comités de probation et d'assistance aux libérés (CPAL), qui fonctionnaient en milieu ouvert et les services sociaux éducatifs (SSE), qui existaient en milieu fermé. Quatre-vingt-dix-huit SPIP ont ensuite été créés par arrêtés individuels le 7 juin 1999. Voir J.-J. HYEST et G.-P. CABANEL, « Les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France », tome 1, Rapport de commission d'enquête n°449 (1999-2000), fait au nom de la commission d'enquête, déposé le 29 juin 2000, p. 101s.

2253Voir *supra*. Et voir sur ce point, X. DE LARMINAT, *op.cit.* L'auteur écrit alors que « les marques d'approbation publiques qui s'accumulent aujourd'hui au sujet des sanctions en milieu ouvert ne constituent pas le point de départ d'une nouvelle ère mais plutôt un point d'orgue consécutif à une reconfiguration profonde du secteur » (p. 46). Voir les chiffres attestant de ce « développement en silence » des mesures en milieu ouvert (pp. 47/48).

2254Recommandation n°R 92/16 du Conseil de l'Europe relative aux règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté.

2255Recommandation n°R 97/12 du Conseil de l'Europe sur le personnel chargé de l'application des sanctions et mesures ; recommandation n°R 2000/22 du Conseil de l'Europe concernant l'amélioration de la mise en œuvre des règles européenne sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté ; recommandation n°R 2003/22 du Conseil de l'Europe, concernant la libération conditionnelle ; recommandation n°R 2006/2 sur les règles pénitentiaires européennes. Cette dernière recommandation précise que « *nul ne peut être privé de sa liberté, à moins que cette privation de liberté constitue une mesure de dernier recours* ».

2256Recommandation n°R 2010/1 du Conseil de l'Europe relative à la probation.

2257Ibidem.

2258P.-V. TOURNIER, « Réformes pénales : deux ou trois choses que j'attends d'elles », Document de l'association DES Maintenant en Europe, 2006, propositions n°16 et 17 ; P.-V. TOURNIER, « Réformes pénales : Deux ou trois choses que j'attends d'elles, 5 ans après », *Arpenter le champ pénal*, n° 253-254, supplément n° 1, 17 déc. 2011.

prévoient que la révocation de la sanction ou de la mesure dans la communauté ne conduit pas automatiquement à l'emprisonnement²²⁵⁹. Cette proposition sera renouvelée à plusieurs reprises par le même auteur²²⁶⁰ qui appellera à partir de 2011 cette nouvelle peine, la « contrainte pénale communautaire »²²⁶¹ (ci-après CPC). En juin 2012, un appel sera lancé à l'attention du Gouvernement et du Parlement « Pour en finir avec la primauté de l'emprisonnement : mettre au centre de l'échelle des peines, la CPC »²²⁶². La CPC est une sanction s'exerçant dans la communauté, dont la durée est déterminée à l'avance et dont le contenu (obligations, interdits, mesures de surveillance) peut être modifié au cours du temps de probation²²⁶³.

1090.- Au début de l'année 2013, trois instances se sont prononcées dans le même sens, en faveur de la création d'une peine de probation, qui, bien que ne portant pas la même dénomination de CPC utilisée par Pierre-Victor Tournier, possède les mêmes caractéristiques²²⁶⁴. En effet, comme nous l'avons évoqué *supra*²²⁶⁵, le rapport parlementaire d'information de l'Assemblée nationale de Dominique Raimbourg²²⁶⁶, le rapport du jury de la Conférence de consensus²²⁶⁷ et l'avis de la CNCDH sur la prévention de la récidive²²⁶⁸ ont préconisé la création d'une telle peine, qui devrait se substituer à l'emprisonnement s'agissant de certains délits.

1091.- Sur la base de ces différents travaux, un projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines, a été présenté par Christiane

2259Recommandation n°R 92/16 du Conseil de l'Europe relative aux règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté, précitée.

2260P.-V. TOURNIER, *Loi pénitentiaire, contexte et enjeux*, Paris, L'Harmattan, 2008. (p. 97 s., ch. 8, « Une nouvelle échelle des peines »).

2261Ce nom apparaît pour la première fois le 10 novembre 2011, à l'occasion d'une journée de formation à l'École nationale de la magistrature (ENM) sur le thème « Penser la peine ». P.-V. TOURNIER, « Pour en finir avec la primauté de l'emprisonnement. Mettre au centre de l'échelle des sanctions « la contrainte pénale communautaire » », *Arpenter le champ pénal*, n° 250, 21 nov. 2011. Voir sur la genèse de cette « contrainte pénale communautaire », P.-V. TOURNIER, « La contrainte pénale communautaire », Dossier « Quelle peine ? », *op.cit.*, *AJ pénal*, n°3/2013, 12 mars 2013, p. 127.

2262Appel du 1^{er} juin 2012 mis en ligne le 8 juin 2012 sur le site : leplus.nouvelobs.com/pierrevictortournier. Cet appel a été signé par plus de 150 personnalités.

2263P.-V. TOURNIER, « La contrainte pénale communautaire », Dossier « Quelle peine ? », *op.cit.*, p. 127.

2264Voir not. CH. LAZERGES, « Du consensus sur la prévention de la récidive », *RSC* 2013, *op.cit.*, p. 191.

2265Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

2266D. RAIMBOURG, « Penser la peine autrement : propositions pour mettre fin à la surpopulation carcérale », Rapport parlementaire d'information de l'Assemblée nationale du 23 janvier 2013 n°652/2013, précité.

2267F. TULKENS (dir.), *Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive*, Rapport du jury de la conférence de consensus, février 2013, *op.cit.*

2268Avis de la CNCDH sur la prévention de la récidive du 21 février 2013, précité.

Taubira, garde des Sceaux, le 9 octobre 2013. Il a été adopté et est devenu la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales. Cette loi prévoit la création d'une peine de « contrainte pénale »²²⁶⁹, applicable pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement égale ou inférieure à 5 ans, « *lorsque la personnalité et la situation matérielle, familiale et sociale de l'auteur [...] et les faits de l'espèce justifient un accompagnement socio-éducatif individualisé et soutenu* »²²⁷⁰. La durée de cette contrainte pénale, fixée par la juridiction, sera comprise entre six mois et cinq ans et son contenu comprendra des mesures de contrôle et d'assistance ainsi que « *des obligations et interdictions destinées à prévenir la récidive en favorisant l'insertion ou la réinsertion au sein de la société* »²²⁷¹. La personne condamnée à une contrainte pénale sera soumise aux mesures de contrôles prévues par l'article 132-44 CP²²⁷² et pourra être astreinte aux obligations et interdictions prévues pour le SME²²⁷³, à l'obligation d'effectuer un TIG, à une injonction de soin lorsque la personne est condamné pour une infraction faisant encourir le SSJ et qu'une expertise conclut à la possibilité de traitement²²⁷⁴. Ces obligations et interdictions pourront être modifiées au cours de l'exécution de la contrainte au regard de l'évolution du condamné et la personne condamnée est avertie de ses interdictions et obligations ainsi que des conséquences de leur violation.

1092.- S'agissant des modalités de la contrainte pénale, il faut noter que les SPIP sont associés à la mise en œuvre de cette nouvelle peine. En effet, la loi du 15 août 2014 modifie le code de procédure pénale et dispose que la personnalité et la situation de la personne condamnée à la contrainte pénale seront évaluées par le SPIP qui adressera ensuite

2269 Article 8 du projet de loi précité. La peine de contrainte pénale sera prévue par un nouvel article du code pénal, l'article 131-8-2.

2270 Alinéa 1 de l'article 131-4-1 CP nouveau.

2271 Alinéa 2 de l'article précité.

2272 « 1° Répondre aux convocations du juge de l'application des peines ou du travailleur social désigné ; / 2° Recevoir les visites du travailleur social et lui communiquer les renseignements ou documents de nature à permettre le contrôle de ses moyens d'existence et de l'exécution de ses obligations ; / 3° Prévenir le travailleur social de ses changements d'emploi ; / 4° Prévenir le travailleur social de ses changements de résidence ou de tout déplacement dont la durée excéderait quinze jours et rendre compte de son retour ; / 5° Obtenir l'autorisation préalable du juge de l'application des peines pour tout déplacement à l'étranger et, lorsqu'il est de nature à mettre obstacle à l'exécution de ses obligations, pour tout changement d'emploi ou de résidence ».

2273 Voir l'article 132-45 CP qui énumère 19 obligations pouvant être prononcées dans le cadre du sursis avec mise à l'épreuve, telles que : exercer une activité professionnelle ou suivre un enseignement ou une formation professionnelle ; accomplir un stage de citoyenneté ; réparer en tout ou partie, en fonction de ses facultés contributives, les dommages causés par l'infraction, même en l'absence de décision sur l'action civile ; s'abstenir de paraître en tout lieu, toute catégorie de lieux ou toute zone spécialement désignés ; s'abstenir d'entrer en relation avec certaines personnes, dont la victime, ou certaines catégories de personnes, et notamment des mineurs, à l'exception, le cas échéant, de ceux désignés par la juridiction etc.

2274 Voir *infra* sur ce point.

un rapport au JAP comportant des propositions sur le contenu et les modalités de mise en œuvre des mesures, obligations et interdictions²²⁷⁵. Au vu de ce rapport, le JAP fixera les obligations et interdictions particulières par une ordonnance²²⁷⁶ susceptible d'appel²²⁷⁷. Au cours de l'exécution de la contrainte pénale, la situation de la personne est réévaluée au moins une fois par an par le SPIP et le JAP²²⁷⁸. Selon cette nouvelle évaluation, le JAP peut modifier, compléter ou supprimer les obligations et interdictions²²⁷⁹. Au bout d'un an, le JAP peut mettre fin à la contrainte pénale de façon anticipée si le condamné a respecté les mesures, obligations et interdictions fixées à son encontre²²⁸⁰. En cas d'inobservation par le condamné, le JAP peut compléter ces obligations ou interdictions²²⁸¹. Il peut également procéder à un rappel des mesures²²⁸². Si cela est insuffisant « *pour assurer l'effectivité de la peine* », le JAP saisit, d'office ou sur réquisitions du procureur de la République, par requête motivée, le président du tribunal afin que soit mis à exécution un emprisonnement qui ne peut excéder la moitié de la durée prévue de la contrainte pénale, ni le maximum de la peine encourue²²⁸³, sachant que le JAP, aura, au moment du prononcé de la contrainte pénale, fixé cette durée²²⁸⁴. Le président du tribunal fixera alors la durée de cet emprisonnement, qui ne peut excéder celle prévue par le JAP, en fonction de plusieurs éléments dont « *la personnalité et la situation matérielle, familiale et sociale du condamné* »²²⁸⁵, ce qui assure, conformément à l'ensemble de la réforme, l'individualisation de la sanction. Le JAP peut exercer une telle saisine du président du tribunal à plusieurs reprises à condition que la durée totale des emprisonnements ordonnés ne dépasse pas la moitié de la durée de la contrainte pénale ni le maximum de la peine encourue²²⁸⁶. Dès que l'emprisonnement ordonné ou les successifs emprisonnements ordonnés

2275Article 713-42 CPP nouveau.. Le projet de loi (article 713-49 CPP nouveau) prévoyait qu'un décret préciserait le délai dans lequel cette évaluation par le SPIP devra avoir lieu ainsi que le délai dans lequel le JAP devra se prononcer au vu du rapport du SPIP.

2276Article 713-43 CPP nouveau.

2277Elle peut faire l'objet d'un appel par le condamné, le procureur de la République ou le procureur général dans un délai de 10 jours à compter de sa notification. L'appel n'est pas suspensif. Alinéa 2 de l'article précité.

2278Article 713-44 CPP nouveau.

2279Idem.

2280Article 713-45 CPP nouveau. Cette fin anticipée de la contrainte pénale peut être décidée soit sur réquisitions du procureur de la République (alinéa 1), soit, en l'absence d'accord du ministère public, par la saisine par requête motivée du JAP du président du tribunal (alinéa 2). Celui-ci statuera alors après débat contradictoire. Si la demande est refusée, une autre demande pourra être présentée un an après.

2281Article 713-47 CPP nouveau. Cette décision peut intervenir soit d'office, soit sur réquisitions du procureur de la République.

2282Article précité.

2283Alinéa 2 de l'article précité. Le président du tribunal fixera alors la durée d'emprisonnement, après débat contradictoire. L'emprisonnement pourra s'effectuer sous le régime de la liberté surveillée, du placement à l'extérieur ou de la surveillance électronique (alinéa 3). Avant que le président du tribunal ne statue, le JAP peut ordonner l'incarcération provisoire du condamné. Et si le débat contradictoire n'a pas lieu dans un délai de 15 jours, le condamné est remis en liberté (alinéa 4).

2284Article 131-4-1 nouveau alinéa 10.

2285Article 713-47 nouveau alinéa 3.

2286Alinéa 5 de l'article précité.

atteignent cette durée, la décision du président du tribunal met fin à la contrainte pénale²²⁸⁷. Si le condamné commet, pendant la contrainte pénale, un crime ou un délit suivi d'une condamnation à une peine privative de liberté sans sursis, la juridiction de jugement peut, après avis du JAP, ordonner la mise à exécution de tout ou partie de l'emprisonnement (d'une durée n'excédant pas la moitié de celle de la contrainte pénale ou le maximum encouru)²²⁸⁸. Enfin, précisons que la contrainte pénale est applicable aux mineurs²²⁸⁹.

1093.- Ainsi, avec la contrainte pénale, est créée une peine sans référence à l'emprisonnement (bien qu'elle puisse, de manière indirecte et, en principe exceptionnelle, y conduire). Si les « peines non carcérales » sont considérées comme trop clémentes par l'opinion publique et surtout par les opposants à cette nouvelle peine qu'est la contrainte pénale²²⁹⁰, il faut rappeler que celle-ci constitue bien une peine, prononcée à l'encontre d'individus considérés responsables et reconnus coupables d'infractions. Il s'agit d'une « contrainte », ses mesures étant coercitives²²⁹¹, et d'une contrainte « pénale », c'est-à-dire relevant du domaine pénal et non du domaine éducatif ou social.

1094.- Mais la particularité de cette peine résulte surtout de la considération que l'insertion est un outil de prévention de la récidive²²⁹². La probation préconisée par la conférence de consensus, dont s'inspire largement le projet de loi, est « une peine à part entière, susceptible d'agir sur la récidive en favorisant l'insertion de la personne condamnée »²²⁹³. Dans cette optique, la contrainte pénale ne fait que poursuivre le mouvement de politique criminelle initié avant cette loi, et plus précisément de la pénologie qui tend à ne voir dans la réinsertion qu'un moyen de parvenir efficacement à lutter contre la récidive. Autour du postulat selon lequel la réinsertion peut jouer un rôle dans la désistance²²⁹⁴, le

²²⁸⁷*Idem*.

²²⁸⁸Article 713-48 CPP nouveau.

²²⁸⁹Elle est insérée dans l'article 20-4 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquance (article 23 de la loi du 15 août 2014).

²²⁹⁰J.-P. DINTHILAC, « Contrainte pénale communautaire », Dossier « Quelle peine », *AJ pénal*, n°3/2013, 12 mars 2013, p. 132.

²²⁹¹Par ailleurs, les obligations et interdictions prononcées dans le cadre de la contrainte pénale pouvant être celles prévues pour le SME, il est à craindre que le constat selon lequel « le sursis avec mise à l'épreuve privilégie une dimension de contrôle - reléguant la dimension d'aide au second plan ». J.-C. BOUVIER, « Une nouvelle peine au service de la probation », Dossier « Quelle peine », *AJ pénal*, n°3/2013, 12 mars 2013, p. 132) soit tout autant applicable à la contrainte pénale.

²²⁹²Sur l'insertion, outil de prévention de la récidive, et plus particulièrement le travail en prison, voir M. BAADER et E. SHEA, « Le travail pénitentiaire, un outil efficace de lutte contre la récidive ? », *Champ pénal/Penal field* [En ligne], Vol. IV | 2007, mis en ligne le 31 mai 2007, consulté le 25 février 2014.

²²⁹³Rapport du jury de consensus, 20 févr. 2013, site du ministère de la Justice

²²⁹⁴Voir notamment l'approche du « *What works ?* ». J. BONTA, D.A. ANDREWS, *Modèle d'évaluation et de*

législateur souhaite, en instaurant la contrainte pénale, rendre officiel ce constat et le mettre utilement en pratique²²⁹⁵. Ainsi, l'objectif recherché par la création de la contrainte pénale (au-delà de l'humanisme voire de l'angélisme qu'on lui prête souvent) est bien celui de l'efficacité d'une forme de sanction qui serait capable, plus que l'emprisonnement, d'enrayer la récidive. Pour autant, même si l'on admet que « La création d'une peine de probation représente assurément, dans sa rupture avec la référence explicite à l'emprisonnement, un changement radical de paradigme, [le] suivi des personnes en milieu libre ne [reposant] plus en effet sur la menace explicite d'un recours à la prison mais bien sur la prééminence du travail de probation »²²⁹⁶, l'idée d'efficacité et de management de la peine est toujours présente, l'objectif poursuivi de lutte contre la récidive demeurant le même²²⁹⁷. La contrainte pénale constituerait, selon nous, le point d'orgue de la conscience croissante que la réinsertion sociale favorise la désistance.

1095.- Vertu de la peine, la réinsertion devient finalité de la peine (dans le but précis d'éviter la récidive) et avec la contrainte pénale, constitue une peine à part entière. On aboutit en quelque sorte, et paradoxalement, à une « pénalisation » de la réinsertion, qui était considérée, jusque là, comme un simple aspect ou un effet de la peine (ce qui, d'un point de vue éthique, peut s'avérer difficile à mettre en œuvre par les professionnels sociaux). Cette focalisation sur la réinsertion appréhendée comme l'outil le plus efficace de lutte contre la récidive s'accompagne d'une responsabilisation maximale des condamnés en adéquation avec le principe de précaution, qui est un principe, par nature, responsabilisant. Par la contraction d'obligations et d'interdictions, poursuivant la réinsertion, la contrainte pénale ne peut qu'être peine responsabilisante.

réadaptation des délinquants fondé sur les principes du risque, des besoins et de la réceptivité, Sécurité publique Canada, 2007. Pour une critique de l'utilisation de cette approche utilitariste comme unique clé du débat autour de la création d'une peine de probation en France, voir X. DE LARMINAT, *op.cit.*

2295 Cela permettrait à la fois de lutter contre la récidive et contre la surpopulation carcérale.

2296 J.-C. BOUVIER, « Une nouvelle peine au service de la probation », *op.cit.*, p. 132.

2297 En ce sens, voir notamment F. DORIONS, communication lors de la Conférence de dissensus, précitée. Selon Fabrice Dorions, Conseiller d'Insertion et de Probation, le projet de réforme pénale s'inscrit bien dans la lutte contre la récidive et non pas, comme on pourrait le penser, dans l'action pour la réinsertion. Il rappelle aussi que la note d'information accompagnant la circulaire du 19 septembre 2012 affirmait que la nouvelle politique pénale est fondée sur les exigences d'efficacité et de fermeté dans la lutte contre la délinquance et que « la lutte contre la récidive constitue une priorité du gouvernement ». Voir la note d'information relative à la circulaire de Madame la garde des Sceaux, Ministre de la justice du 19 septembre 2012, disponible sur www.textes.justice.gouv.fr.

1096.- Typique de la rationalité pénale de précaution qui incite à anticiper les risques susceptibles d'être encourus, la fonction préventive conduit à une sur-responsabilisation des personnes condamnées.

4) La sur-responsabilisation

1097.- Si pour certains auteurs analysant les transformations du sens de la peine, « la sécurité ne se conçoit plus ni avec l'autre jugé responsable de ses actes, ni contre l'autre, mais de fait, sans l'autre »²²⁹⁸, cette affirmation mérite d'être nuancée. Par exemple, sous l'effet du principe de précaution, en tant que principe de responsabilité, la sanction pénale induit une responsabilisation de l'individu à qui elle est infligée. En effet, le pari de la dissuasion contenu dans l'esprit même des peines plancher, témoignerait déjà d'une conception de l'homme responsable de ses choix²²⁹⁹. Plus précisément, c'est la rationalité de la peine qui, sous l'influence du principe de précaution, conduit à une auto-responsabilisation du condamné. Cette responsabilisation de nature individuelle s'éloigne d'une conception collective de la responsabilité comme nous l'avons souligné plus haut²³⁰⁰. Elle tend à faire du condamné l'acteur principal de sa réinsertion et donc du succès de sa peine, cette dernière étant entendue comme réussie si elle parvient à empêcher la récidive.

1098.- Telle que pensée par la précaution, la peine s'inscrit dans un processus hautement « civilisateur » ; elle tend à responsabiliser l'auteur de ses actes passés mais également de son futur en l'associant au plus près à une démarche de responsabilisation. La peine de suivi socio-judiciaire, qui peut comprendre une obligation de soin nécessitant le consentement de l'intéressé²³⁰¹, illustre cette volonté de responsabiliser toutes les personnes, y compris celles considérées comme atteintes de certains troubles psychologiques puisque « susceptibles de faire l'objet d'un traitement »²³⁰². De même, la contrainte pénale créée par la loi du 15 août 2014 place au cœur de ses préoccupations la responsabilisation du condamné²³⁰³. Et cette même loi ajoute dans l'article 707 du code de procédure pénale que « *Le régime d'exécution des peines privatives et restrictives de liberté vise à préparer l'insertion ou la réinsertion du condamné afin de lui permettre de mener une vie responsable,*

2298D. SALAS, *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal, op.cit.*

2299Voir *supra*.

2300Voir *supra*, not. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

2301Voir *infra* sur le suivi socio-judiciaire et l'injonction de soin.

2302En ce sens, voir A. CIAVALDINI, *op.cit.*, p. 30.

2303Voir *supra*.

respectueuse des règles de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions »²³⁰⁴. Comme le souligne la CNCDH, dans son avis du 27 mars 2014²³⁰⁵, ces dispositions rappellent la pédagogie de la responsabilité de Marc Ancel²³⁰⁶. Ces dispositions diffèrent des autres dispositions visant à surreponsabiliser le délinquant car elles possèdent une note résolument positive, n'associent pas réinsertion et prévention de la récidive et sont dépourvues de caractère coercitif.

1099.- L'influence du principe de précaution sur la peine aurait peut-être gagné en efficacité si, au lieu d'insister sur la responsabilité individuelle de celui qui a « péché », elle avait revalorisé aussi la responsabilité collective de l'ensemble de la société, qui a permis au « péché » de se commettre. Pour la sécurité de notre avenir, comme pour la préservation des générations futures, l'implication de chacun pourrait être sollicitée (non pas seulement dans la production de sécurité²³⁰⁷ mais également dans l'insertion sociale des condamnés), à condition d'éduquer, comme en matière d'environnement, la population en ce sens²³⁰⁸.

1100.- Mais le principe de précaution n'influence pas seulement la conception de la peine, ses finalités et son sens. Il implique, par son existence-même, la création d'autres mesures aux côtés de la peine, suscitant l'avènement d'un modèle inédit de réponse à la délinquance.

II. LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION IMPLIQUANT DE NOUVELLES MESURES

1101.- Le principe de précaution appliqué à la matière pénale fait apparaître toute la complexité sociale et juridique du statut de la peine dans l'approche du phénomène délinquantiel. Olivier Razac met en évidence l'existence de « deux rationalités de la réaction sociale à la délinquance », qui permettent d'appréhender cette complexité : « d'un côté, une rationalité classique que l'on peut dire légaliste et rétributive qui continue de fonder l'action pénale et, de l'autre, la rationalité des mesures de sûreté telle qu'elle apparaît à travers les

2304Article 11 de la loi du 15 août 2014.

2305CNCDH, avis précité, p. 9.

2306Voir *supra* ce point.

2307Voir *supra* sur la participation citoyenne à la production de sécurité.

2308Voir *infra* (Conclusion générale).

discours, les technologies et les pratiques [...]. Cette distinction est nécessaire afin d'esquisser ensuite la manière dont ces deux rationalités s'entrelacent dans un modèle mixte où la loi et la norme, la rétribution et le traitement, la carcéralité et le milieu ouvert, le travail social et la probation dessinent dans leurs jeux complexes une expérience pénale inédite à la fois « archaïque et postmoderne²³⁰⁹ »²³¹⁰.

1102.- Cette dualité de rationalités qui traverse notre système pénal impose un autre constat : si dans un système gouverné uniquement par la légalité de délits et de peines hautement circonscrits, seule la peine prévaut, dans la rationalité pénale de précaution, dont le sens est d'agir avant l'infraction, d'autres mesures, à côté de la peine, s'avèrent nécessaires (A). Pour le principe de précaution, l'incapacité de la peine seule à protéger la société²³¹¹ de tout germe de risque conduit à la nécessité de lui adjoindre des mesures de sûreté. Ces dernières, n'étant pas enfermées dans les conditions strictes de la peine, permettraient, conjuguées à la peine, de lutter plus efficacement contre l'insécurité (B).

A. DES MESURES DE SÛRETÉ IMPÉRATIVES DANS LA RATIONALITÉ PÉNALE DE PRÉCAUTION

1103.- D'abord, les mesures de sûreté peuvent être définies comme « des mesures individuelles coercitives, sans coloration morale, imposées à des individus dangereux pour l'ordre social afin de prévenir les infractions que leur état rend probables »²³¹². Ensuite, la mesure de sûreté est appréhendée comme une « mesure de précaution destinée à compléter ou suppléer la peine encourue par un délinquant qui, relevant en principe comme la peine de l'autorité judiciaire, ne constitue pas un châtiment, mais une mesure de défense sociale imposée à un individu dangereux afin de prévenir les infractions futures qu'il pourrait commettre et que son état rend probables, l'aider ou le soumettre à un traitement »²³¹³. Les exemples significatifs sont les mesures éducatives à l'égard d'un mineur, l'internement d'un aliéné, l'expulsion d'un étranger²³¹⁴.

2309 Formulation empruntée à Martine Herzo-Evans, qui l'avait utilisée à propos de la loi pénitentiaire de 2009.

2310O. RAZAC, « Le Placement sous surveillance électronique mobile : un nouveau modèle pénal ? », Rapport, Centre Interdisciplinaire de Recherche Appliquée au champ Pénitentiaire (CIRAP), Septembre 2010, p. 7.

2311Et nous avons vu *supra* que la protection de la société constituait la finalité première de la peine dans la rationalité pénale de précaution.

2312G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 18^{ème} édition, 2003, n°479.

2313G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 4^{ème} édition, 2003, à « Mesure de sûreté », p. 565.

2314 *Ibidem*.

1104.- En outre, les mesures de sûreté, plutôt que de viser (uniquement) la punition des individus auxquelles elles s'appliquent, entendent, d'une part, défendre la société, d'autre part, réduire la dangerosité. Pour arriver à ce second objectif, elles convoquent d'autres domaines comme la médecine. Les mesures de sûreté sont censées avoir un effet curateur.

1105.- Aussi, nous nous pencherons sur le lien que les mesures de sûreté établissent entre traitement, médecine, psychiatrie et matière pénale, ceci à travers la genèse du suivi socio-judiciaire (1) puis en prenant en compte les nouvelles mesures de sûreté créées depuis 2005 (2).

1) L'instauration du suivi socio-judiciaire augurant la création de nouvelles mesures de sûreté

1106.- Le lien entre psychiatrie et justice pénale est ancien²³¹⁵. D'abord, il traduit une assimilation, dans la conscience collective²³¹⁶, du criminel au fou et plus précisément une « croyance populaire [qui] superpose un crime fou et le crime d'un fou »²³¹⁷. Ensuite, ce lien montre aussi une certaine déculpabilisation de la sévérité pénale et l'illusion de la possibilité de traitement de la délinquance²³¹⁸ ainsi qu'une certaine défaillance de la sanction pénale à « remplir totalement sa mission de régénération morale du condamné »²³¹⁹.

1107.- Aussi, progressivement, le domaine pénal s'est « psychiatrisé », non sans conséquence sur la façon d'appréhender le délinquant (a). Et cette « psychiatrisation » s'est particulièrement accrue avec l'instauration du suivi socio-judiciaire en 1998 (b).

2315 Voir par exemple J. DANET, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », 2008, *op.cit.*, à propos de la notion de traitement dans la défense sociale et dans la défense sociale nouvelle. Voir aussi, F. JULITTE, *L'approche pénale de la folie*, Thèse sous la dir. d'Elisabeth Fortis, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2004.

2316 Voir *supra* sur ce point (Partie 1, Titre 1, Chapitre 2) et les études précitées relevant l'infime proportion de crimes effectivement commis par des malades mentaux.

2317 J.-L. SENON et C. MANZARENA, « Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté », *AJ pénal*, n°4/2008, avril 2008, p. 176-180.

2318 *Ibidem*.

2319 A. CIAVALDINI, *op.cit.*, p. 25s.

a) La « psychiatisation » du pénal et ses conséquences

1108.- Avant la création du suivi socio-judiciaire, qui peut comprendre une injonction de soin, la notion de soins possédait déjà une certaine place en droit pénal avec notamment la loi du 15 avril 1954 visant les personnes alcooliques dangereuses²³²⁰. De la même façon, depuis sa création par l'ordonnance du 23 décembre 1958, le sursis avec mise à l'épreuve peut prévoir, parmi ses obligations, une obligation de soin. La loi du 17 juillet 1970²³²¹ qui institue le contrôle judiciaire prévoit que celui-ci peut aussi comprendre l'obligation de « *se soumettre à des mesures d'examen, de traitement ou de soins, même sous le régime de l'hospitalisation, notamment aux fins de désintoxication* »²³²². En outre, la loi du 31 décembre 1970 ouvre la possibilité pour le procureur de privilégier, s'agissant de consommateurs de stupéfiants, une injonction thérapeutique plutôt que d'envisager la poursuite.

1109.- Ainsi, les soins pénalement obligés ou l'obligation de soins²³²³ existaient avant l'instauration du suivi socio-judiciaire et c'est « au nom d'un société qui réclamerait un risque zéro, que les psychiatres pourraient garantir »²³²⁴ qu'ils semblent s'être multipliés. En effet, dans un contexte marqué par l'influence du principe de précaution²³²⁵, on constate une convocation illimitée des savoirs²³²⁶, dont le savoir médical et plus particulièrement psychiatrique, aux fins d'éviter les risques²³²⁷. Jean-Louis Sénon parle sans détour d'une

2320X. LAMEYRE, « Une poétique des soins pénalement ordonnés », Texte d'une conférence donnée à la faculté de médecine de Lyon I, DU de Criminologie clinique, Travaux et contributions, *Forensic* n°12, octobre, novembre, décembre 2002, pp. 47-57 ; 15 avril 1954. Voir la loi sur le traitement des alcooliques dangereux pour autrui, *Criminocorpus* [En ligne] publiée le 21 mars 2013, consultée le 15 jan. 2014.

URL : <https://criminocorpus.org/sources/16737/>. Également, O. SAUTEL, « Réflexions sur les politiques publiques en matière de lutte contre les addictions: Analyse juridique au regard du droit pénal », *Archives de politique criminelle*, A. Pédone, n°31, 2009/1, pp. 25-41.

2321Loi n°70-643 du 17 juillet 1970 relative à la garantie des droits individuels du citoyens. Et voir le décret n°70-1 223 du 23 décembre 1970 relatif au contrôle judiciaire.

2322Article 148 du code de procédure pénale.

2323Sur les modalités de l'obligation de soins, voir not. S. BARON-LAFORET, « Guide des nouvelles obligations de soin », *L'information psychiatrique*, vol. 85, 2009-8, pp. 753-757.

2324S. BARON-LAFORET, *op.cit.* L'auteure ajoute que « le thème de l'obligation de soin est un sujet qui tend à s'étendre dans un contexte sécuritaire ».

2325Pour Virginie Gautron, les politiques publiques de lutte contre la délinquance mettant en avant le soin sont caractérisées par le principe de précaution, qui pourrait se transformer en « principe de suspicion généralisée ». L'auteure cite alors M. Lianos : « Si la peur provoque la précaution, la précaution provoque la peur et amène davantage l'individu vers son atomisation sécuritaire » (M. LIANOS, *Le nouveau contrôle social. Toile institutionnelle, normative et lien social*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 165). V. GAUTRON, *op.cit.*, p. 57.

2326Pour André Ciavaldini, « la clinique entrerait dans le champ pénal, comme si l'une entraînait au service de l'autre ». A. CIAVALDINI, *op.cit.*, p. 25. La psychiatrie est convoquée par la justice pénale pour évaluer et écarter la dangerosité. Elle devient un instrument du pénal à ces fins.

2327Voir par exemple André Ciavaldini, qui écrit à ce sujet que « le suivi socio-judiciaire, avec son éventuelle

« préoccupante augmentation des attentes de la société vis-à-vis de la psychiatrie »²³²⁸ et s'inquiète de la tentation de « penser que la psychiatrie puisse soigner et protéger de toute récurrence les sujets atteints de troubles de la personnalité [...] »²³²⁹.

1110.- Pourtant, dans l'obligation de soin ordonnée par le pénal, il s'agit d'associer « deux logiques fondamentalement différentes »²³³⁰, de « concilier deux démarches apparemment irréductibles »²³³¹, celles du pénal et celles de la médecine. Comme le souligne Denis Salas : « assigner une finalité thérapeutique à la peine n'a pas plus de sens que de donner un sens punitif à la thérapie »²³³². Des praticiens soulèvent, par ailleurs, une incompatibilité entre l'obligation de soins et la détention²³³³.

1111.- Ainsi, « évoquer la sanction et le soin, c'est toujours prendre le risque de l'oxymoron »²³³⁴. En effet, l'antinomie des termes mêmes peut être relevée avec « le simple énoncé de syntagmes aux termes paradoxaux - soins vs obligation, injonction vs thérapeutique »²³³⁵. Le soin, lorsqu'il est imbriqué dans la sanction pénale, est dénaturé et poursuit un objectif de défense sociale : « guérir les délinquants de toute sorte afin de protéger la société »²³³⁶, « réduire les risques de dangerosité [par le « soin »] en vue d'un meilleur contrôle social »²³³⁷.

injonction de soin, fait partie d'une loi sécuritaire qui répond aux maîtres mots de nos idéaux sociaux actuels que sont « le risque zéro » et le « principe de précaution » qui recomposent le champ social en « société de défiance ». A. CIAVALDINI, *op.cit.*, p. 25.

2328J.-L. SENON, « Troubles psychiques et réponses pénales », *Champ pénal/Penal field* [En ligne], XXXIVe Congrès français de criminologie, Responsabilité/Irresponsabilité Pénale, mis en ligne le 15 septembre 2005.

2329Ibidem. Voir aussi sur ce point X. LAMEYRE et J.-L. SENON, « Résister à la démesure », Éditorial, *Forensic, Revue de psychiatrie et psychologie légale*, 2003, 16, 1-2 ; E. CAILLAUD RITTER « Psychothérapies sous contraintes », *L'information psychiatrique* 8/2009, Vol. 85), pp. 715-718. L'auteur, psychologue, écrit, par exemple, que « ce qu'on nous demande depuis quelque temps c'est de soigner ces délinquants en vue d'éviter la récurrence et protéger ainsi la société ».

2330K. CORNIER, « Les soins pénalement ordonnés », *Les Tribunes de la santé*, 2007/4, n° 17, Presses de Sciences Po, pp. 87-95.

2331Ibidem.

2332D. SALAS, « Le délinquant sexuel » in A. GARAPON et D. SALAS, *La justice et le mal*, Paris, Ed. Odile Jacob, 1997.

2333En ce sens, voir, notamment E. CAILLAUD RITTER, *op.cit.*, p. 715.

2334A. CIAVALDINI, « Sanctionner et soigner : du soin pénalement obligé au processus civilisateur », *La lettre de l'enfance et de l'adolescence* 3/2004 (n° 57), pp. 23-30, ici p. 23.

2335X. LAMEYRE, *op.cit.*

2336E. CAILLAUD RITTER, *op.cit.*, p. 718.

2337Ibidem.

1112.- Toutefois, au sein de la peine, peut exister un « espace pour que l'autonomie du soin conduise vers la ré-humanisation »²³³⁸. Et il est possible de comprendre l'obligation et l'injonction de soin comme la manifestation d'une complémentarité entre les deux champs, pénal et médical²³³⁹. Notamment, pour certains auteurs, la prise en charge de certains sujets peut rendre nécessaire « une alliance du soin et du cadre judiciaire »²³⁴⁰, le « soin s'adossant à la sanction qui lui en permet l'occurrence »²³⁴¹. Dans un processus civilisateur, soin et sanction deviennent alors des « partenaires indissociables »²³⁴². C'est ainsi que pour Virginie Gautron, « il serait réducteur de résumer les injonctions de soin [aux] seules logiques de surveillance et de contrôle » car si ces dernières « ne sont pas absentes, elles coexistent avec des dynamiques qui pourraient s'avérer positives » : l'injonction de soin s'inscrit « dans un autre mouvement de politique criminelle [qui] [...] prend la forme d'une hybridation et d'une coproduction des régulations en matière de lutte contre la délinquance »²³⁴³. L'injonction de soin peut ainsi être comprise comme « une injonction partenariale »²³⁴⁴.

1113.- Pour mesurer l'ampleur de la psychiatisation du pénal, il faut énumérer les possibilités où la psychiatrie intervient auprès d'individus ayant eu affaire à la justice pénale. Jean-Louis Senon et Cyril Manzarena relèvent quatre niveaux d'intervention de la psychiatrie à l'encontre des personnes sous main de justice²³⁴⁵.

Niveau 1 : Le premier niveau concerne principalement la prise en charge des malades mentaux dans les établissements pénitentiaires. Relevant initialement de l'administration pénitentiaire, cette prise en charge a été ensuite transférée au service public hospitalier par la loi n°94-43 du 18 janvier 1994

2338 *Ibidem*, Cité par K. CORNIER, *op.cit.*

2339 En ce sens, A. CIAVALDINI, *op.cit.*, p. 25.

2340 A. CIAVALDINI, *op.cit.*, p. 27 ; voir aussi : C. BALIER, *Psychanalyse des comportements sexuels violents*, Paris, PUF, Le fil rouge, 1996 ; A. CIAVALDINI avec la coll. de M. GIRARD-KHAYAT, *Psychopathologie des agresseurs sexuels*, Paris, Masson, 1999.

2341 A. CIAVALDINI, *op.cit.*, p. 27. Voir sur la nécessité de la sanction pour permettre l'existence du soin, *infra*.

2342 *Ibidem*. L'auteur ajoute également « surveillance » et p. 30. Voir également, G. LEBRETON (dir.), *L'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1997 et 1998*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 206s. ; F. LE GUNEHEC, « Aperçu rapide des dispositions de la loi du 17 juin 1998 », *JCP* 1998, Actualités, n°27, p. 1193, et n°28, p. 1252.

2343 V. GAUTRON, « De la société de surveillance à la rétention de sûreté, Étapes, faux-semblants, impasses et fuites en avant » in « Loi du 17 juin 1998 : l'obligation de soins, 10 ans après », Dossier, *AJ pénal*, n°2/2009, février 2009, p. 54. Voir sur ce mouvement de politique criminelle, V. GAUTRON, *Les politiques publiques de lutte contre la délinquance*, Thèse, Université de Nantes, 2006.

2344 *Ibidem*.

2345 J.-L. SENON et C. MANZARENA, « Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté », *AJ pénal*, n°4/2008, avril 2008, p. 176-180.

relative à la santé publique et à la protection sociale²³⁴⁶. Cette réforme a ainsi réorganisé le système de soin des personnes incarcérées, en étendant notamment la protection sociale à tous les détenus, l'objectif étant d'aligner l'accès aux soins des détenus sur des personnes de « droit commun ».

Niveau 2 : Le deuxième niveau comprend la prise en charge des usagers d'alcool et de drogues²³⁴⁷.

Niveau 3 : Le troisième niveau a été institué par la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs qui a instauré le suivi socio-judiciaire des auteurs de violences sexuelles²³⁴⁸.

Niveau 4 : Le quatrième niveau émerge avec les nouvelles mesures de sûreté, et particulièrement la rétention de sûreté, inaugurant une prise en charge des auteurs ayant un « trouble de la personnalité »²³⁴⁹.

1114.- L'introduction progressive et croissante de la psychiatrie dans le domaine pénal est le signe d'une liaison établie entre le recours à la notion de dangerosité et l'« instrumentalisation conjointe de la psychiatrie et de la justice »²³⁵⁰. La psychiatrie, en tant qu'outil de précaution, est invitée à enrayer la dangerosité redoutée de certaines personnes.

1115.- Cet entremêlement non maîtrisé de la psychiatrie et du pénal entraîne des conséquences qui peuvent s'avérer néfastes tant pour l'éthique et l'essence de la psychiatrie que pour le sens donné à la sanction pénale. Il peut entretenir une « confusion extrême entre le soin et la peine [...], au risque de détourner la psychiatrie publique de sa

2346 Voir sur cette réforme not. : J.-L. SENON, « Réglementation et structure de l'intervention psychiatrique dans la prison depuis la mise en place de la loi du 18 janvier 1994 », *Revue de Sciences criminelles et de Droit pénal comparé*, 1994, n° 3, pp. 509-521 ; « 1994-1995 : La réorganisation des soins aux détenus », dans le dossier thématique « Santé et précarité », disponible sur le site du Conseil national des politiques de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale, <http://www.cnle.gouv.fr/1994-1995-La-reorganisation-des.html>; M. LÉVY, « Le malade mental et la prison » in B. GRANGER (coord.), *La psychiatrie à l'épreuve de la justice*, Contribution au débat, Ed. Twice Daily, 2011, pp. 57-67 ; J.-J. HYEST et G.-P. CABANEL, « Les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France », Rapport de commission d'enquête n° 449 (1999-2000), fait au nom de la commission d'enquête, déposé le 29 juin 2000 (Tome 1, I, D, 1, a) « Un progrès incontestable : la loi du 18 janvier 1994 a permis de « faire rentrer l'hôpital dans les prisons » » ; O. OBRECHT « Des progrès pour la santé en prison », *Projet 1/2002* (n° 269), p. 110-117 ; Y. GUILLAUME, « Une offre de soin, pour quel suivi ? » in « Loi du 17 juin 1998 : l'obligation de soins, 10 ans après », Dossier, *AJ pénal*, n°2/2009, février 2009, p. 62.

2347 Voir *supra*.

2348 Voir *infra* sur le suivi socio-judiciaire.

2349 Voir *supra* et *infra* sur la rétention de sûreté.

2350 X. LAMEYRE, « Les dangers de la notion de dangerosité » in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, p 322, Voir aussi J. DANET, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *op.cit.*

mission qui est bien celle de soigner les malades mentaux »²³⁵¹. La démarche sanitaire deviendrait alors « une nouvelle forme de surveillance sociale [et transformerait] le professionnel de santé en auxiliaire de justice, voire en agent de probation »²³⁵². Parallèlement, les autorités judiciaires deviennent « prescripteurs de soins »²³⁵³. Et « De plus en plus, le juridique au nom de la protection sociale [...] décide à quoi doit servir le soin »²³⁵⁴. Dans cette instrumentalisation juridique et politique de la démarche thérapeutique, Virginie Gautron dénonce une « instrumentalisation du soin [ayant] pour corollaire évident une instrumentalisation des soignants »²³⁵⁵.

1116.- Ces dérives sont facilitées dans une société de précaution et de sur-responsabilisation²³⁵⁶ où il est attendu du psychiatre qu'il dépiste puis enrayer la dangerosité, et font persister « un risque à laisser les pouvoirs publics faire croire que l'obligation de soins est une obligation de résultat alors qu'elle ne peut être qu'une obligation de moyens »²³⁵⁷. La psychiatrisation croissante de la matière pénale pourrait laisser penser que certains individus présentent une dangerosité qu'il est possible d'éradiquer par un traitement et par l'action du psychiatre. Or, si le travail du psychiatre peut avoir un effet sur la conduite future du délinquant, aucune étude n'a démontré l'efficacité totale du soin dans la lutte contre la récidive.

1117.- Aussi, l'introduction massive de la psychiatrie en tant que savoir et thérapie dans la matière pénale entraîne plusieurs confusions : d'abord, entre la délinquance et le trouble mental²³⁵⁸, comme nous l'avons évoqué plus haut²³⁵⁹, puis une confusion de la maladie mentale avec les troubles de la personnalité. En effet, il faut préciser que selon les classifications psychiatriques actuellement en vigueur, la maladie mentale recouvre principalement les troubles de l'humeur (bipolarité, dépression/manie) et la schizophrénie²³⁶⁰.

2351J.-L. SENON et C. MANZARENA, *op.cit.* D'ailleurs, les auteurs assimilent la rétention de sûreté à une hospitalisation d'office.

2352K. MORNIER, *op.cit.* Voir aussi André Ciavaldini qui écrit que soin, surveillance et sanction deviennent des partenaires indissociables. Voir *supra* et A. CIAVALDINI, *op.cit.*

2353Ibidem.

2354E. CAILLAUD RITTER, *op.cit.*, p. 717

2355V. GAUTRON, *op.cit.*, p. 56.

2356Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

2357« Loi du 17 juin 1998 : l'obligation de soins, 10 ans après », Introduction par A. BLANC et J. DANET, Dossier, *AJ pénal*, n°2/2009, février 2009, p. 53.

2358E. CAILLAUD RITTER, *op.cit.*, p. 718 ; A. CIAVALDINI, *op.cit.*, p. 25s.

2359Voir *supra*.

2360Voir not. J.-L. SENON et C. MANZARENA, « Psychiatrie et justice : évolutions contemporaines de la clinique et de l'organisation des soins », *AJ pénal*, 2007, p. 123.

Les troubles de la personnalité ne sont pas considérés comme des maladies mentales. Et les deux catégories de troubles n'emportent pas le même types de soins (il n'existe pas de traitement emportant l'unanimité s'agissant des troubles de la personnalité qui nécessitent une prise en charge pluridisciplinaire). Pourtant, il est enjoint à la psychiatrie de traiter une dangerosité (dite criminologique²³⁶¹) liée à un trouble de la personnalité²³⁶².

1118.- Ces difficultés conduisent à une autre incommodité liée à la conception-même du statut de la personne sous main de justice devant faire l'objet de soin. D'un côté, cette personne ayant été condamnée est responsable pénalement et donc considérée comme jouissant de son libre arbitre. D'un autre côté, elle est susceptible de faire l'objet d'un traitement et est considérée comme malade. Ce statut problématique de la personne pénalement enjointe à des soins a été maintes fois relevé par la doctrine et par les praticiens²³⁶³. Cette difficulté est encore plus visible s'agissant d'un individu faisant l'objet d'une rétention de sûreté. Celui-ci n'est plus détenu, la rétention de sûreté intervenant après la peine. Il n'est pas non plus malade puisqu'il a été accessible à une sanction pénale. Ainsi, le retenu en rétention de sûreté ne possède pas de statut clair et ne peut être appréhendé que de manière ambivalente (s'il a été condamné, c'est qu'il n'est pas « fou » mais s'il est enfermé pour être soigné, cela signifie qu'il est néanmoins un peu « fou »)²³⁶⁴. Enfin, le fait d'avoir été enjoint aux soins peut s'avérer stigmatisant pour la personne concernée : « La personne s'est vue imposer cette mesure car elle était supposée dangereuse : raisonnement qui au fil du temps devient « cette personne est dangereuse, pour preuve elle a une mesure de sûreté »²³⁶⁵.

1119.- Par ailleurs, la grande proximité entre la psychiatrie et la justice peut avoir des incidences non négligeables sur le travail thérapeutique lui-même. Il peut porter atteinte à certains fondamentaux de l'éthique médicale tels que le secret médical et la relation de confiance entre le praticien et le patient. De plus, les soins étant enjoins et le refus de soin sanctionné²³⁶⁶, l'association pénal/psychiatrie peut entraver la notion de libre consentement²³⁶⁷, pourtant au cœur de la démarche psychiatrique. L'injonction de soin, dans le cadre du suivi

2361 Voir *supra*.

2362 Formulation s'agissant des nouvelles mesures de sûreté, voir *supra*.

2363 Voir par exemple, E. CAILLAUD RITTER, *op.cit.*, p. 716. L'auteure écrit : « Si on peut les soigner, c'est qu'ils sont bien malades et qui dit « soin », espère guérison ».

2364 Voir not. sur ce point, J.-L. SÉNON et C. MANZARENA, *op.cit.*

2365 Y. GUILLAUME, *op.cit.*, p. 63.

2366 De diverses manières, voir *infra*.

2367 K. MORNIER, *op.cit.*

socio-judiciaire, a pu être qualifiée, par les praticiens, de soins sous « ordonnance de justice »²³⁶⁸. Or, selon des spécialistes, le type de soin dont il est question ne peut produire des effets que lorsqu'il est demandé par l'intéressé lui-même²³⁶⁹. Toutefois, il est admis, que pour certaines personnes, notamment les agresseurs sexuels, la capacité à demander des soins est relativement faible, dans la mesure où il n'est pas ressenti le besoin de soins²³⁷⁰. Aussi, l'aspect sanction recouvre-t-il toute son utilité dans cette hypothèse particulière : la sanction « impose les conditions pour que puisse émerger une demande [de soins] »²³⁷¹.

1120.- Mais l'acceptation et le suivi des soins devenus une condition de l'octroi de certains aménagements de peine ou de réductions de peines²³⁷² soulèvent un autre point : cette « incitation » législative peut conduire les détenus à demander des soins dans l'unique espoir de voir réduire leur privation de liberté²³⁷³. Des praticiens soulèvent d'ailleurs que « les demandes [de soin] deviennent utilitaires et perdent leurs sens »²³⁷⁴. « Le soin qui était une démarche libre devient une contrainte dans un milieu totalitaire »²³⁷⁵.

1121.- S'est aussi amorcé, et plus particulièrement ces vingt dernières années, un bouleversement de la législation pénale : le législateur n'a cessé d'associer la psychiatrie à la justice pénale, dans le souci précautionniste de traiter la dangerosité de certaines personnes et d'éviter, notamment, leur récidive. L'instauration du suivi socio-judiciaire, avant de se

2368A. CIAVALDINI, *op.cit.*, p. 26.

2369 *Ibidem*.

2370 *Ibidem*.

2371 *Ibidem*. Plus loin, l'auteur précise que « la sanction autorise des sujets débordés par leurs excitations, en risque d'effondrement psychique, à changer de camp. Elle leur permet de quitter les voies de leur « monstrueux » interne en leur proposant un lieu d'accueil pour que soient pensées leur pensées. Elle propose de fabriquer du lien social avec de l'excès. Nous comprenons ici que la sanction permet la transformation de la force en sens, ce qui la rend pleinement partie tenante de la continuité du processus civilisateur ».

2372 Voir *infra*.

2373 Une commission d'audition de la Haute Autorité de Santé s'était prononcée en défaveur de ce lien entre aménagements de peine et acceptation des soins. Haute Autorité de Santé, « Prise en charge de la psychopathie », Paris, audition publique, 15 et 16 décembre 2006. Recommandations de la commission d'audition, mai 2006. Citées par M. DAVID, « Loi de rétention de sûreté. Lecture des dangers. Histoire de leur appropriation politique et psychiatrique », *L'Information Psychiatrique*, Vol. 84, 519-26, Juin-juillet 2008, Biopolitique.

2374E. CAILLAUD RITTER, *op.cit.*, p. 717. La caractère utilitariste de la demande de soin en détention a aussi été relevé par des professionnels d'insertion et de probation. Voir par exemple, Y. GUILLAUME, « Une offre de soin pour quel suivi ? », in « La loi du 17 juin 1998 : l'obligation de soins, 10 ans après », Dossier *AJ pénal*, n°2/2009, février 2009, p. 62. L'auteur, chef de service d'insertion et de probation au sein du SPIP de Loire-Atlantique, soulève que cette augmentation des demandes de soins aux fins de réductions supplémentaires de peines emporte deux conséquences néfastes : un encombrement des listes d'attente pour les prises en charges et un parasitage de la capacité de l'intéressé à investir la relation avec le professionnel de santé. Plus loin, l'auteur regrette que le travail préalable d'incitation ait été substantiellement modifié par la dimension de révocation en cas d'inobservation (p. 63).

2375 *Ibid.*, p. 718.

poursuivre avec de nouvelles mesures de sûreté dans lesquelles la psychiatrie est toujours plus présente, est typique de cette alliance concrète.

b) Le suivi socio-judiciaire : une peine inédite comportant une obligation de traitement ou première mesure de sûreté ?

1122.- Après l'obligation de soins déjà prévue dans certains cas²³⁷⁶, la loi du 17 juin 1998 instaurant le suivi socio-judiciaire, qualifiée de loi « exemplaire en tant qu'interface entre Santé et Justice »²³⁷⁷, innove en créant l'injonction de soin²³⁷⁸, considérée comme une « obligation de faire »²³⁷⁹.

1123.- Le suivi socio-judiciaire (ci-après SSJ) constitue « l'obligation de se soumettre, sous le contrôle du juge de l'application des peines et pendant une durée déterminée par la juridiction de jugement, à des mesures de surveillance et d'assistance destinées à prévenir la récidive »²³⁸⁰. Le champ d'application du suivi socio-judiciaire, qui ne concernait initialement que les auteurs d'infractions sexuelles, a été étendu²³⁸¹, d'une part, par la loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales qui inclut d'autres infractions considérées comme particulièrement graves²³⁸², tels que les crimes d'atteinte volontaire à la vie, les tortures et actes de barbarie et les incendies volontaires, et d'autre part, par la loi du 5 mars 2007 qui a ajouté les violences commises par le conjoint, concubin ou partenaire d'un PACS²³⁸³.

2376 Sur la distinction obligation de soin, injonction thérapeutique, injonction de soin, voir par exemple, « 10 questions sur l'injonction de soin », *Gazette Santé-Social*, novembre 2007.

2377 Selon J.-L. SÉNON, « Un bilan en demi-teinte de l'interface santé justice » in Dossier « La loi du 17 juin 1998 : l'obligation de soins, 10 ans après », *AJ pénal*, n°2/2009, février 2009, p. 64.

2378 À distinguer de l'injonction thérapeutique à l'égard des toxicomanes, voir *supra*.

2379 M. COLIN, « Nul n'est tenu de se soigner » in A. CIAVALDINI (dir.), *Violences sexuelles : le soin sous contrôle judiciaire*, Paris, In press, Coll : Explorations psychanalytiques, 2003, pp. 19-22.

2380 Article 131-36-1 du code pénal instauré par la loi n°98-468 du 17 juin 1998.

2381 Sur ces extensions, voir par exemple, Inspection générale des affaires sociales, Inspection générale des services judiciaires, Rapport sur l'évaluation du dispositif de l'injonction de soin, Février 2011, disponible sur le site de la documentation française, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics>.

2382 Sur l'opportunité d'élargir le champ d'application du suivi socio-judiciaire, voir not. Rapport n° 171 (2004-2005) de François Zocchetto, fait au nom de la commission des lois, déposé le 2 février 2005.

2383 Pour une liste exhaustive des infractions faisant encourir le suivi socio-judiciaire, voir A. BEZIZ-AYACHE et D. BOESEL, *Droit de l'exécution de la sanction pénale*, Paris, Ed. Lamy, Étude (Broché), Collection Axe Droit, 2012, pp. 115-116.

1124.- La durée du SSJ a également été étendue au fil du temps. Selon l'article 131-36-1 CPP, le SSJ ne peut excéder 10 ans s'agissant des délits, et 20 ans s'agissant des crimes. Mais la loi Perben 2 du 9 mars 2004 a allongé la durée possible en prévoyant que, par décision spécialement motivée, elle peut être portée à 20 ans en matière correctionnelle ; cette loi a également porté la durée à 30 ans pour les crimes punis de 30 ans de réclusion criminelle ; en outre, pour les crimes punis de la réclusion criminelle à perpétuité, la loi dispose que la cour d'assises peut décider que le SSJ s'appliquera sans limitation de durée (mais le tribunal d'application des peines pourra mettre fin à la mesure après 30 ans). La durée du SSJ ou de l'une de ses obligations (par exemple, l'injonction de soin) peut être abrégée par une procédure de relèvement prévue dès 1998, qui a été simplifiée par la loi du 10 mars 2010²³⁸⁴ en ce qui concerne le relèvement d'un SSJ avec injonction de soin²³⁸⁵.

1125.- Parmi les différentes obligations que peut contenir le suivi socio-judiciaire, l'injonction de soin est celle qui retiendra notre attention, car cette mesure allie le soin à la peine²³⁸⁶. L'injonction de soin nécessite une expertise. L'avis de l'expert semble lier la décision du juge de prononcer une injonction de soin²³⁸⁷. Un médecin coordonnateur sera désigné qui établira, en quelque sorte, la liaison entre le JAP et le médecin traitant (ou le psychologue traitant).

1126.- S'est rapidement posée la question de la nature du suivi socio-judiciaire d'abord, puis de l'injonction de soin. La chambre criminelle de la Cour de cassation avait déterminé que le suivi socio-judiciaire est une peine complémentaire²³⁸⁸. Selon le Conseil

2384Article 763-6 CPP. Selon cet article, toute personne condamnée à une peine de SSJ peut demander le relèvement de cette mesure à l'issue d'un délai d'un an à compter de la décision de condamnation. En cas de refus, une autre demande peut être portée un an après la décision de refus. La décision sera prise après une expertise ou une double expertise en matière de meurtre ou assassinat d'un mineur précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie. La juridiction peut décider de ne relever qu'une partie des obligations.

2385Article 763-6 CPP alinéa 7 : « *Après avis du procureur de la République, le juge de l'application des peines peut, après audition du condamné et avis du médecin coordonnateur, décider selon les modalités prévues par l'article 712-8 de mettre fin de manière anticipée au suivi socio-judiciaire comportant une injonction de soins, sans qu'il soit nécessaire de saisir la juridiction de jugement, dès lors qu'il apparaît que le reclassement du condamné est acquis et qu'un traitement n'est plus nécessaire. Le juge peut également décider de ne relever le condamné que d'une partie de ses obligations parmi lesquelles, le cas échéant, l'injonction de soins* ».

2386Voir not. G. DUBRET, « L'injonction thérapeutique de la loi du 17 juin 1998 : une tentative pour articuler la peine et le soin », *Annales Médico-psychologiques*, vol. 164 - n° 10, décembre 2006, pp. 851-856 ; A. DARSONVILLE, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, (à « Viol », Chapitre II, Section 3, Article 3, Paragraphe 1), dernière mise à jour juin 2012.

2387En ce sens, A. CIAVALDINI, *op.cit.*, p. 26. Sur la « compétence liée » du juge de prononcer une injonction de soin, voir M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, Paris, Dalloz, Action, 2012, n°428-124.

2388Cass.crim. 2 septembre 2004, précité. La cour avait à se prononcer sur l'application du principe de non-rétroactivité à un suivi socio-judiciaire prononcé par la juridiction de jugement.

constitutionnel, le suivi socio-judiciaire est susceptible de revêtir les deux qualifications : peine (complémentaire) quand il est prononcé par la juridiction de jugement, mesure de sûreté lorsqu'il est prononcé ultérieurement par le juge d'application des peines²³⁸⁹.

1127.- Aussi, avec le SSJ, l'injonction de soin qui existait auparavant sous la forme d'obligation de soin en dehors de toute peine, devient une obligation d'une peine. Cette consubstantialité de la peine et du soin a encore été renforcée par des lois successives. Si l'injonction de soin nécessite le consentement de l'intéressé²³⁹⁰, on dénote, concernant la formation de ce consentement, une forte incitation de la part de la loi²³⁹¹, à préciser que si l'intéressé « *refuse les soins qui lui sont proposés, l'emprisonnement prononcé [en cas d'inobservation des obligations du SSJ²³⁹²] pourra être mis à exécution* »²³⁹³.

1128.- De plus, lorsqu'un individu a été condamné à une peine d'emprisonnement et à une peine de suivi socio-judiciaire, il est informé de la possibilité de commencer un traitement durant la détention²³⁹⁴, et s'il refuse, le JAP doit renouveler cette information au moins une fois par an²³⁹⁵. En outre, la loi subordonne l'octroi de réductions de peines supplémentaires à l'acceptation de commencer les soins en détention, comme évoqué plus haut. Et, depuis la loi du 10 août 2007, la libération conditionnelle ne peut bénéficier à une personne qui a refusé de commencer les soins enjoins en détention²³⁹⁶.

1129.- Par ailleurs, on constate une extension de l'injonction de soin, y compris en dehors du cadre du suivi socio-judiciaire²³⁹⁷. Premièrement, le législateur a émis la volonté

2389Décision n°2007-554 DC du 9 août 2007. Voir *supra*.

2390L'article 131-36-4 précise « *qu'aucun traitement de pourra être entrepris sans [le] consentement [de l'intéressé]* ».

2391Voir M. HERZOG-EVANS, *op.cit.*, n°428-31s. Et également, par exemple, A. CIAVALDINI, *op.cit.*, p. 25.

2392Article 131-36-1CP alinéa 3.

2393Article 131-36-4 CP alinéa 1 *in fine*.

2394Selon l'article 131-36-4 CP alinéa 2, « *Lorsque la juridiction de jugement prononce une injonction de soin et que la personne a été également condamnée à une peine privative de liberté non assortie du sursis, le président informe le condamné qu'il aura la possibilité de commencer un traitement pendant l'exécution de cette peine* »

2395Article 763-7 CPP.

2396Article 729 alinéa 4 CPP : « *Lorsque la personne a été condamnée pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru, une libération conditionnelle ne peut lui être accordée si elle refuse pendant son incarcération de suivre le traitement qui lui est proposé par le juge de l'application des peines en application des articles 717-1 et 763-7. Elle ne peut non plus être accordée au condamné qui ne s'engage pas à suivre, après sa libération, le traitement qui lui est proposé en application de l'article 731-1* ».

2397Sur ce point, voir not. J.-L. SÉNON, G. LOPEZ, R. CARIO (al.), *Psychocriminologie, Clinique - Prise en charge - Expertise*, Paris, Ed. Dunod, Coll. Psychothérapies Pratiques, 2^{ème} édition, 2012, p. 265s.

de systématiser le recours à l'injonction de soin adossée au suivi socio-judiciaire²³⁹⁸. La loi du 10 août 2007 a modifié l'article 131-36-4 du code pénal en automatisant l'injonction de soin lorsqu'une peine de suivi socio-judiciaire a été prononcée²³⁹⁹ : « *Sauf décision contraire de la juridiction, la personne condamnée à un suivi socio-judiciaire est soumise à une injonction de soins dans les conditions prévues aux articles L 3711-1 et suivants du code de la santé publique, s'il est établi qu'elle est susceptible de faire l'objet d'un traitement, après une expertise médicale ordonnée conformément aux dispositions du code de procédure pénale* ». Désormais, dès lors que l'expertise déclare que l'intéressé est susceptible de faire l'objet d'un traitement, l'injonction de soin doit donc être prononcée par principe. L'incitation du condamné à accepter les soins prononcés est d'autant plus forte que la loi du 10 août 2007 précise aussi que « *Le président avertit alors le condamné qu'aucun traitement ne pourra être entrepris sans son consentement, mais que, s'il refuse les soins qui lui seront proposés, l'emprisonnement prononcé en application du troisième alinéa de l'article 131-36-1 pourra être mis à exécution* ».

1130.- La loi du 10 août 2007 a également modifié l'article 763-3 du code de procédure pénale en favorisant le recours à l'injonction de soin même lorsque le SSJ ne la prévoyait pas initialement : « *Si la personne condamnée à un suivi socio-judiciaire n'a pas été soumise à une injonction de soins, le juge de l'application des peines ordonne en vue de sa libération une expertise médicale afin de déterminer si elle est susceptible de faire l'objet d'un traitement. S'il est établi à la suite de cette expertise la possibilité d'un traitement, la personne condamnée est soumise à une injonction de soins, sauf décision contraire du juge de l'application des peines* » (alinéa 3 de l'article précité)²⁴⁰⁰. Ainsi, même si l'injonction de soin n'avait pas été initialement prévue comme obligation du SSJ par la juridiction de jugement, elle peut être prononcée ultérieurement et elle doit même l'être dès lors qu'une expertise conclut à la possibilité de traitement. Il s'agit là évidemment d'un renversement de perspective : le prononcé de l'injonction de soin qui était une faculté pour le juge devient une quasi obligation dépendante de l'expertise, le seul moyen d'y déroger étant de l'écarter par une décision expresse²⁴⁰¹. C'est en se fondant sur cette possibilité de prendre néanmoins une

2398 Voir par exemple, Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, par François Zocchetto, Rapport Sénat n°358, p. 43.

2399 Voir sur ce point not. M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, Paris, Dalloz Action, 2012, n°428.1s.

2400 Sur ce point, voir par exemple, Inspection générale des affaires sociales, Inspection générale des services judiciaires, Rapport sur l'évaluation du dispositif de l'injonction de soin, Février 2011, *op.cit.*, pp. 26-27.

2401 En effet, selon l'article R61-4-1 CPP (créé par le Décret n°2008-1129 du 4 novembre 2008, article 4),

décision contraire à l'avis de l'expert que le Conseil constitutionnel a validé ces dispositions de la loi du 10 août 2007²⁴⁰².

1131.- Secondement, le recours à l'injonction de soin a été étendu à quatre hypothèses en dehors du suivi socio-judiciaire²⁴⁰³ : s'agissant de certaines infractions ; dans le cadre du sursis avec mise à l'épreuve ; dans celui de la libération conditionnelle ; et dans celui de la surveillance judiciaire. En effet, la loi du 10 août 2007 systématise, pour certaines infractions²⁴⁰⁴, l'expertise médicale afin de déterminer si une injonction de soins est opportune²⁴⁰⁵. Cette expertise, rendue obligatoire avant tout jugement au fond, peut être ordonnée par le procureur de la République dès le stade de l'enquête.

1132.- Aussi, cette même loi avait instauré un article 132-45-1 dans le code de procédure pénale²⁴⁰⁶ qui disposait, en son premier alinéa, que « *Sauf décision contraire de la juridiction, la personne condamnée à une peine d'emprisonnement assortie du sursis avec mise à l'épreuve pour l'une des infractions pour lesquelles le suivi socio-judiciaire est encouru est soumise à une injonction de soins [...], s'il est établi qu'elle est susceptible de faire l'objet d'un traitement, après une expertise médicale ordonnée conformément aux dispositions du code de procédure pénale* »²⁴⁰⁷.

« Lorsque l'expertise prévue par le troisième alinéa de l'article 763-3 établit que le condamné peut faire l'objet d'un traitement, le juge de l'application des peines, par un jugement rendu selon les modalités prévues par l'article 712-6, soit constate que le condamné fera l'objet d'une injonction de soins, soit ordonne, par décision expresse, qu'il n'y a pas lieu à injonction de soins ».

2402 Décision n° 2007-554 DC du 9 août 2007 « Considérant notamment que le législateur a « expressément préservé la possibilité pour la juridiction ou le juge d'application des peines de ne pas prévoir cette injonction de soins », le Conseil constitutionnel a validé ces dispositions.

2403 Voir par exemple, A. KENSEY, « La réalité statistique des peines et mesures concernées par l'obligation de soins, le suivi socio-judiciaire » in « Loi du 17 juin 1998 : obligation de soins, 10 après après », Dossier, *AJ pénal*, n°2/2009, février 2009 p. 58.

2404 Les infractions visées sont celles de l'article 706-47 CPP : meurtre ou d'assassinat d'un mineur précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie, agression ou atteintes sexuelles ou de proxénétisme à l'égard d'un mineur, de recours à la prostitution d'un mineur prévues par les articles 222-23 à 222-31, 225-7, 225-7-1, 225-12-1, 225-12-2 et 227-22 à 227-27 du code pénal ; meurtre ou assassinat commis avec tortures ou actes de barbarie, crimes de tortures ou d'actes de barbarie et meurtres ou assassinats commis en état de récidive légale. Voir *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°23.

2405 Aux termes de l'article 706-47-1 CPP (modifié la loi n°2007-1198 du 10 août 2007, article 8) : « *Les personnes poursuivies pour l'une des infractions mentionnées à l'article 706-47 doivent être soumises, avant tout jugement au fond, à une expertise médicale. L'expert est interrogé sur l'opportunité d'une injonction de soins. / Cette expertise peut être ordonnée dès le stade de l'enquête par le procureur de la République* ».

2406 Cet article a été abrogé par la loi n°2010-242 du 10 mars 2010 (article 10).

2407 L'article précité poursuit : « *En cas d'injonction de soins, le président avertit le condamné qu'aucun traitement ne pourra être entrepris sans son consentement, mais que, s'il refuse les soins qui lui seront proposés, l'emprisonnement prononcé pourra être mis à exécution. / Lorsque la juridiction de jugement prononce une peine privative de liberté qui n'est pas intégralement assortie du sursis avec mise à l'épreuve, le président informe le condamné qu'il aura la possibilité de commencer un traitement pendant l'exécution de cette peine* ».

1133.- Également, s'agissant des personnes condamnées pour des infractions pour lesquelles le SSJ est encouru, la loi du 10 août 2007 subordonne l'octroi de la libération conditionnelle à la soumission à un traitement dès lors qu'une expertise conclut à la possibilité de soin (article 731-1 CPP²⁴⁰⁸).

1134.- Enfin, la loi du 10 août 2007 a inclus l'injonction de soin parmi les obligations de la surveillance judiciaire et l'a rendue obligatoire : « *Sauf décision contraire du juge de l'application des peines, le condamné placé sous surveillance judiciaire est soumis à une injonction de soins, dans les conditions prévues aux articles L. 3711-1 et suivants du code de la santé publique, lorsqu'il est établi, après expertise médicale prévue à l'article 723-31, qu'il est susceptible de faire l'objet d'un traitement* » (article 723-30 CPP).

1135.- Le mouvement d'extension de l'injonction de soin est poursuivi avec la loi du 15 août 2014, qui prévoit que l'injonction de soin peut figurer parmi les obligations de la « contrainte pénale »²⁴⁰⁹, si la personne a été condamnée pour un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru et qu'une expertise médicale a conclu qu'elle était susceptible de faire l'objet d'un traitement²⁴¹⁰. Également, cette loi prévoit l'obligation de soin au titre d'une nouvelle mesure de sûreté applicable aux personnes, dont le discernement a été altéré, visées par l'article 122-1 du code pénal²⁴¹¹.

1136.- Par ailleurs, il est désormais précisé dans la loi qu'un traitement inhibiteur de la libido peut être prescrit dans le cadre d'une injonction de soin. Déjà en 2007, un député avait déposé une proposition de loi tendant à imposer la castration chimique aux personnes condamnées après avoir commis une agression sexuelle²⁴¹². Depuis la loi du 10 mars 2010, le code de procédure pénale précise que « *Lorsqu'une injonction de soins est ordonnée, le médecin traitant peut prescrire un traitement inhibiteur de libido conformément*

²⁴⁰⁸L'article 731-1 CPP modifié par la loi du 10 août 2007 dispose en son premier alinéa : « *La personne faisant l'objet d'une libération conditionnelle peut être soumise aux obligations prévues pour le suivi socio-judiciaire si elle a été condamnée pour un crime ou un délit pour lequel cette mesure est encourue. Sauf décision contraire du juge de l'application des peines ou du tribunal de l'application des peines, cette personne est soumise à une injonction de soins dans les conditions prévues aux articles L. 3711-1 et suivants du code de la santé publique s'il est établi, après l'expertise prévue à l'article 712-21 du présent code, qu'elle est susceptible de faire l'objet d'un traitement* ». Voir sur ce point, M. François Zocchetto, Rapport n° 358, précité, pp. 64-65.

²⁴⁰⁹Voir *supra* sur la contrainte pénale.

²⁴¹⁰Article 131-4-1 nouveau du code pénal (alinéa 6).

²⁴¹¹Voir *supra*. Article 706-136-1 nouveau de code de procédure pénale.

²⁴¹²Proposition de loi relative à la castration chimique des criminels sexuels, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 septembre 2007, présentée par M. Bernard Debré, député.

à l'article L. 3711-3 du code de la santé publique » (article 706-47-1 CPP alinéa 2) à l'égard des personnes poursuivies pour certaines infractions²⁴¹³. Et la loi du 10 août 2011 ajoute, que pour certaines personnes²⁴¹⁴, la libération conditionnelle ne peut être accordée qu'après l'avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté²⁴¹⁵, rendu après expertise, laquelle doit se prononcer « sur l'opportunité, dans le cadre d'une injonction de soins, du recours à un traitement utilisant des médicaments inhibiteurs de libido » (article 730-2 CPP alinéa 3).

1137.- De toutes ces observations, nous pouvons conclure que l'injonction de soin, qui, en grande partie, a nourri la tendance sécuritaire, peut, à défaut d'être expressément conçue comme une mesure de sûreté, être regardée comme un dispositif préfigurant le renouveau de mesures de sûreté, officiellement intégrées au droit pénal par la suite²⁴¹⁶. Bien que s'apparentant, de par leurs modalités, à des peines, le suivi socio-judiciaire et l'injonction de soin, dans ou hors ce dernier, participent de la même logique que les mesures de sûreté : éviter le risque de récidive que présentent les personnes considérées dangereuses. En 2005, des mesures de sûreté sont officiellement intégrées au droit pénal par leur inscription sous cette dénomination dans les codes pénal et de procédure pénale, exacerbant un peu plus cette logique précautionniste.

2) L'intégration officielle de mesures de sûreté dans le code de procédure pénale

1138.- En 2005, l'expression « mesure de sûreté » entre officiellement dans le droit pénal avec la loi instaurant la surveillance judiciaire²⁴¹⁷. En effet, la loi du 12 décembre 2005 crée l'article 723-29 CPP qui énonce clairement la nature de la surveillance judiciaire, qui peut être ordonnée « à titre de mesure de sûreté ». En 2008, trois autres cas d'emploi de la notion de mesure de sûreté sont introduits dans le code de procédure pénale : loi du 21 février 2008 introduit les « mesures de sûreté applicables aux personnes déclarées pénalement irresponsables pour cause de trouble mental », la surveillance « de sûreté » et la rétention

2413 Infractions de l'article 706-47 CPP précité.

2414 Celles condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité ou celles condamnées soit à une peine d'emprisonnement ou de réclusion criminelle égale ou supérieure à quinze ans pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru, soit à une peine d'emprisonnement ou de réclusion criminelle égale ou supérieure à dix ans pour une infraction mentionnée à l'article 706-53-13 CPP (article 730-2 CPP alinéa 1).

2415 Voir *supra* sur la composition de ces commissions.

2416 En ce sens, voir not. V. GAUTRON, *op.cit.*, p. 55 ; A. WYVEKENS, « La rétention de sûreté en France : une défense sociale en trompe-l'œil (ou les habits neufs de l'empereur) », *Déviance et société*, 2010, vol. 34, n°4, pp. 506-525, et particulièrement p. 509s.

2417 Voir parallèlement la réutilisation de la notion de dangerosité dans le code pénal par cette même loi de 2005, *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

« *de sûreté* ». S'agissant des premières, la loi du 15 août 2015 rajoute, d'une part, une mesure de sûreté applicable aux personnes dont le discernement a été altéré et qui demeurent responsables en vertu de l'article 122-1 alinéa 2 du code pénal, et, d'autre part, réaffirment leur caractère de « mesures de sûreté », en remplaçant par « mesures » le terme « interdictions » qui créait un flou quant à leur nature²⁴¹⁸. Alors que le nouveau code pénal avait abandonné la distinction peine/mesure de sûreté, le législateur a donc réintroduit l'expression même de mesures de sûreté²⁴¹⁹. Quant au Conseil constitutionnel, il valide ces nouvelles dispositions sans toutefois utiliser lui-même l'expression de mesures de sûreté, préférant, s'agissant de la rétention de sûreté, une formulation peut-être plus ambiguë, en tout cas « négative »²⁴²⁰ : « ni une peine, ni une sanction »²⁴²¹.

1139.- Dans tous les cas, l'inscription de ces nouvelles mesures qui s'appliquent après la peine et que nous avons qualifiées *supra* de mesures de précaution²⁴²², est le signe d'une influence du principe de précaution sur le législateur pénal, comme en témoignent les exposés des motifs des projets de lois et les discours publics²⁴²³.

B. LE DOUBLEMENT DE LA PEINE SUGGÉRÉ PAR LES MESURES DE SÛRETÉ DANS LA RATIONALITÉ PÉNALE DE PRÉCAUTION

1140.- Dans la rationalité pénale de précaution, il s'agit de prendre toujours plus de mesures afin d'assurer le *continuum* de précaution²⁴²⁴. Le principe de précaution fonctionne dans un système temporel ouvert, formant une boucle de précaution²⁴²⁵. Si déjà pour les positivistes, la peine devait être remplacée par la mesure de sûreté, dans la rationalité pénale de précaution, que nous avons qualifiée de néo-positiviste plutôt que de sur-positiviste

2418 Voir *supra*.

2419 Voir *supra*.

2420 Sur ce point, voir not. J.-H. ROBERT, « La détermination de la peine par le législateur et le juge » in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI, *Droit pénal : Le temps des réformes*, *op.cit.*, pp. 241-249.

2421 Voir *supra*. Décision du Conseil Constitutionnel du 21 février 2008, précitée.

2422 Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

2423 Voir *supra*.

2424 Pour Olivier Razac, on assiste avec les nouvelles mesures de sûreté à « la promotion d'un continuum de la réaction sociale aux manifestations de violence (physique et individualisée) à travers lequel, toutes les actions violentes sont commensurables, aucune ne peut être légitime, toutes doivent être combattues avec une rigueur équivalente ». O. RAZAC, 2010, *op.cit.*, p. 31.

2425 Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2. Et nous reviendrons en détail sur la temporalité précautionniste, *infra*, Titre 2, Chapitre 2 de la présente partie.

(ou hyper positiviste)²⁴²⁶, la mesure de sûreté s'ajoute à la peine, sans s'y substituer²⁴²⁷. En effet, les positivistes souhaitaient abandonner le concept de responsabilité pénale au profit de celui d'état dangereux tandis que le précautionnisme pénal se réfère conjointement à l'un et l'autre²⁴²⁸.

1141.- Nous nous pencherons principalement sur les nouvelles mesures dites de sûreté²⁴²⁹, que nous avons qualifiées de mesures de précaution²⁴³⁰. Elles concernent la surveillance judiciaire, la surveillance de sûreté et la rétention de sûreté. Nous démontrerons en quoi ces mesures de sûreté sont caractéristiques d'un système de précaution (1) puis nous relèverons leur caractère ambivalent (2).

1) Les mesures de sûreté, mesures caractéristiques d'un système de précaution : la prise en considération de l'incertitude

1142.- De même que le principe de précaution s'active en cas d'incertitude, les mesures de sûreté se déclenchent dans un contexte incertain (a). De surcroît, leur relative souplesse d'application les rendent elles-mêmes porteuses d'incertitudes (b).

a) Des mesures de sûreté liées à l'incertain

1143.- L'incertitude est le critère de déclenchement des mesures de sûreté. Les mesures de sûreté sont ordonnées dans des situations où la désistance, l'absence de dangerosité et l'absence de récidive ne peuvent être prouvées scientifiquement et certainement, et reposent sur l'évaluation de la dangerosité, dont la notion demeure floue et incertaine²⁴³¹. En effet, comme nous l'avons déjà souligné, tant la définition de la dangerosité que son évaluation²⁴³² sont empreintes d'incertitudes plurielles, venant obscurcir la lisibilité du fondement-même des mesures de sûreté.

2426 Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

2427 Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

2428 Voir *supra* et *infra*.

2429 Sur ces mesures, voir not. *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* n°24, p. 15. Et voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

2430 Voir *supra*.

2431 Voir *supra* sur la notion de dangerosité.

2432 Voir *supra* sur les difficultés d'évaluation de la dangerosité.

b) Des mesures de sûreté elles-mêmes porteuses d'incertitudes

1144.- Alors que la peine est caractérisée par sa détermination claire et précise, empêchant l'arbitraire de s'exprimer²⁴³³ et par son aspect, en principe, définitif²⁴³⁴, la mesure de sûreté se singularise par sa double indétermination : une indétermination quant à son terme (α) et une indétermination quant à son contenu (β). Contrairement aux peines, les mesures de sûreté sont peu déterminées dans leur maximum et dans leur contenu²⁴³⁵.

α) L'indétermination du terme de la mesure de sûreté

1145.- Dans le code pénal de 1810, la mesure consistant à placer les vagabonds, après leur peine, à la disposition du Gouvernement, était temporellement indéterminée puisque le Gouvernement décidait de leur libération « *eu égard à [leur] conduite* »²⁴³⁶. La durée des mesures de sûreté contemporaines est pareillement indéterminée. On relève en effet une incertitude du terme de la mesure. Par exemple, la rétention de sûreté, mesure type de précaution, peut être indéfiniment renouvelable²⁴³⁷.

1146.- L'indétermination du terme de la mesure de sûreté est justifiée par le fondement-même de la mesure, c'est-à-dire la dangerosité, dont l'évolution possible dans le temps montre toute la difficulté de prévoir à l'avance la durée nécessaire cette mesure. En effet, « son rattachement à l'état de dangerosité de l'individu ne permet que très imparfaitement de fixer sa durée à l'avance »²⁴³⁸.

1147.- Cette indétermination du terme est une caractéristique reliant les mesures de sûreté au principe de précaution, qui commande la prise de mesures dont le terme n'est pas définitivement fixé à l'avance puisqu'elles dépendent de l'évolution des connaissances scientifiques sur le danger appréhendé²⁴³⁹.

2433B. BOULOC, *op.cit.*, p. 412, n°476.

2434Ibid., p. 413, n°478.

2435G. LOPEZ et S. TZITZIS, *op.cit.*, à « Mesure de sûreté », article de J.-H. ROBERT, pp. 616-617.

2436Article 271 du code pénal de 1810. Voir sur point par exemple B. BOULOC, *op.cit.*, p. 418, n°485.

2437Voir *supra*.

2438J.-P. CÉRÉ, « Peine (Nature et prononcé) », Article 3 : Distinction des peines et des mesures de sûreté, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, janvier 2008 (dernière mise à jour : janvier 2013).

2439Voir *supra*.

β) L'indétermination du contenu de la mesure de sûreté

1148.- On observe une flexibilité des mesures de sûreté selon les besoins de la précaution, les mesures de sûreté pouvant être modifiées en cours d'exécution²⁴⁴⁰. Une mesure peut muter en une autre ; les obligations d'une mesure peuvent être modifiées. Aussi, le contenu initial peut être amené à évoluer en fonction de l'évolution de la dangerosité²⁴⁴¹, dont nous avons montré le caractère mouvant. Tous ces ajustements procèdent de la logique de précaution, qui invite à moduler les mesures prises en fonction de l'acquisition de nouvelles connaissances scientifiques²⁴⁴².

1149.- L'incertitude, comme fondement des mesures de sûreté, et leur caractère indéterminé contribuent à l'ambivalence de leur nature.

2) Des mesures de sûreté ambivalentes

1150.- L'ambivalence des mesures de sûreté se révèle avec la difficulté à classer ces dernières dans une catégorie fixe (a) et s'exprime par l'hybridation qui les caractérise (b).

a) Des mesures de sûreté difficilement classables

1151.- La difficulté de catégorisation des mesures de sûreté a été notamment soulevée par les saisines successives du Conseil constitutionnel et apparaît nettement dans la jurisprudence tant constitutionnelle que judiciaire.

1152.- Plusieurs exemples attestent de cette difficulté de classement : le PSEM est qualifié de « mesure de sûreté » par le législateur mais peut aussi être appliqué dans le SSJ, qui est parfois une peine complémentaire ; le SSJ peut constituer une peine complémentaire ou une mesure de sûreté selon le Conseil constitutionnel²⁴⁴³ ; l'obligation de

2440 Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1. Et G. LOPEZ et S. TZITZIS, *op.cit.*, à « Mesure de sûreté », article de J.-H. ROBERT, pp. 616-617.

2441 Voir *supra*.

2442 Voir *supra*.

2443 Voir *supra*.

cure de désintoxication, par exemple, constitue une mesure de sûreté en phase d'instruction dans le contrôle judiciaire mais revêt la qualité de peine complémentaire quand elle est prononcée par une juridiction de jugement²⁴⁴⁴ ; les mesures applicables aux personnes déclarées pénalement irresponsables sont légalement des mesures de sûreté mais correspondent à des peines complémentaires ou alternatives à l'emprisonnement pour les personnes responsables²⁴⁴⁵

1153.- Aussi, la doctrine soulèvera que les mesures de sûreté ne se regroupent pas aujourd'hui « dans un système ordonné et cohérent »²⁴⁴⁶ et qu'au contraire, elles apparaissent souvent sous d'autres vocables tels que celui de « peines complémentaires »²⁴⁴⁷ ou de « peines accessoires »²⁴⁴⁸. Le nouveau code pénal de 1992 avait choisi de ne pas introduire la notion de mesure de sûreté et avait opté pour un système unitaire pour les peines et les mesures de sûreté²⁴⁴⁹. Si bien qu'une réelle séparation entre peines complémentaires/accessoires et mesures de sûreté s'avère difficile à établir.

1154.- De même, par l'absence de netteté, la distinction entre mesures de sûreté et aménagements de peines est mal aisée. Par exemple, la loi n°2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle instaure dans le code de procédure pénale un article 732-1, un peu contradictoire : « *Lorsque la personne a été condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité pour l'un des crimes visés à l'article 706-53-13 et qu'elle a fait l'objet d'une libération conditionnelle avec injonction de soins, la juridiction régionale de la rétention de sûreté peut, selon les modalités prévues par l'article 706-53-15, décider de prolonger tout ou partie des obligations auxquelles est astreinte la personne, au-delà de la période de libération conditionnelle, en la plaçant sous surveillance de sûreté avec injonction*

2444Articles 138 alinéa 2 10° CPP, L. 3424-1 CSP, L. 3425-1 CSP. Voir F. ROUSSEAU, « Dangerosité et sanctions pénales », *op.cit.*, pp. 271-272 (note 448).

2445Voir *supra* et *infra* en détail.

2446B. BOULOC, 2009, *op.cit.*, p. 403, n°463

2447*Ibidem*. Voir aussi le Rapport Burgelin qui, malgré ses préconisations en faveur de mesures de sûreté, reconnaît lui-même que « La distinction entre ces deux notions [peine et mesure de sûreté], qui avait été clairement faite par l'école positiviste à la fin du 19^{ème} siècle, a été brouillée par le législateur et le juge, au fil des réformes qui ont créé l'interdiction de séjour, les déchéances professionnelles, la suspension du permis de conduire ou l'interdiction de se représenter à l'examen, etc.. Ces diverses incapacités ou mesures préventives ont souvent été présentées comme des peines, notamment de substitution à l'emprisonnement, alors qu'il s'agit en réalité de mesures de sûreté que l'on a évité d'appeler par leur nom ». « Santé, justice et dangerosités : pour une meilleure prévention de la récidive », Rapport de la commission Santé-Justice présidée par Jean-François Burgelin, 2005, précité, p. 71.

2448B. BOULOC, *op.cit.*, p. 418, n°485.

2449Voir *supra* sur ce point (Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1).

de soins pour une durée de deux ans. ». Or, la loi du 25 février 2008 prévoyait dans son premier article que ses dispositions « *ne sont pas applicables à la personne qui bénéficie d'une libération conditionnelle, sauf si cette mesure a fait l'objet d'une révocation* »²⁴⁵⁰. Certains auteurs y voient là une contradiction manifeste du législateur²⁴⁵¹.

1155.- Mais les difficultés de classement proviennent peut-être moins de contradictions du législateur que d'une réelle impossibilité à distinguer clairement les peines des mesures de sûreté ou les aménagements de peine et des mesures de sûreté, ces dernières se situant à mi-chemin entre la prévention et la sanction.

b) Des mesures de sûreté hybrides : entre prévention²⁴⁵² et sanction

Le caractère afflictif²⁴⁵³ des mesures de sûreté

1156.- Habituellement et uniquement relié à la peine, le caractère afflictif d'une mesure peut être défini par le fait qu'elle « est ressentie par l'individu comme quelque chose de pénible, une souffrance ou tout au moins une privation, une gêne sensible »²⁴⁵⁴. Les mesures de sûreté sont censées être dépourvues de ce caractère, comme en témoigne la doctrine.

1157.- Dans le *Dictionnaire des sciences criminelles*, Jean Pradel écrit : « Pour la définir [la peine], il faut partir du concept de sanction, [qui est une] mesure punitive prononcée par un juge pénal à la suite d'une infraction. Jusqu'à la fin du 19^{ème} siècle, la sanction était seulement la peine, [c'est-à-dire une] souffrance imposée à l'auteur d'une infraction par les tribunaux répressifs. Mais à partir de cette époque, sont apparues à l'ombre des peines une autre catégorie de sanctions bientôt appelées mesures de sûreté dont le but était

2450 Devenu article 706-53-20 CPP.

2451 Sur cette contradiction et cette absence de distinction claire, de la part du législateur, entre mesures de sûreté et aménagements de peine, voir not. P. TCHERKESSOF, « De l'insécurité des politiques publiques en matière pénale », in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, p. 375.

2452 Voir *supra* pour la notion de prévention, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

2453 NB : le caractère afflictif était utilisé autrefois pour désigner les peines criminelles les plus graves (hors la peine capitale) avant 1994. Sur la distinction entre peines afflictives et infamantes (réclusion ou détention criminelles à perpétuité ou à temps) et peines infamantes non afflictives (bannissement, dégradation civique), voir G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 4^{ème} édition, 2003, à « Peine », p. 644.

2454 B. BOULOC, *op.cit.*, p. 410, n°473.

non de faire souffrir le délinquant , mais de l'amener à ne plus recommencer »²⁴⁵⁵. Le *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* insiste sur la « nature préventive » de la mesure de sûreté²⁴⁵⁶. Pour Bernard Bouloc, « on peut dire que le but de la mesure de sûreté est exclusivement un but de prévention »²⁴⁵⁷.

1158.- De même, le rapport Burgelin en faveur des mesures de sûreté mentionnait que, contrairement à la peine qui est répressive, « imposée dans un but de défense sociale par les magistrats, la mesure de sûreté est quant à elle dépourvue de tout but répressif. Elle est destinée à prévenir le risque de réitération ou de récidive gr ce à la resocialisation de la personne et sa soumission à un traitement [...] »²⁴⁵⁸.

1159.- Le Conseil constitutionnel, quant à lui, a affirmé à plusieurs reprises que des mesures de police ou de sûreté²⁴⁵⁹ ne constituaient pas des sanctions. Par exemple, selon lui, ne sont pas des sanctions : l'inscription au FIJAIS ainsi que l'obligation de faire connaître son adresse régulièrement²⁴⁶⁰, la surveillance judiciaire et le PSEM²⁴⁶¹, la surveillance de sûreté et la rétention de sûreté²⁴⁶², la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental²⁴⁶³.

1160.- Il précise que ces mesures ont un but préventif : la surveillance judiciaire « a pour seul but de prévenir la récidive »²⁴⁶⁴, le PSEM « a pour objet de prévenir

2455G. LOPEZ et S. TZITZIS, *Dictionnaire des sciences criminelles, op.cit.*, à « Peine », « Droit », Article de J. PRADEL, pp. 687-689. Voir *infra*, pour les rapprochements relevés entre peine et mesure de sûreté par Jean Pradel.

2456J.-P. CÉRÉ, *op.cit.*

2457B. BOULOC, *op.cit.*, p. 414, n°480.

2458« Santé, justice et dangers : pour une meilleure prévention de la récidive », Rapport de la commission Santé-Justice présidée par Jean-François Burgelin, 2005, précité, p. 71.

2459Sur l'absence de clarté de la distinction entre mesures de police et mesures de sûreté, voir not. M. VAN DE KERCHOVE, « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *RSC* 2008, p. 813, note 49. L'auteur évoque l'exposé du projet de loi de février 2008 qui utilise indistinctement les deux termes.

2460Décision n°2004-492 DC du 2 mars 2004 précitée. Selon le Conseil constitutionnel, il s'agit d'une mesure de police. Voir not. M. VAN DE KERCHOVE, *op.cit.* Pour la doctrine, l'inscription au FIJAIS est une mesure de sûreté (*Cahiers du Conseil constitutionnel* n°24, p. 15).

2461Décision n°2005-527 DC du 8 décembre 2005 précitée. Le Conseil constitutionnel affirme qu'il ne s'agit ni d'une peine ni d'une sanction. Le législateur, quant à lui, les avait qualifiés clairement de mesures de sûreté (voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1).

2462Décision n°2008-562 DC du 21 février 2008 précitée. Le Conseil ne précise pas que la rétention de sûreté est une mesure de sûreté mais estime qu'il ne s'agit ni d'une peine ni d'une sanction. Voir *supra* sur ce point.

2463Toutefois, le Conseil estime que son inscription au casier est nécessaire dès lors que des mesures de sûreté ont été prononcées (voir *supra* et *infra*).

2464Décision n° 2005-527 DC du 08 décembre 2005, Considérant n°14.

une récidive dont le risque est élevé »²⁴⁶⁵, la rétention de sûreté « a pour but d'empêcher et de prévenir la récidive des personnes souffrant d'un trouble grave de la personnalité »²⁴⁶⁶. Les mesures de sûreté sont tournées vers l'avenir et, en principe, ne regardent pas le passé, contrairement à la peine²⁴⁶⁷. « Elles entendent traiter un état dangereux présent et non punir un acte passé »²⁴⁶⁸.

1161.- La nature préventive des mesures de sûreté est donc solidement affirmée, aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence constitutionnelle. Toutefois, si les mesures de sûreté poursuivent bien une finalité préventive et plus précisément l'objectif d'éviter la récidive, force est de constater qu'elles présentent aussi, substantiellement, une dimension afflictive, que Jean Pradel, par exemple, omet de souligner²⁴⁶⁹. Ainsi, « l'absence de bl me » que Jacques-Henri Robert associe aux mesures de sûreté²⁴⁷⁰, est tout à fait relative si l'on considère que les mesures de sûreté sont prononcées par un juge pénal, et dans un cadre ritualisé²⁴⁷¹.

1162.- Ainsi, le caractère afflictif est « de moins en moins distinctif de la peine »²⁴⁷² et de plus en plus partagé par des mesures de sûreté. Soulignons d'ailleurs que le système unitaire privilégié par le législateur de 1992 était justifié par cet aspect afflictif des mesures de sûreté et visait à les soumettre, tout comme les peines, à un régime protecteur²⁴⁷³. Le Conseil constitutionnel reconnaît que des mesures, qui ne constituent pas des peines, présentent néanmoins une dimension afflictive en affectant des libertés²⁴⁷⁴. Il l'a fait s'agissant de mesures de police administratives et des mesures de rétention décidées à l'égard des étrangers²⁴⁷⁵. Bien que n'étant pas considérées comme des punitions par le Conseil constitutionnel, certaines mesures de sûreté sont « ressenties comme telles par ceux qu'elles

2465 Décision précitée, Considérant n°17.

2466 Décision du 21 février 2008 n° 2008-562 DC, Considérant n°9

2467 Cependant, les nouvelles mesures de sûreté concernent des personnes ayant commis dans le passé une infraction. Aussi, elles conservent un lien avec le passé. Voir *supra* et *infra*.

2468 F. ROUSSEAU, « Dangerosité et sanction pénale » in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.*, p. 267.

2469 Voir *supra*.

2470 G. LOPEZ et S. TZITZIS, *op.cit.*, à « Mesure de sûreté », article de J.-H. ROBERT, pp. 616-617.

2471 Voir *supra* (à propos des mesures de sûreté susceptibles d'être prononcées par un juge après une déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental), et *infra*.

2472 M. VAN DE KERCHOVE, « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *RSC* 2008, p. 807.

2473 Voir *supra* (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1).

2474 *Ibidem*.

2475 *Ibidem*.

frappent et [...] sont infligées individuellement à des individus que la loi entend stigmatiser »²⁴⁷⁶. Jacques-Henri Robert les nomme « mesures de sûreté afflictives »²⁴⁷⁷.

1163.- Également, les mesures de sûreté peuvent revêtir un caractère infamant et stigmatisant, notamment lorsqu'elles conduisent à une inscription dans des fichiers. Nous avons souligné que le Conseil constitutionnel exige l'inscription au casier judiciaire de la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental dès lors que des mesures de sûreté ont été prononcées²⁴⁷⁸. Or, le caractère infamant, qui « manifeste que la conduite de l'individu a été non seulement regrettable, mais blâmable au point de vue social »²⁴⁷⁹, est mis en relation par la doctrine avec la réprobation sociale, propre à la peine²⁴⁸⁰. Et si, selon la doctrine « le caractère afflictif découle essentiellement du but de rétribution »²⁴⁸¹, les mesures de sûreté peuvent être considérées, dans une certaine mesure, comme étant rétributives. Or, la rétribution est propre à la peine²⁴⁸².

1164.- Par ailleurs, même si elles n'ont pas été qualifiées de mesures de sûreté par le législateur, nous devons intégrer dans ce développement les sanctions éducatives : elles ne peuvent pas être des peines proprement dites puisqu'elles sont applicables à partir de 10 ans alors que l'âge à partir duquel une peine peut être prononcée est 13 ans et qu'elles poursuivent une finalité éducative donc aussi préventive, comme les mesures de sûreté. Mais ces mesures particulières possèdent bien un caractère de sanctions, si nous devons les distinguer des mesures éducatives. Le Conseil constitutionnel n'a-t-il pas affirmé, à leur égard, que « les principes constitutionnels propres à la justice des mineurs ne s'opposent pas à ce que leur soient infligées des sanctions »²⁴⁸³.

2476J.-H. ROBERT, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°26 (Dossier : la Constitution et le droit pénal), août 2009.

2477Ibidem. Sous cette dénomination inventée par l'auteur, peuvent être rangées, par exemple, l'inscription sur le fichier des auteurs d'infractions sexuelles, la surveillance judiciaire incluant la surveillance électronique mobile, la surveillance de sûreté et la rétention de sûreté. (Donc finalement, toutes les nouvelles mesures de sûreté que nous étudions sont des « mesures de sûreté afflictives »).

2478Voir *supra* (Chapitre précédent du présent titre). Décision n°2008-562 du 21 février 2008. Voir not. M. VAN DE KERCHOVE, *op.cit.*

2479B. BOULOC, *op.cit.*, pp. 410-411, n° 474.

2480Ibidem.

2481Ibid., p. 411, n° 473.

2482Voir *supra*.

2483Décision du 29 août 2002 n°202-461 précitée.

1165.- En guise de conclusion, les mesures de sûreté sont préventives mais également afflictives et parfois infamantes. Elles poursuivent alors au moins deux finalités rattachées à la peine, la réprobation sociale et la rétribution. Les nouvelles mesures de sûreté, de part leur aspect hybride, sont l'illustration d'un syncrétisme produit par la rationalité pénale de précaution. Ce mélange des genres additionné à la relecture de la peine nous amène à repenser la pénologie en terme de précautionnisme.

SECTION 2 : LA PÉNOLOGIE PRÉCAUTIONNISTE REDÉFINISSANT LES RAPPORTS

PEINE/MESURE DE SÛRETÉ

1166.- La nouvelle appréhension de la peine et l'étroitesse des relations que cette dernière entretient avec les mesures de sûreté sont le signe de l'efflorescence d'une nouvelle pénologie marquée par l'emprise du principe de précaution. Lorsqu'on observe les pénologies respectives des pays européens, on constate, dans leurs systèmes de droit, l'existence de deux types de conceptions : l'une assimilant les peines et les mesures de sûreté, l'autre, duale, conservant une juxtaposition des deux types de mesures²⁴⁸⁴. Le droit positif français se réfère à ce genre de régime dual²⁴⁸⁵. Or, dans la pénologie précautionniste²⁴⁸⁶, qui a progressivement émergé au contact d'une politique criminelle précautionniste et d'une redéfinition des éléments de l'infraction²⁴⁸⁷, les mesures de sûreté et les peines ne peuvent en réalité plus être distinguées aussi nettement.

1167.- En effet, dans la pénologie précautionniste, compte tenu des similitudes entre les peines et les mesures de sûreté, vouloir à tout prix les distinguer s'avère une entreprise vaine et peut dissimuler, en réalité, un pragmatisme pénal, opportuniste dans l'option pour l'une ou l'autre catégorie de mesures, selon les besoins de la répression et de la sécurisation. Peut-être devrions nous, pour appréhender plus justement la nouvelle pénologie,

2484M. DE KERCHOVE, 2008, *op.cit.*, p. 813.

2485Malgré la conception unitaire de la sanction retenue par le code pénal de 1994, qui entend soumettre au même régime, en principe, peines et mesures de sûreté, on constate autant dans les choix du législateur que dans la jurisprudence constitutionnelle une dualité qui se manifeste notamment dans l'application des garanties constitutionnelles aux seules peines. Aussi, la doctrine se demande si le législateur ne s'éloigne pas aujourd'hui de cette conception unitaire. Voir, par exemple, F. ROUSSEAU, « Dangereusité et sanctions pénales », *op.cit.*, p. 267. Voir également *supra* (Partie 1, Titre 1, Chapitre 2).

2486Voir *supra* (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2).

2487Voir *supra* (Chapitre précédent).

adopter l'attitude du Conseil constitutionnel qui, à l'égard de la rétention de sûreté, s'est référé plus à son contenu qu'à sa nature juridique incertaine²⁴⁸⁸. Des auteurs comme Yves Mayaud estiment qu'il aurait été plus clair de renoncer à la qualification même de mesure sûreté²⁴⁸⁹.

1168.- La pénologie précautionniste entend agir aussi bien sur les personnes ayant démontré leur nuisibilité que sur les personnes potentiellement dangereuses, tout comme le principe de précaution commande la prise de mesure quel que soit le degré d'incertitude²⁴⁹⁰. En s'appuyant sur une responsabilité plus objective (imputation matérielle) que subjective (imputation morale ou psychologique)²⁴⁹¹, on comprend mieux la logique de précaution qui guide la pénologie et la difficulté de cette dernière à proposer des mesures non entachées d'ambiguïté. Le principe de précaution donne naissance à une pénologie qui ne distingue pas peines et mesures de sûreté, l'importance se cristallisant autour de l'intervention sur l'auteur matériel du dommage réel ou virtuel.

1169.- Dès lors, l'établissement d'une distinction claire entre les peines et les mesures de sûreté se révèle illusoire dans une pénologie de précaution (**I**). Les critères utilisés aux fins de cette distinction sont artificiels et la justification de cette différenciation apparaît uniquement pratique. Ce qui nous conduit à démontrer que les peines et les mesures de sûreté appartiennent en réalité à une catégorie commune de sanction (**II**), dont les traits caractéristiques sont partagés par les unes et par les autres, ces deux formes de sanction ne diffèrent que par un critère utilitariste d'application.

I. LA DISTINCTION ENTRE PEINE ET MESURE DE SÛRETÉ : UNE DISTINCTION ARTIFICIELLE

1170.- Tout d'abord, il est tout à fait significatif que le *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* consacre cinq pages aux « éléments de rapprochement entre les

2488 Décision du 21 février 2008 n°2008-562 DC, *op.cit.* Voir *supra* (II de la présente section). Voir not. Y MAYAUD, « La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 du 21 février 2008 », *D.* 2008.1360 et 1362.

2489 Y. MAYAUD, *op.cit.*, p. 1365.

2490 En droit positif, la plausibilité du risque doit cependant être étayée par des évaluations.

2491 Voir *supra*, Chapitre précédent.

peines et les mesures de sûreté » tandis qu'il ne traite qu'en deux pages des « caractères distinctifs »²⁴⁹².

1171.- Ensuite, il faut distinguer les réelles mesures de sûreté prises par l'autorité administrative, telles que les quelques cas de retrait du permis de conduire, des mesures de sûreté²⁴⁹³ récemment instaurées, qui s'apparentent, elles, largement aux peines. Nous nous intéressons principalement à ces nouvelles mesures de sûreté, que nous avons désignées, pour rappel, « mesures de précaution »²⁴⁹⁴.

1172.- Ces dernières sont d'ordinaire distinguées des peines à raison de finalités respectives, qui seraient opposées sinon divergentes. Or, il apparaît que, dans la pénologie de précaution, le critère de la finalité est inopérant (**A**) et qu'un autre critère, celui de l'application dans le temps, permet de mieux rendre compte des raisons de la persistance de la distinction (**B**).

A. LA FINALITÉ : UN CRITÈRE DE DISTINCTION INOPÉRANT DANS LA PÉNOLOGIE DE PRÉCAUTION

1173.- Mettre l'accent sur une distinction (par nature) des peines et des mesures de sûreté dissimule en réalité le fait qu'elles s'insèrent toutes les deux dans une même lutte contre la criminalité et sa dangerosité.

1174.- Pour distinguer la peine de la mesure de sûreté, le Conseil constitutionnel se réfère à la finalité de la mesure litigieuse. En analysant les décisions constitutionnelles, Jean-François de Montgolfier retient deux définitions de la peine, l'une négative, l'autre positive²⁴⁹⁵. La définition négative signifie que n'est pas considérée comme peine la mesure n'ayant pas de finalité répressive²⁴⁹⁶. L'établissement d'une définition positive

2492J.-P. CÉRÉ, « Peine (Nature et prononcé) », Article 3 : Distinction des peines et des mesures de sûreté, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, janvier 2008 (dernière mise à jour : janvier 2013).

2493Ibidem.

2494Voir *supra*.

2495J.-F. DE MONTGOLFIER, *op.cit.*, pp. 235-237.

2496L'auteur, Jean-François de Montgolfier, donne alors plusieurs exemples de décisions n'accordant pas la qualification de peine aux mesures contrôlées : obligations comptables pesant sur certains contribuables, mesures conservatoires douanières, décisions d'expulsion des étrangers, rétention judiciaire pré-sententielle des étrangers refusant de présenter leurs documents de voyage, déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. *Ibidem*.

donnée par le Conseil est plus difficile ; ainsi, l'auteur propose de partir de la décision de 1986 relative à la période de sûreté, à laquelle le Conseil a appliqué le principe constitutionnel de non-rétroactivité (on en déduit donc la qualification de peine ou, *a minima*, de sanction ayant le caractère d'une punition²⁴⁹⁷). Dans cette décision, le Conseil s'est basé sur deux critères : le prononcé par une juridiction de jugement et la relation avec l'appréciation de la culpabilité. Jean-François de Montgolfier soulève que ce raisonnement a été utilisé dans les décisions de 2004, 2005 et 2008 : en 2004, pour écarter l'inscription au FIJ AIS du champ d'application de l'article 8 de la DDHC au motif que cette inscription a pour « objet de prévenir le renouvellement des infractions et faciliter l'identification des auteurs » ; en 2005, pour refuser la qualification de peine à la surveillance judiciaire parce qu'elle a « pour seul but de prévenir la récidive » et « repose non sur la culpabilité mais sur la dangerosité » ; en 2008, pour écarter encore la qualification de peine s'agissant de la surveillance et de la rétention de sûreté qui ne sont pas prononcées par une juridiction de jugement²⁴⁹⁸ et sont fondées non pas sur la culpabilité mais sur la dangerosité. Jean-François de Montgolfier conclut à la « prééminence du critère finaliste »²⁴⁹⁹, précisant qu'en dépit de la reconnaissance par le Conseil d'une pluralité de finalités de la peine, seule la finalité punitive constitue un réel critère d'identification de cette dernière.

1175.- En effet, le Conseil constitutionnel a pourtant dégagé plusieurs finalités de la peine que l'on retrouve dans la décision du 20 janvier 1994 au considérant n°12 : « Considérant que l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion »²⁵⁰⁰.

2497 Dans une décision précédente, le Conseil constitutionnel avait estimé que la période de sûreté était une mesure relative aux modalités d'exécution des peines, naturellement distincte des peines elles-mêmes. Décision du 22 novembre 1978 n° 78-98 DC. Aussi, en 1978, le Conseil refusait d'appliquer les règles applicables aux peines à la période de sûreté. En 1986, le Conseil ne revient pas sur ce dernier principe mais revient sur la qualification de la période de sûreté qu'il considère désormais comme une peine, ne pouvant être rétroactive. Décision du 3 septembre 1986 n°86-215 DC. Ensuite, dans une décision de 1994, le Conseil a affirmé qu'entrent dans le champ d'application des principes constitutionnels les peines et « les mesures de sûreté qui les assortissent » (en parlant de la période de sûreté). Décision du 20 janvier 1994 n°93-334 DC. Sur ce point, voir not. J.-F. DE MONTGOLFIER, *op.cit.*, p. 237.

2498 Surveillance et rétention de sûreté ne sont certes pas prononcées par une juridiction de jugement, mais s'agissant de la rétention de sûreté, sa possibilité doit avoir été expressément prévue par la juridiction de jugement, et toutes deux sont prononcées par des juridictions, les juridictions régionales de la rétention de sûreté. Voir *supra*, § suivant.

2499 J.-F. DE MONTGOLFIER, *op.cit.*, p. 237. L'auteur poursuit : « Même lorsque la rédaction recourt à d'autres critères selon la technique du faisceau d'indices (qui prononce la mesure ? Comment le législateur a-t-il lui-même qualifié la mesure ?), c'est toujours en référence à un point focal qui est la finalité « rétributive-répressive » ».

2500 Décision du 20 janvier 1994 précitée.

1176.- On constate d'emblée qu'aux moins deux finalités sont incontestablement partagées et par la peine et par la mesure de sûreté : la protection de la société et la prévention (et que ces finalités sont des objectifs du principe de précaution). D'ailleurs, la loi du 15 août 2014 réaffirme, s'agissant des peines, ces deux finalités avec la création de l'article 130-1 du code pénal qui énonce les finalités de la peine (« afin de ») et place en première position la protection de la société suivie de la prévention de la récidive²⁵⁰¹.

1177.- Alors que la jurisprudence constitutionnelle distingue la peine de la mesure de sûreté en fonction de la finalité, il semblerait que dans la pénologie de précaution, la protection de la société est la finalité première tant des peines²⁵⁰² que des mesures de sûreté. De plus, la visée préventive, principalement mise en relation avec les seules mesures de sûreté²⁵⁰³ par le Conseil constitutionnel²⁵⁰⁴ est aussi présente dans les peines (un exemple significatif est celui des peines plancher instaurées pour prévenir la récidive²⁵⁰⁵ et supprimées par la loi du 15 août 2015²⁵⁰⁶). Bernard Bouloc écrit d'ailleurs à ce sujet que « la peine est utilisée par le juge autant pour prévenir que pour punir »²⁵⁰⁷.

1178.- Désormais, les peines doivent donc clairement contribuer à l'objectif de prévention. En effet, tout comme les mesures de sûreté, la peine poursuit une finalité préventive que Jean Pradel relève : « des peines, sinon presque toutes les peines, acquièrent maintenant cette fonction supplémentaire, qui est celle d'éviter la rechute du délinquant »²⁵⁰⁸. Cette affirmation est illustrée par différents textes²⁵⁰⁹, dont le code de procédure pénale lui-même, qui évoque, en plusieurs endroits, cette idée de prévention²⁵¹⁰.

2501 Voir *supra*. Et l'article 130-4 poursuit avec la restauration de l'équilibre social, toutes ces finalités de la peine devant s'exercer « dans le respect des intérêts des victimes ».

2502 Voir *supra* à propos des finalités de la peine dans la rationalité de précaution.

2503 La mesure de sûreté est parfois qualifiée de « sanction préventive ». Voir par exemple sur la nature préventive de la mesure de sûreté : J.-P. CÉRÉ, « Peine (Nature et prononcé) », Article 3 : Distinction des peines et des mesures de sûreté, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, janvier 2008 (dernière mise à jour : janvier 2013).

2504 Dans toutes les décisions précitées où le Conseil refuse d'appliquer la qualification de peine à une mesure, il se réfère à sa visée préventive. Voir *supra*.

2505 Voir *supra*.

2506 Voir *supra*.

2507 B. BOULOC, 2009, *op.cit.*, p. 403, n°463.

2508 J. PRADEL in G. LOPEZ et S. TZITZIS, *op.cit.*, p. 688.

2509 L'auteur cite en particulier la Commission pour la réforme de la privation de liberté (Commission Amor 1945) qui proclame plusieurs principes dont le premier est que « la peine privative de liberté a pour but essentiel l'amendement et le reclassement social du condamné ». J. PRADEL, *op.cit.*, p. 688.

2510 Jean Pradel fait référence à plusieurs articles du code de procédure pénale : les articles 720-4, 721-1, 729 qui utilisent l'expression de « réadaptation sociale » ; l'article 743 qui évoque le « reclassement » ; les articles 720, 723-3, D. 70, D. 95, D. 101, qui mettent en avant la « réinsertion ». *Ibidem*.

1179.- On constate alors, sous l'influence du principe de précaution, un double mouvement caractérisé par un rapprochement mutuel des peines et des mesures de sûreté. Les peines fondées sur le passé doivent aussi regarder l'avenir et les mesures de sûreté (ou de précaution) doivent sanctionner une probabilité de danger. En effet, les peines sont de plus en plus préventives²⁵¹¹ et les mesures de sûreté sont répressives car sanctionnent, en réalité, *a minima*, une infraction subliminale de dangerosité²⁵¹².

1180.- Cette réunion progressive des sens respectifs de la peine et de la mesure de sûreté s'illustre également dans le glissement de la culpabilité vers la dangerosité²⁵¹³. A ce sujet, Michel Van de Kerchove relève qu'à l'occasion de l'instauration des peines plancher, le législateur a introduit un nouveau critère de la peine, aux côtés des « circonstances de l'infraction » et de la « personnalité de l'auteur » : « les garanties d'insertion »²⁵¹⁴. Une lecture *a contrario* des nouvelles dispositions autorise, en effet, à affirmer que seule l'absence de dangerosité (démontrée par des garanties d'insertion en première récidive et des garanties exceptionnelles d'insertion en seconde récidive²⁵¹⁵) peut faire écarter les peines plancher et, par voie de conséquence, que la dangerosité serait un fondement de la peine plancher. Or la dangerosité est présentée, tant par le législateur²⁵¹⁶ que par le Conseil constitutionnel²⁵¹⁷, comme la justification des seules mesures de sûreté²⁵¹⁸.

1181.- Pour conclure, la distinction peines/mesures de sûreté selon un critère finaliste s'étirole avec le partage de finalités identiques par les unes et les autres. Finalement, peines et mesures de sûreté, dans la pénologie de précaution, poursuivent des objectifs identiques : protection de la société, punition, prévention.

1182.- Aussi, la finalité ne constitue qu'un critère apparent de distinction, le véritable critère se situant dans une dimension pratique.

2511 Voir *supra* sur ce point (Section 1 du présent chapitre : « Les finalités de la peine dans la rationalité de précaution »).

2512 Voir *supra* (Chapitre 1 du présent titre).

2513 Voir *supra*. Et entre autres A. WYVEKENS, *op.cit.*, ; C.-O. DORON, « La rétention de sûreté : vers un nouveau type de positivisme juridique ? », *L'Information Psychiatrique*, Vol. 84, n°6, 533-41, Juin,-Juillet 2008, Biopolitique.

2514 M. VAN DE KERCHOVE, 2008, *op.cit.*, p. 812.

2515 Voir *supra* pour les dispositions complètes (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2).

2516 Voir les articles relatifs à la surveillance judiciaire, à la surveillance de sûreté et à la rétention de sûreté, précités.

2517 Décisions n°2005-527 DC du 8 décembre 2005 et n°2008-562 DC du 21 février 2008, précitées.

2518 M. VAN DE KERCHOVE, 2008, *op.cit.*

B. DISTINCTION OPPORTUNISTE : LE CRITÈRE DE L'APPLICATION DANS LE TEMPS (ET AUTRES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS)

1183.- Si les mesures de sûreté et les peines poursuivent en réalité les mêmes objectifs et qu'elles ne sont que deux facettes de la réaction sociale contre le crime ou la déviance en général, pourquoi les distinguer ?

1184.- Selon Michel Van de Kerchove, le droit utilise parfois le langage pour masquer la réalité. Se référant au concept de fiction juridique, l'auteur explique le recours à ce mécanisme pour légitimer l'instauration de mesures qui se heurteraient à des incompatibilités. Ainsi, il souligne le pouvoir mystificateur des mots²⁵¹⁹. A propos des mesures de sûreté et selon l'analyse de Michel Van de Kerchove, « la fiction consiste [ici] à qualifier une situation ancienne à l'aide d'un terme qui suggère l'existence d'une situation *nouvelle*, dans le but [...] de lui attacher les conséquences juridiques découlant de cette qualification. Dans ce cas, ce sont des *mots différents* qui recouvrent des *réalités identiques*, ou tout au moins *similaires*. [...] Il s'agit de voiler la permanence et la similitude, sinon la pure identité»²⁵²⁰.

1185.- Jean-François de Montgolfier soulève aussi « le risque que le législateur puisse contourner l'article 8 de la Déclaration de 1789 et restreindre le champ de la prohibition de la rétroactivité en matière pénale, en édictant une réponse [en apparence] non répressive à la commission d'actes de délinquance »²⁵²¹.

1186.- L'intérêt de la distinction peine/mesure de sûreté se situe donc dans des considérations pratiques voire pragmatiques. En effet, seules les peines ou « sanctions ayant le caractère de punition » doivent, selon le Conseil constitutionnel respecter les principes constitutionnels, notamment la proportionnalité, la nécessité et la non-rétroactivité²⁵²².

2519M. VAN DE KERCHOVE, 2009, *op.cit.*, p. 95s, Chapitre III : « Des mesures répressives aux mesures de sûreté et de protection. Réflexions sur le pouvoir mystificateur du langage » ; M. VAN DE KERCHOVE, « Des mesures répressives aux mesures de sûreté et de protection. Réflexions sur le pouvoir mystificateur du langage », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1976-1977, pp. 245-279.

2520M. VAN DE KERCHOVE, 2009, *op.cit.*, p. 97. Un autre type de fiction, la fiction *historique*, qualifie une situation nouvelle avec une dénomination utilisée pour une situation ancienne afin de lui appliquer les conséquences juridiques de cette qualification. *Ibid.*, p. 96.

2521J.-F. DE MONTGOLFIER, *op.cit.*, p. 238.

2522Voir par exemple, la décision de 2005 relative au PSEM précitée, dans laquelle le Conseil affirme que le principe de non-rétroactivité n'a vocation à s'appliquer qu'aux peines et aux sanctions ayant le caractère de punition et qui en écarte l'application. Aussi, pour le Conseil constitutionnel, savoir si telle ou telle mesure est

D'ailleurs, dans leur manuel, Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec ne définissent pas la peine mais donnent des critères permettant de déterminer la nature punitive aux seules fins d'application du principe de non-rétroactivité²⁵²³. Aussi, on pourrait penser que, ces dernières années, le législateur a eu recours à ce type de mesures dites de sûreté afin de contourner certains de ces grands principes.

1187.- En outre, le Conseil constitutionnel ayant consacré la valeur constitutionnelle de l'intentionnalité, les mesures de sûreté n'ont pas à respecter cette exigence de démonstration d'intention puisqu'elles ne doivent pas obéir aux principes constitutionnels afférents à la peine. Dès lors, l'instauration de mesures de sûreté en lieu et place de peines à l'encontre de personnes dont l'intentionnalité fait défaut s'avère utile pour sanctionner ces dernières dans des situations où la peine est inapplicable²⁵²⁴.

1188.- Pour conclure, la dichotomisation peines/mesures de sûreté est purement opportuniste en ce qu'elle permet de faire échapper les mesures de sûreté à certaines garanties constitutionnelles. Mais elle ne parvient cependant pas à dissimuler l'appartenance de ces deux formes de sanction à un même ensemble.

II. LA PEINE ET LA MESURE DE SÛRETÉ : DEUX TYPES D'UNE MÊME CATÉGORIE DE SANCTION

PÉNALE

1189.- La peine et la mesure de sûreté sont parfois étudiées dans les manuels à un titre unique, celui de la sanction. Elles sont alors considérées comme deux formes différentes que peut prendre la sanction²⁵²⁵. De surcroît, entre la peine fondée sur la culpabilité

une sanction ayant le caractère de punition (ou une peine) et déterminer des critères de qualification n'est nécessaire que dans la mesure où cela déterminera l'application ou la non application de garanties constitutionnelles. Sur ce point, voir not. J.-F. DE MONTGOLFIER, « L'apport de la jurisprudence du conseil constitutionnel au critère de la peine » in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *Droit pénal : Le temps des réformes*, Actes du colloque des 7, 8 et 9 octobre 2009 à l'Université Montesquieu Bordeaux IV organisé par l'Institut de sciences criminelles de Bordeaux, LexisNexis, Litec, Colloques et débats, 2011, pp. 231-239.

2523F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Paris, Economica, 2009, p. 277.

2524Voir *infra* (II, B de la présente section).

2525En ce sens, B. BOULOC, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, Précis, 21^{ème} édition, 2009, p. 400, n°462. Bernard Bouloc aborde la peine et la mesure de sûreté dans même partie intitulée : « La sanction : peines et mesures de sûreté », p. 399s, n°460s.

et la mesure de sûreté essentiellement fondée sur la dangerosité, il existe des points communs que des auteurs comme Christian Debuyst²⁵²⁶ et Michel Van de Kerchove²⁵²⁷ ont remarquablement soulevés. Selon Christian Debuyst, trois points relient indubitablement peines et mesures de sûreté : la référence à la norme (violation (virtuelle) de la norme (pénale)) ; la concentration sur l'individu (par opposition à son milieu) ; et le caractère impératif de la réaction sociale.

1190.- En effet, avec l'émergence des nouvelles mesures de sûreté, « le passage de la culpabilité à la dangerosité ne fait [...] que substituer à l'accomplissement *effectif* d'un acte contraire à la loi pénale, la « capacité » ou la « probabilité » de l'accomplir dans l'avenir »²⁵²⁸. Ce qui rejoint ce que nous affirmions dans le chapitre précédent à propos de l'avènement d'une nouvelle définition des éléments constitutifs de l'infraction²⁵²⁹. La sanction précautionniste vise à la fois les infractions réelles et les infractions virtuelles²⁵³⁰.

1191.- Aussi, nous constatons, sous l'influence du principe de précaution, une unification des logiques respectives de la peine et de la mesure de sûreté (**A**). Dès lors, il faudra s'interroger sur le réel critère de choix²⁵³¹ de l'une ou l'autre sanction dans une rationalité pénale de précaution (**B**). Par ailleurs, nous devons étudier, dans ce paragraphe, l'instauration de la contrainte pénale par la loi du 15 août 2014 et nous interroger sur son appartenance à la catégorie unique de sanction mise en avant.

A. UNE LOGIQUE UNIFIÉE DE LA PEINE ET DE LA MESURE DE SÛRETÉ

1192.- Michel Van de Kerchove, dans le sillage de Christian Debuyst, lance l'hypothèse selon laquelle « au-delà des controverses - sans doutes réelles - qui les opposent,

²⁵²⁶CH. DEBUYST, « Les conceptions criminologiques de la culpabilité », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 1976, p. 145.

²⁵²⁷M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine, entre mythe et mystification*, Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 2009, Chapitre II : « Culpabilité et dangerosité. Réflexions sur la clôture des théories relatives à la criminalité », Section I : « Présupposés communs aux deux théories », pp. 67-72 ; M. VAN DE KERCHOVE, « Culpabilité et dangerosité, Réflexion sur la clôture des théories relatives à la criminalité » in CH. DEBUYST (dir.), *Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*, Paris-Genève, Masson, Médecine et Hygiène, 1981, *op.cit.*, pp. 291-309.

²⁵²⁸M. VAN DE KERCHOVE, 2009, *op.cit.*, p. 67.

²⁵²⁹Voir *supra* (Chapitre précédent, notamment conclusion de ce chapitre).

²⁵³⁰En outre, nous signalions l'émergence d'une « infraction subliminale de dangerosité ». Voir *supra* (Chapitre précédent).

²⁵³¹Au-delà de l'application des principes constitutionnels. Voir *supra* sur ce point.

ces courants²⁵³² partagent secrètement certains présupposés communs et que, se définissant toujours en opposition l'un à l'autre, ils parviennent à occulter la « clôture » dans laquelle s'inscrit leur débat et à faire perdre de vue ce qu'ils éliminent l'un et l'autre »²⁵³³. En effet, les mesures de sûreté s'inscrivent, malgré les apparences, dans une même logique que les peines et il conviendra de définir cette logique unique.

1193.- Déjà, si l'on retient la définition large de la peine donnée par Pierrette Poncela qui vise « toute sanction liée à une incrimination et prononcée par une juridiction pénale »²⁵³⁴, nous pouvons y inclure aisément les mesures de sûreté à propos desquelles nous avons relevé un aspect punitif²⁵³⁵, qui entretiennent un lien (plus ou moins étroit) avec la commission d'une infraction²⁵³⁶ et qui sont prononcées, pour la plupart, par une juridiction pénale, comme nous le verrons²⁵³⁷.

1194.- Ainsi que nous l'avancions plus haut²⁵³⁸, la peine poursuit de plus en plus un objectif de prévention (de la récidive et en général) tandis que la mesure de sûreté se rapproche des peines par ses aspects afflictif, parfois rétributif et neutralisant. D'où le constat d'une flagrante similitude, dans la pénologie précautionniste, entre les objectifs de la peine et ceux de la mesure de sûreté (1), et d'une forte ressemblance de leurs régimes (2).

1) Une similarité des objectifs

1195.- Les mesures de sûreté, dont nous avons relevé leur parenté à des sanctions²⁵³⁹, peuvent aussi être rangées dans l'ensemble formé par « les sanctions ayant le caractère de punition »²⁵⁴⁰, ensemble dessiné par la jurisprudence constitutionnelle afin de déterminer si les mesures litigieuses doivent ou non respecter certaines garanties

2532Responsabilité (peine), dangerosité (mesure de sûreté).

2533M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine, entre mythe et mystification*, Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 2009, p. 66.

2534P. PONCELA, *Droit de la peine*, Paris, PUF, 1995, p. 37.

2535Voir *supra*, Section précédente, II, B.

2536Voir *supra* (à propos du lien entre dangerosité et infraction) et *infra*.

2537Voir *infra*, 2) du présent paragraphe.

2538Voir *supra*.

2539Voir *supra* sur le caractère ambivalent et hybride des mesures de sûreté.

2540A partir de 1982, le Conseil constitutionnel évoque ces sanctions ayant le caractère de punition. Dans une décision du 30 décembre 1982, il indique que le principe de non-rétroactivité s'applique non seulement aux peines mais « s'étend nécessairement à la sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire ». Décision n°82-155 DC 30 décembre 1982, LFR, considérant 33.

constitutionnelles telles que celles issues de l'article 8 de la DDHC²⁵⁴¹. En effet, elles poursuivent des objectifs similaires à ceux des peines ou des sanctions ayant le caractère de punition.

1196.- Premièrement, un critère de distinction entre la peine et la mesure de sûreté réside dans le fait que la peine serait adossée à la responsabilité pénale tandis que la mesure de sûreté se référerait uniquement à la dangerosité. Or, on constate dans la pénologie de précaution qui, d'ailleurs, préconise des mesures de sûreté en relation, même lointaine, avec la commission d'une infraction, que cette séparation n'est pas aussi nette qu'elle paraît. La scission peines/mesures de sûreté en fonction de leur fondement (responsabilité pour les premières ; dangerosité pour les secondes) n'est plus valable dans une pénologie de précaution. En effet, dans la pénologie précautionniste, peine et mesure de sûreté ont un lien avec la responsabilité (lien évident en ce qui concerne la peine, lien plus difficilement visible pour les mesures de sûreté²⁵⁴²) et surtout peine et mesure de sûreté combattent la dangerosité. Ce que traduit François Rousseau quand il écrit que la dangerosité a une fonction de complémentarité avec la responsabilité pénale²⁵⁴³. La dangerosité se révèle être objet de lutte tant pour la peine que pour la mesure de sûreté et elle est aussi un critère de détermination de chacune de ces sanctions²⁵⁴⁴.

1197.- Secondement, cette lutte contre la dangerosité tant manifestée que redoutée s'inscrit dans un même cadre de référence qui est la loi pénale²⁵⁴⁵. La peine sanctionne l'infraction à la loi pénale et la mesure de sûreté tend à empêcher la commission d'infractions redoutées²⁵⁴⁶.

1198.- S'agissant de la contrainte pénale, cette nouvelle peine est également construite selon la logique unifiant mesures de sûreté et peines, son objectif se dédoublant en

2541 Sur les sanctions punitives, voir J. KLUGER, « L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC*, 1995, p. 505.

2542 Nous verrons plus bas que les nouvelles mesures de sûreté interviennent dans des situations de non responsabilité pénale. Aussi, elles ne sont pas indifférentes au concept de responsabilité. Dès que celui-ci s'efface, elles trouvent leur légitimité. Voir *infra*.

2543 A côté d'une fonction de substitution. F. ROUSSEAU, « Dangerosité et sanctions pénales », *op.cit.*, pp. 268-271. S'agissant de la fonction de complémentarité, l'auteur donne l'exemple de la période de sûreté qui est, même si la loi ne l'exprime pas en ses termes, déterminée en fonction de la dangerosité.

2544 Par exemple, pour la période de sûreté (voir *infra*) ou pour la surveillance judiciaire qui est parfois considérée comme une modalité d'exécution de la peine. F. ROUSSEAU, *op.cit.*, p. 270.

2545 Voir *supra*. CH. DEBUYST, *op.cit.* ; M. VAN DE KERCHOVE, 2009, *op.cit.*

2546 Voir par exemple, B. BOULOC, *op.cit.*, p. 414, n°480.

la répression et la prévention par la réinsertion. La contrainte pénale, sans le dire, entend façonner l'être, ou plutôt que l'être se façonne lui-même²⁵⁴⁷, comme le ferait toute sanction précautionniste. Elle sanctionne l'infraction commise et prévient l'infraction redoutée. Dans ce but de prévention de la récidive, elle favorise la réinsertion par son accomplissement à l'extérieur, dans la communauté, et par la contraction d'obligations. En cela, elle ressemble fortement à une mesure de sûreté.

1199.- L'objectif commun des peines et des mesures de sûreté est bien celui de lutter contre la délinquance conçue comme la violation, effective ou potentielle, des interdits pénaux. En outre, ces deux formes de sanction obéissent à des régimes similaires.

2) Une proximité des régimes

1200.- S'exprimant à propos de la rétention de sûreté, le Conseil constitutionnel a lui-même affirmé qu'il existait des ressemblances manifestes entre cette mesure et les peines²⁵⁴⁸. En effet, dans sa décision du 21 février 2008, il relève que la rétention de sûreté possède une nature privative de liberté (et soulève sa durée) et qu'elle est prononcée par une juridiction après une condamnation pénale²⁵⁴⁹. Aussi, le Conseil avait appliqué le principe de non-rétroactivité à la rétention de sûreté s'attachant plus à son contenu (privatif de liberté, indéfiniment renouvelable) qu'à sa nature juridique (qu'il ne détermine d'ailleurs pas)²⁵⁵⁰.

1201.- Cette décision constitutionnelle introduit notre constat selon lequel les régimes respectifs des peines et des mesures de sûreté sont similaires de la phase de leur prononcé (a) à celle de leur application (b).

2547 Voir *supra* sur la surresponsabilisation (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2).

2548 Rappelons que « la surveillance par la haute police », considérée par certains auteurs comme la grande sœur de la rétention de sûreté, était considérée comme une véritable peine selon l'article 11 du code pénal de 1810. Les condamnés aux travaux forcés à temps et à la réclusion étaient placés de plein droit sous la surveillance de la haute police après l'exécution de leur peine et toute leur vie (article 47), ainsi que les personnes condamnées au bannissement (article 48). Voir sur ce point, Y. JEANCLOS, *La justice pénale en France, Dimension historique et européenne*, Paris, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2011, p. 127 ; B. BOULOC, *op.cit.*, p. 416, n°482.

2549 Décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, précitée.

2550 *Ibidem*. Voir *supra* et CH. LAZERGES, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *RSC*, 2008, p. 731.

a) *Le prononcé de la mesure*

1202.- Si le Conseil constitutionnel utilise souvent comme critère le prononcé de la mesure pour distinguer la peine, prononcée par un tribunal, de la sanction administrative, décidée par une autorité non juridictionnelle, ce critère distinctif de la peine est impertinent dans la différenciation entre peines et mesures de sûreté²⁵⁵¹.

1203.- En effet, l'autorité judiciaire est compétente pour prononcer une peine et une mesure de sûreté²⁵⁵². Nous avons, par exemple, déjà évoqué *supra* le rituel judiciaire dans le prononcé des mesures de sûreté à l'encontre des personnes pénalement irresponsables pour cause de trouble mental²⁵⁵³.

1204.- Contrairement aux peines, il existe quelques rares mesures de sûreté qui ne sont pas prononcées par la justice et qui sont donc indépendantes de toute déclaration de culpabilité²⁵⁵⁴ (internement préfectoral en hôpital psychiatrique ; désintoxication des alcooliques dangereux ; confiscation d'objets dangereux saisis sur des prévenus relaxés)²⁵⁵⁵. Mais nous nous intéresserons ici à la nouvelle génération de mesures de sûreté (ou de précaution), lesquelles sont prononcées par un juge. Également, le respect du contradictoire est garanti dans le prononcé de ces mesures de sûreté comme en matière de peines. Un rappel des modalités de mise en œuvre de chacune de ces nouvelles mesures de sûreté permet de vérifier que la façon dont elles sont décidées est similaire au prononcé d'une peine :

2551M. VAN DE KERCHOVE, 2008, *op.cit.*, p. 809.

2552Sur l'intervention de l'autorité judiciaire en matière de mesures de sûreté, voir not. J.-P. CÉRÉ, « Peine (Nature et prononcé) », Article 3 : Distinction des peines et des mesures de sûreté, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, janvier 2008 (dernière mise à jour : janvier 2013).

2553Voir *supra*.

2554G. LOPEZ et S. TZITZIS, *op.cit.*, à « Mesure de sûreté », article de J.-H. ROBERT, pp. 616-617.

2555Ainsi, par exemple, au stade de l'instruction, le contrôle judiciaire peut prévoir parmi ses obligations une obligation de traitement et de soins. Article 138 alinéa 2 10° CPP : « *Se soumettre à des mesures d'examen, de traitement ou de soins, même sous le régime de l'hospitalisation, notamment aux fins de désintoxication. Une copie de l'ordonnance de placement sous contrôle judiciaire est adressée par le juge d'instruction au médecin ou au psychologue qui doit suivre la personne mise en examen. Les rapports des expertises réalisées pendant l'enquête ou l'instruction sont adressés au médecin ou au psychologue, à leur demande ou à l'initiative du juge d'instruction. Celui-ci peut également leur adresser toute autre pièce utile du dossier* »

-surveillance judiciaire : cette mesure est prononcée par le juge d'application des peines ou le tribunal d'application des peines et par jugement après débat contradictoire (au cours d'une audience avec l'obligation d'être assisté d'un avocat)

-PSEM après libération : cette mesure est ordonnée dès la condamnation par la juridiction de jugement ou ordonnée ultérieurement par le juge d'application des peines comme nouvelle obligation du suivi socio-judiciaire. Elle nécessite le consentement par écrit de l'intéressé après qu'il ait été informé sur le dispositif et son fonctionnement ainsi que sur les sanctions encourues en cas de refus ; formes prises selon le cadre dans lequel le placement sous surveillance électronique mobile est prononcé (suivi socio-judiciaire, surveillance judiciaire, libération conditionnelle ou surveillance de sûreté).

-surveillance de sûreté : si elle est prononcée suite à une rétention de sûreté, la décision est prise par la juridiction régionale de la rétention de sûreté (ci-après JRSS) ; si elle est prononcée suite à une surveillance judiciaire ou un suivi socio-judiciaire, la JRSS est saisie par le JAP ou le procureur.

-rétention de sûreté : la possibilité d'une rétention de sûreté doit avoir été expressément prévue par la cour d'assises qui a prononcé la condamnation ; ensuite, elle est proposée par la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté (présidée par un magistrat, président de chambre à la cour d'appel et composée du préfet de la région, du directeur inter-régional des services pénitentiaires, d'un expert psychiatre, d'un expert psychologue, d'un avocat et d'un représentant d'une association nationale d'aide aux victimes) puis prononcée par la JRSS (composée de trois magistrats de cour d'appel). Un recours est possible devant la juridiction nationale de la rétention de sûreté (composée de trois magistrats de la Cour de cassation), puis un pourvoi en cassation est possible.

-inscription au FIJAIS (fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles) : l'enregistrement est ordonné par le juge d'instruction ou le procureur, et si la peine est inférieure à 5 ans, il faut une décision expresse de la juridiction de jugement ou du procureur.

-mesures de sûreté applicables aux personnes déclarées pénalement irresponsables pour cause de trouble mental : ces mesures sont prononcées par la chambre de l'instruction ou la juridiction de jugement lors d'une audience où le contradictoire est respecté.

1205.- Il faut noter, comme l'affirment plusieurs auteurs, que la JRRS n'est pas une juridiction pénale²⁵⁵⁶. En effet, la JRRS et la JNRS se sont pas des juridictions de jugement mais leur composition, leur organisation et leur fonctionnement sont très proches de ceux des juridictions répressives. Notamment, les décisions des JRRS et de la JNRS sont susceptibles de recours²⁵⁵⁷, tout comme le sont les décisions de condamnations pénales et, enfin, JRRS et JNRS statuent après débat contradictoire²⁵⁵⁸.

1206.- En conclusion, les nouvelles mesures de sûreté sont, pour la plupart, prononcées par un juge pénal et lorsqu'elles ne sont pas prononcées par la juridiction de jugement, elles relèvent néanmoins de l'autorité judiciaire. Tout comme les peines, cette nouvelle génération de mesures de sûreté ne relève pas de la compétence de l'administration.

b) L'application de la mesure : contenu, règles applicables, régime d'enfermement, inscription au casier

1207.- Les modalités d'exécution de la sanction, que celle-ci soit nommée peine ou désignée mesure de sûreté, obéissent à un même modèle. Le contenu de ces deux formes de sanction est quasiment identique (α) et obéit à un principe de flexibilité (β). Et les règles qui leur sont applicables sont similaires (χ). En outre, lorsqu'un enfermement est prévu par une mesure de sûreté, son régime est très proche de celui de la détention pour peine (δ). Enfin, la société garde mémoire de ces deux formes de sanction (ϵ).

α) Le contenu de la sanction

1208.- D'emblée, on constate dans la rétention de sûreté une privation de liberté propres aux peines d'emprisonnement et aux peines de réclusion criminelle. Aussi, les sanctions éducatives et les mesures de sûreté pour irresponsables sont identiques à des peines complémentaires pour majeurs capables²⁵⁵⁹. Ce lien entre les mesures de sûreté applicables aux majeurs pénalement irresponsables et les peines complémentaires a été soulevé par la

2556 Voir travaux législatifs évoqués par Bernard Bouloc. B. BOULOC, *op.cit.*

2557 Article R 53-8-41 CPP créé par le Décret n°2008-1129 du 4 novembre 2008

2558 Article R 53-8-40 CPP créé par le Décret n°2008-1129 du 4 novembre 2008. Voir *supra*.

2559 Voir *supra*.

doctrine²⁵⁶⁰ ainsi que le lien avec les peines alternatives à l'emprisonnement prévues à l'article 131-6 CP²⁵⁶¹. Ces premières observations mettent en avant la similitude entre les contenus respectifs des peines et des mesures de sûreté.

1209.- A propos de l'enfermement en cas de rétention de sûreté et commentant la décision constitutionnelle du 21 février 2008, Yves Mayaud se demande s'il ne s'y trouve pas « l'aveu implicite d'une incompatibilité entre la qualification de mesure de sûreté et sa manifestation sous forme de privation de liberté »²⁵⁶². En effet, les nouvelles « mesures de sûreté » ont des contenus proches voire identiques à ceux des peines. Dès lors, leur dénomination paraît factice, ce qui peut être démontré en comparant les différentes peines et les mesures de sûreté.

1210.- On peut classer les peines selon plusieurs critères²⁵⁶³ : des critères juridiques (peines criminelles / peines correctionnelles / peines contraventionnelles ; peines principales / peines alternatives / peines complémentaires ; peines applicables aux personnes physiques / peines applicables aux personnes morales) et en fonction de l'intérêt matériel qu'elles atteignent. C'est ce dernier critère qui nous intéressera pour comparer le contenu respectif des peines et des mesures de sûreté. Nous pouvons dresser un tableau d'après une classification établie notamment par Jean Pradel²⁵⁶⁴ :

2560 Voir *supra* (Chapitre précédent du présent titre). Et not. P. MISTRETTA, « De la répression à la sûreté, les derniers subterfuges du droit pénal. A propos de la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *JCP*, 27 février 2008, Actualités, p. 7.

2561 F. ROUSSEAU, *op.cit.*, p. 273.

2562 Y. MAYAUD, *op.cit.*, p. 1365.

2563 G. LOPEZ et S. TZITZIS, *op.cit.*, à « Peine », « Les fonctions de la peine », article de J. PRADEL, pp. 688-689.

2564 *Ibid.*, p. 689.

Peines

Atteintes à la personne		Atteintes au patrimoine	Atteintes aux droits
Atteintes au corps	Atteintes à la liberté	Amende	Interdiction des droits civiques, civils et de famille Interdiction d'exercer une profession Interdiction de quitter la France Retrait du permis de chasser Interdiction d'émettre des chèques Etc.
(Peine de mort)	Réclusion criminelle	Confiscation	
Mesures curatives comme le SSJ	Détention criminelle Emprisonnement correctionnel TIG	Fermeture d'établissement	

1213.- Nous dressons à présent le même tableau s'agissant des mesures de sûreté afin de déterminer si les contenus, selon cette classification, sont similaires voire identiques.

Mesures de sûreté

Atteintes à la personne		Atteintes au patrimoine	Atteintes aux droits
Atteintes au corps	Atteintes à la liberté	Mesures de sûreté administratives ²⁵⁶⁵	(Obligations)
PSEM dit à titre de mesure de sûreté ²⁵⁶⁶ (port d'un bracelet émetteur et d'un boîtier récepteur)	Rétention de sûreté (placement dans un centre « socio-médico de sûreté »)		Interdictions (par exemple au titre des mesures de sûreté applicables aux personnes pénalement irresponsables)
Injonctions de soins	Obligations (SJ-SS) CEF		

1216.- On constate que les mesures de sûreté comme les peines peuvent constituer des atteintes et peuvent atteindre les mêmes intérêts matériels : corps, liberté, patrimoine, droits²⁵⁶⁷. Aussi, les contenus respectifs de ces deux formes de sanction sont

²⁵⁶⁵Voir exemples donnés *supra*.

²⁵⁶⁶Sur la nature du PSEM voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

²⁵⁶⁷Voir aussi Bernard Bouloc, qui étudie, dans un premier temps, la « classification des peines en fonction du

fortement similaires. La contrainte pénale instaurée par la loi du 15 août 2015 emprunte à ces contenus déjà existants des peines et des mesures de sûreté.

1217.- De plus, s'il est affirmé à propos des mesures de sûreté qu'elles recourent « de préférence à des moyens éducatifs (rééducation des mineurs), curatifs (désintoxication, traitement des alcooliques ou des délinquants sexuels, soins aux aliénés ou anormaux, traitement endocriniens, etc.), disjonctifs (tendant à éviter la conjonction de facteurs criminogènes : interdiction de séjour, interdiction d'exercer certaines professions, de fréquenter certaines personnes ou certains lieux comme les débits de boissons, retrait du permis de conduire, etc.), ou d'assistance tutélaire (liberté surveillée, probation, surveillance judiciaire) »²⁵⁶⁸, ces différents moyens sont également utilisés par les peines. Par exemple, le SSJ, lorsqu'il est appliqué en tant que peine complémentaire, emploie bien des moyens curatifs. Et les diverses interdictions susceptibles d'être prononcées à titre de peines complémentaires sont bien, également, des sanctions disjonctives comme lorsqu'elles sont utilisées en tant que mesures de sûreté. Elles empêchent les situations risquées de se produire en disjonctant le processus de passage à l'acte. Par exemple, l'interdiction de travailler dans un endroit accueillant des mineurs empêche à l'auteur d'agressions sexuelles sur mineurs de se trouver dans une situation permettant ou favorisant la rencontre de victimes potentielles.

1218.- De même, la contrainte pénale poursuit ce mouvement de partage des outils employés par les deux formes de sanction : outils éducatifs, curatifs et disjonctifs. En effet, les moyens rattachés à la mesure de sûreté sont tout particulièrement convoqués par cette nouvelle peine. De surcroît, elle s'exerce en milieu ouvert.

1219.- Ainsi, les obligations et interdictions comprises par les mesures de sûreté sont les mêmes que celles contenues par les peines. Et les moyens utilisés par les unes sont largement partagés par les autres. On en conclut à une identité des contenus de ces deux formes de sanction. De surcroît, ces contenus sont, pour chacun de ces types de sanctions, pareillement modulables.

bien sur lequel porte l'effet afflictif » (avec l'intégrité corporelle, la liberté d'aller et venir, le patrimoine, l'activité professionnelle, l'exercice de certains droits et la réputation), puis, dans un second temps la « classification [des mesures de sûreté] d'après les atteintes aux facultés de la liberté individuelle » (avec, comme pour les peines, l'intégrité corporelle, la liberté d'aller et venir, le patrimoine et l'activité professionnelle). B. BOULOC, *op.cit.*, n°549s, p. 468s, puis n°610s, p. 509s.
2568B. BOULOC, *op.cit.*, p. 417, n°483.

β) La flexibilité de la sanction

1220.- La flexibilité, que nous avons étudiée à propos des mesures de sûreté²⁵⁶⁹, se retrouve de plus en plus dans la peine. En effet, le caractère révisable et modulable est aujourd'hui adopté par les peines, avec les multiples possibilités d'aménagements de peine²⁵⁷⁰. Le caractère déterminé de la peine a été assoupli et ces assouplissements se sont accrus à la mesure de l'accroissement du but de réinsertion sociale²⁵⁷¹. Ainsi, désormais et sous l'influence du principe de précaution qui invite à la prise de mesures modulables en fonction des nouvelles connaissances, les peines et les mesures de sûreté doivent être regardées comme appartenant à une même catégorie de sanction flexible. La contrainte pénale adopte aussi un caractère de modulation, les obligations pouvant être modifiées en cours d'exécution de la mesure²⁵⁷².

χ) Le respect des dispositions constitutionnelles et le contrôle du Conseil constitutionnel

1221.- S'il n'applique pas la non-rétroactivité aux mesures de sûreté, le Conseil constitutionnel exerce toutefois un contrôle approfondi du respect d'autres dispositions constitutionnelles par ces dernières. En effet, il semble que le Conseil exerce un contrôle restreint²⁵⁷³ des peines ne sanctionnant, s'agissant des principes de nécessité et de proportionnalité, que l'erreur manifeste d'appréciation²⁵⁷⁴, tandis qu'il vérifie, avec plus de minutie, si les mesures, qui ne sont pas des peines, respectent ces principes. Par exemple, le

2569 Voir *supra*.

2570 J.-P. CÉRÉ, « Peine (Nature et prononcé) », Article 3 : Distinction des peines et des mesures de sûreté, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, janvier 2008 (dernière mise à jour : janvier 2013).

2571 B. BOULOC, *op.cit.*, p. 412, n°477 et p. 415, n°478.

2572 Voir *supra*.

2573 Sur la distinction contrôle restreint/contrôle normal utilisé en droit administratif, voir par exemple, P. TIFINE, *Droit administratif français*, Éditions juridiques franco-allemande, *Revue générale du droit*, 2012, Deuxième partie, Chapitre II, Section II, §II.

2574 Voir not. J.-F. DE MONTGOLFIER, *op.cit.*, pp. 234-235. Voir par exemple la décision n°80-127 DC, 19-20 janvier 1981, précitée, et la décision relative aux peines planchers, décision n°2007-554 DC, 9 août 2007, précitée. Le Conseil s'exprime en ces termes : « 7. Considérant que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ; 8. Considérant que, si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue ». Voir aussi sur ce contrôle restreint, J.-H. ROBERT, « La détermination de la peine par le législateur et par le juge », *op.cit.*, pp. 244-245. Et sur le principe de nécessité, voir R. PARIZOT, *op.cit.*

Conseil constitutionnel a contrôlé la proportionnalité de la rétention de sûreté en détaillant son contrôle sur « l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité au sens strict »²⁵⁷⁵. Il a également appliqué le principe de proportionnalité aux sanctions éducatives²⁵⁷⁶.

1222.- Finalement, excepté le principe de non-rétroactivité (appliqué pour la seule rétention de sûreté²⁵⁷⁷), les autres dispositions constitutionnelles sont appliquées à la fois aux peines et aux mesures de sûreté.

δ) Le régime d'enfermement

1223.- Alors que les condamnés à une peine d'emprisonnement ou de réclusion criminelle sont incarcérés dans des établissements pénitentiaires, les personnes faisant l'objet d'une rétention de sûreté sont retenues²⁵⁷⁸ dans un centre socio-médico-judiciaire²⁵⁷⁹. Martine Herzog-Evans souligne l'importance des termes utilisés, qui, en réalité, dissimulent une ressemblance entre les deux types d'établissements. L'emploi de la notion de rétention a pour objectif de distinguer cette dernière de la détention punitive alors qu'elle constitue une privation de liberté identique²⁵⁸⁰. Et l'appellation de centre « socio-médico-judiciaire de sûreté » vise à préciser que la rétention de sûreté n'est pas qu'une mesure de sûreté mais également de traitement et de resocialisation²⁵⁸¹. Mais ces trois aspects, neutralisation, traitement, resocialisation (dans le but d'éviter la récidive) sont aussi présents dans la peine,

2575J.-F. DE MONTGOLFIER, *op.cit.*, p. 235.

2576Comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, la circulaire du 7 novembre 2002 tend à considérer les sanctions éducatives comme étant des peines en leur appliquant le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère (Circulaire Crim. 2002.15 E8/07-11-2002, « Présentation des dispositions portant réforme du droit pénal des mineurs et de certaines dispositions de droit pénal spécial résultant de la loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice »), alors que ce le Conseil constitutionnel affirme que ce principe ne s'applique qu'aux sanctions punitives (Décision DC n° 2005-525 du 8 décembre 2005 relative à la loi sur la récidive des infractions pénales, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20. Voir *infra*). Mais dans la décision de 2002, les hauts sages ont toutefois reconnu un lien entre les sanctions éducatives et les peines en rappelant le principe de proportionnalité (Décision DC n°2002-461 du 29 août 2002 précitée).

2577Voir *supra* sur ce point.

2578Précisons que seules 4 personnes ont été placées en rétention de sûreté depuis sa création.

2579Article 406-53-13, alinéa 3 CPP.

2580M. HERZOG-EVANS, *op.cit.*, n°534.191.

2581Ibid., n°534.201. Martine Herzog-Evans affirme plus loin : « il est indéniable que les dimensions qui dominent sont d'abord la rétention, ensuite le soin et enfin le social. [...] La vocation de centres de rétention est [...] avant tout d'assurer la protection de la société contre le risque de récidive de personnes tenues pour demeurer dangereuses ». Ibid., n°534.204. Et ce même si l'article R. 53-8-55 CPP, rappelant les missions des centres de rétention de sûreté, évoque en premier lieu celle « de proposer [...], de façon permanente, une prise en charge médicale, psychologique et sociale [...] », avant celle « de retenir dans leurs locaux [les personnes faisant l'objet d'une rétention de sûreté] ». Cet ordre des priorité, illusoire, est repris par l'arrêté du 6 juillet 2009 relatif au centre de Fresnes. Voir *supra*.

comme nous l'avons vu *supra*²⁵⁸². De plus, la comparaison entre le régime de l'enfermement relatif en cas de rétention de sûreté et le droit pénitentiaire révèle de nombreuses similitudes, qui ne permettent pas de différencier nettement ces deux formes de privation de liberté. Nous rejoignons Martine Herzog-Evans, qui estime que le régime de la rétention de sûreté est « pour bonne part carcéral »²⁵⁸³.

1224.- Le régime applicable aux centres socio-médico-judiciaires devant accueillir les personnes retenues en rétention de sûreté a été prévu par le décret n°2008-1129 du 4 novembre 2008²⁵⁸⁴, qui précise qu'un règlement intérieur sera pris, pour chaque centre, par un arrêté du ministre de la justice. A l'heure actuelle, un seul centre a été créé à Fresnes et l'arrêté du 6 juillet 2009 fixe son règlement intérieur²⁵⁸⁵. Dans le régime de la rétention de sûreté, on relève des règles différentes de celles du droit pénitentiaire, certaines plus souples, d'autres plus sévères, et surtout des règles quasiment identiques.

1225.- En effet, seules quelques règles diffèrent du droit pénitentiaire comme la fixation du règlement intérieur par arrêté ministériel²⁵⁸⁶, le placement du centre sous l'autorité conjointe du ministère de la santé et du ministre de la justice²⁵⁸⁷ et sous la responsabilité conjointe d'un DSPIP et d'un directeur d'établissement public de santé²⁵⁸⁸. Dans le quotidien des retenus également, certaines règles sont plus souples que celles d'usage en prison²⁵⁸⁹ : par exemple, s'agissant des visites, le décret précise que le retenu a droit de recevoir des visites de toute personne chaque jour²⁵⁹⁰ sans condition particulière²⁵⁹¹, tandis que

2582 Voir *supra*, à propos des finalités de la peine dans la rationalité pénale de précaution.

2583 M. HERZOG-EVANS, *op.cit.*, n°534.201, 534.202.

2584 Sur ce point, voir not. M. HERZOG-EVANS, « Les textes d'application de la loi rétention de sûreté », *D.* 2008.3098.

2585 Arrêté du 6 juillet 2009 fixant le règlement intérieur du centre socio-médico-judiciaire de sûreté de Fresnes NOR : JUSK0900131a.

2586 Le règlement intérieur d'un établissement pénitentiaire est fixé au sein-même de l'établissement. En effet, selon l'article D. 255 CPP, alinéa 2, « *Le règlement intérieur est établi par le chef d'établissement, en liaison notamment avec le service pénitentiaire d'insertion et de probation pour les domaines relevant de la compétence de ce service* ».

2587 Article R. 53-8-55, alinéa 1 CPP.

2588 Article R. 53-8-56, alinéa 1 CPP. A noter cependant que dans le seul centre existant, celui de Fresnes, le poste de directeur adjoint hospitalier est vacant. Voir Enquête sur le centre socio-médico-judiciaire de sûreté de Fresnes, diligentée par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, remis au Directeur de l'EPSNF, le 16 décembre 2013, pp. 7-8.

2589 Sur ce point, voir M. HERZOG-EVANS, *op.cit.*, n°534.222.

2590 Article R. 53-8-68, 6° CPP. Mais l'arrêté du 6 juillet 2009 relatif au centre de Fresnes, précité, précise que « *La durée et les fréquence des visites sont limitées par les exigences liées à la prise en charge de la personne retenue, à l'organisation et au fonctionnement du centre* » (article 12, alinéa 11).

2591 Voir cependant *infra* sur l'autorisation de visite, introduite dans le règlement du centre de Fresnes, par l'arrêté du 6 juillet 2009, précité.

les personnes détenues peuvent être visitées au moins trois fois ou au moins une fois par semaine selon les cas²⁵⁹² et que les visiteurs des détenus nécessitent un permis de visite²⁵⁹³ ; concernant l'emploi, le décret évoque la droit d'exercer un emploi soit pour son propre compte, soit pour le compte d'une personne extérieure²⁵⁹⁴, tandis que pour un détenu, l'emploi pour son propre compte est subordonné à l'autorisation du chef d'établissement et le décret ne donne aucune indication quant à la rémunération du retenu contrairement à ce qui est (encore) prévu pour les détenus²⁵⁹⁵.

1226.- Cependant, malgré ces dissemblances, le régime de la rétention de sûreté ressemble à s'y méprendre à celui de la détention. Ainsi, dès leur arrivée, les retenus, comme les détenus, sont informés, dans une langue adéquate, de l'exercice de leurs droits et obligations²⁵⁹⁶. Dans le centre de rétention de sûreté, comme dans les établissements pénitentiaires, est tenu un greffe, élément qui confirme, selon Martine Herzog-Evans, « la dimension avant tout carcérale » de ce centre²⁵⁹⁷. En effet, s'il est précisé par le décret que le greffe du centre est administratif²⁵⁹⁸ (contrairement à celui des établissements pénitentiaires, qui est qualifié de « judiciaire pénitentiaire »²⁵⁹⁹), ces deux greffes recensent les mêmes informations : titres de détention et libération, recours, dossier individuel²⁶⁰⁰.

1227.- S'agissant des droits et obligations, on retrouve, en matière de rétention de sûreté, des dispositions quasi identiques au droit pénitentiaire. Déjà, l'article R. 58-8-66 CPP affirme que « *L'exercice des droits reconnus aux personnes retenues ne peut faire l'objet*

2592Selon l'article 35 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, « *Les prévenus peuvent être visités par les membres de leur famille ou d'autres personnes, au moins trois fois par semaine, et les condamnés au moins une fois par semaine* ».

2593Articles D. 403 et D. 404 CPP.

2594Article 53-8-62, 2° CPP, voir M. HERZOG-EVANS, *op.cit.*, n°534.232.

2595Article D. 32-1 CPP.

2596Article R. 53-8-67 CPP concernant les retenus en rétention de sûreté. Pour les détenus, les règles pénitentiaires européennes du 11 janvier 2006 prévoient dans leur article 30-1 : « *Lors de son admission et ensuite aussi souvent que nécessaire, chaque détenu doit être informé par écrit et oralement - dans une langue qu'il comprend de la réglementation relative à la discipline, ainsi que de ses droits et obligations* ». Recommandation du Conseil de l'Europe, précitée. L'article 23 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire précitée reprend cette règle en les termes suivants : « *Lors de son admission dans un établissement pénitentiaire, la personne détenue est informée oralement, dans une langue compréhensible par elle, et par la remise d'un livret d'accueil, des dispositions relatives à son régime de détention, à ses droits et obligations et aux recours et requêtes qu'elle peut former. Les règles applicables à l'établissement sont également portées à sa connaissance et lui sont rendues accessibles pendant la durée de sa détention* ».

2597M. HERZOG-EVANS, *op.cit.*, n°434.211.

2598Article R. 53-8-58 CPP.

2599M. HERZOG-EVANS, *op.cit.*, n°212.62. Voir les articles D. 148s CPP.

2600Article R. 53-8-58 CPP et R. 53-8-59 CPP (concernant le dossier individuel). Sur la tenue d'un dossier individuel en établissement pénitentiaire, voir l'article D. 155 CPP.

d'autres restrictions que celles strictement nécessaires au maintien de l'ordre et de la sécurité dans les centres, à la protection d'autrui, à la prévention et de toute soustraction des personnes retenues à la mesure dont elle font l'objet ». Et la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, dans son article 22, s'exprime en des termes similaires²⁶⁰¹ : « *L'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits. L'exercice de ceux-ci ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles résultant des contraintes inhérentes à la détention, du maintien de la sécurité et du bon ordre des établissements, de la prévention de la récidive et de la protection de l'intérêt des victimes. [...]* ». Dans les deux situations, rétention et détention, les droits des personnes peuvent être restreints pour des motifs identiques tenant à la sécurité.

1228.- De même, dans ces deux formes de privation de liberté, les conditions d'existence et d'exercice des droits sont similaires. L'encellulement individuel de nuit est érigé en principe dans le centre de rétention de sûreté²⁶⁰² comme dans les établissements pour peine²⁶⁰³. Les droits des retenus ont été globalement conçus sur le même modèle que ceux des détenus avec le droit de suivre une formation²⁶⁰⁴, d'exercer un emploi²⁶⁰⁵, de pratiquer des activités religieuses²⁶⁰⁶, de se livrer à des activités culturelles, sportives et de loisir²⁶⁰⁷, d'émettre ou de recevoir des correspondances²⁶⁰⁸, de recevoir des visites²⁶⁰⁹, d'obtenir des permissions de sortie²⁶¹⁰. Ainsi, Martine Herzog-Evans souligne qu'il « était prescrit au décret de venir préciser les règles relatives à des activités normalement proposées en détention »²⁶¹¹. S'il existe quelques différences (minimes) entre les modalités d'exercice de ces différents droits en centre de rétention et en établissement pénitentiaire, force est de constater un

2601 La loi pénitentiaire de 2009 n'avait pas encore été adoptée au moment de la prise du décret de 2008. Ainsi, le décret peut être considéré comme avant-gardiste. Voir en ce sens M. HERZOG-EVANS, *op.cit.*, n°534.222.

2602 Le décret évoque un « *hébergement individuel pendant la nuit* ». Article R. 53-8-61 CPP. Et les retenus au centre de Fresnes logent dans des studios équipés, comme le relève l'enquête.

2603 Article 717-2, alinéa 1 CPP. *NB* : en maison d'arrêt, l'emprisonnement individuel se fait de jour comme de nuit.

2604 Article R. 53-8-68 CPP, 1°.

2605 Article précité, 2°. Voir *supra* sur ce point.

2606 Article précité, 3° Le décret évoque aussi des activités philosophiques (sur ce point, voir Martine Herzog-Evans, *op.cit.*, n°534.233) et précise que le retenu peut recevoir les ministres des cultes de son choix (alors qu'en établissement pénitentiaire, selon l'article D. 433 CPP, « *le service religieux est assuré, pour les différents cultes, par des aumôniers désignés par le directeur régional qui consulte à cet effet l'autorité religieuse compétente, et après avis du préfet* »). Toutefois, l'arrêté du 69 juillet 2009 fixant le règlement intérieur du centre socio-médico-judiciaire de Fresnes prévoit, en son article 10, de manière précise que « *Des représentants des cultes (catholique, protestant, israélite et musulman) interviennent dans le centre [...]* ».

2607 Article précité, 4°.

2608 Article précité, 5°.

2609 Article précité, 6°. Sur la plus grande souplesse de ce droit de visite appartenant aux retenus, voir *supra*.

2610 Articles R. 53-8-69s CPP. Voir *infra*.

2611 M. HERZOG-EVANS, *op.cit.*, n°534.202.

rapprochement entre les deux régimes, notamment en ce qui concerne les visites et les correspondances.

1229.- Les visites en centre de rétention de sûreté sont régies par l'article R. 53-8-68, 6° CPP. Elles ont lieu en principe sans dispositif de séparation²⁶¹² comme les visites en établissement pénitentiaire²⁶¹³ et « elles peuvent²⁶¹⁴ être précédées ou suivies de fouille de la personne retenue », tout comme cela est possible pour les visites en établissement pénitentiaire²⁶¹⁵. De plus, si le décret de 2008 n'exigeait pas la détention d'un quelconque permis de visite par les visiteurs, comme cela est nécessaire en établissement pénitentiaire, l'arrêté du 6 juillet 2009 fixant le règlement intérieur du centre de Fresnes précise que sera délivrée « une autorisation de visite [...] s'il apparaît que ces visites contribuent à l'insertion sociale de la personne retenue et sous réserve des motifs liés au maintien de la sécurité et du bon ordre dans le centre »²⁶¹⁶. Ces dispositions restreignant le droit de visite comparé à celui prévu par le décret de 2008 ont été annulées par le Conseil d'État dans un arrêt du 21 octobre 2011²⁶¹⁷, mais le règlement intérieur n'a pas fait l'objet d'un arrêté modificatif et, par conséquent, continue à être remis aux arrivants²⁶¹⁸.

1230.- Concernant les correspondances, le régime en centre de rétention est calqué sur le droit pénitentiaire avec l'impossibilité de contrôler les correspondances avec

2612L'article évoque cependant, comme en droit pénitentiaire, la possibilité d'une décision contraire, sans toutefois en préciser les motifs (comme c'est le cas dans les établissements pénitentiaires). Voir *infra* lorsque nous évoquerons les règles de la rétention de sûreté qui sont plus rigides que celles du droit pénitentiaire.

2613En effet, l'article D. 405 CPP énonce que « *Les visites se déroulent dans un parloir sans dispositif de séparation* » avant de dresser une liste des motifs sur lesquels peut s'appuyer le chef d'établissement pour décider qu'elles auront lieu avec un dispositif de séparation.

2614Aucune condition des fouilles n'étant précisée par le décret, ces dernières pourront être effectuées de manière discrétionnaire. Sauf à se reporter à l'article R. 58-8-66 CPP qui ne tolère les restrictions aux droits que lorsqu'elles sont nécessaires à la sécurité, au maintien de l'ordre etc. Voir *supra*.

2615L'article D. 274 CPP, alinéa 2, dispose que « [Les détenus] *doivent* [...] *faire l'objet d'une fouille avant et après tout parloir ou visite quelconque* ». Si cet article emploie le verbe « devoir » rendant ainsi ces fouilles obligatoires, la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 est venue apporter des nuances en affirmant, dans son article 57, que « *Les fouilles doivent être justifiées par la présomption d'une infraction ou par les risques que le comportement des personnes détenues fait courir à la sécurité des personnes et au maintien du bon ordre dans l'établissement. Leur nature et leur fréquence sont strictement adaptées à ces nécessités et à la personnalité des personnes détenues* ».

2616Arrêté du 6 juillet 2009 précité, article 12, alinéa 12 : « *Le directeur de l'établissement public de santé national de Fresnes délivre une autorisation de visite aux membres de la famille de la personne retenue ou à son tuteur ainsi qu'à toute autre personne s'il apparaît que ces visites contribuent à l'insertion sociale de la personne retenue et sous réserve des motifs liés au maintien de la sécurité et du bon ordre dans le centre* ».

2617CE, 21 octobre 2011, n°332707. Dans cet arrêt, sur recours pour excès de pouvoir formé par la Section française de l'Observatoire International des Prisons, le Conseil d'État déclare irrégulier l'article 12 de l'arrêté du 6 juin 2009 (en ces dispositions relatives aux visites, à la correspondance et au téléphone).

2618Enquête sur le centre socio-médico-judiciaire de sûreté de Fresnes, diligentée par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, remis au Directeur de l'EPSNF, le 16 décembre 2013, p. 28.

l'avocat²⁶¹⁹ ainsi que celles avec des autorités publiques²⁶²⁰ ; les autres correspondances ne faisant pas l'objet de cette interdiction, elles semblent pouvoir être contrôlées²⁶²¹.

1231.- Enfin, certains aspects du régime de la rétention de sûreté sont plus durs que le droit pénitentiaire. Tous les aménagements de peine²⁶²² n'ont pas été repris pour la rétention de sûreté. La loi de 2008 et le décret de 2008 prévoient seulement la possibilité pour les retenus, comme pour les détenus, d'obtenir une permission de sortie. De surcroît, les modalités de la permission de sortie pour les retenus sont plus restrictives de liberté puisqu'il n'existe pour ces derniers que deux sortes de permissions de sortie, celle sous escorte et celle sous PSEM, tandis que les permissions de sortie pour les détenus s'effectuent sans de tels dispositifs de contrôle²⁶²³. Les conditions d'octroi de la permission de sortie sont, en revanche, similaires, en ce qui concerne celle sous escorte. En effet, cette dernière répond à un régime très proche de celui de l'autorisation de sortie sous escorte bénéficiant aux détenus²⁶²⁴, notamment aucune durée n'est précisée ni pour l'une ni pour l'autre²⁶²⁵. S'agissant de la permission de sortie sous surveillance électronique mobile, elle peut être accordée par le JAP à la personne retenue « *en vue de maintenir ses liens familiaux ou de préparer la fin de la mesure de rétention* »²⁶²⁶, c'est-à-dire sur les mêmes motifs présidant à l'octroi d'une permission de sortie à un détenu²⁶²⁷. Certes, elle peut être accordée pour un ou plusieurs jours²⁶²⁸ alors que la permission de sortie d'un détenu est d'une durée maximale de trois

2619Article 53-8-68, 5° CPP s'agissant de la rétention de sûreté et article 40 de la loi du 24 novembre 2009 s'agissant de la détention.

2620Idem.

2621En effet, l'article précité disposant que « *Les correspondances échangées avec son avocat ou des autorités publiques ne peuvent jamais ni être contrôlées ni être retenues* », une lecture *a contrario* permet de comprendre que les autres correspondances, quant à elles, peuvent être contrôlées (avec toujours, cependant, le respect de l'article général sur les restrictions, l'article R. 58-8-66 CPP). En ce sens, voir M. HERZOG-EVANS, *op.cit.*, n° 534.243.

2622Les aménagements de peine sont la libération conditionnelle, la suspension de peine pour raisons médicales, la semi-liberté, le placement à l'extérieur ou placement sous surveillance électronique, les permissions de sortir et les autorisations de sortie sous escorte.

2623Au surplus, le JAP peut, selon l'article 723-4 CPP, subordonner la permission de sortie au respect d'une ou plusieurs conditions de l'article 132-44 CP (par exemple : répondre aux convocations du juge de l'application des peines ou du travailleur social désigné ; prévenir le travailleur social de ses changements d'emploi) ou de l'article 132-45 CP (par exemple : s'abstenir de paraître en tout lieu, toute catégorie de lieux ou toute zone spécialement désignés ; exercer une activité professionnelle ou suivre un enseignement ou une formation professionnelle ; ne pas fréquenter les débits de boissons, etc.).

2624Selon l'article R. 53-8-69 CPP, cette permission de sortie sous escorte peut être accordée, « *notamment en cas d'événement familial* ». L'article 726-6 CPP relatif aux autorisations de sortie sous escorte précise qu'elles peuvent être accordées « *à titre exceptionnel* ».

2625Articles précités. Sur cette « indigence textuelle », voir M. HERZOG-EVANS, *op.cit.*, n°534.281.

2626Article R. 53-8-70 CPP, alinéa 1.

2627Selon l'article D. 145 CPP, « *en vue du maintien des liens familiaux ou de la préparation de la réinsertion sociale* ».

2628Article R. 53-8-70, alinéa 1 CPP.

jours²⁶²⁹. Mais étant précisée que « *cette permission ne peut être accordée que si elle n'est pas incompatible avec la dangerosité de la personne et son risque de commettre à nouveau des infractions* »²⁶³⁰ et compte-tenu de l'extrême dangerosité qui aura motivé le placement en rétention de sûreté, il est difficilement imaginable qu'une personne retenue puisse se voir accorder une telle permission de sortie²⁶³¹. D'autant plus qu'il est prévu que la compatibilité entre la permission de sortie et la dangerosité du retenu soit appréciée « *au vu de l'avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté et de l'examen médical intervenus préalablement à la décision de placement en rétention ou de la prolongation de la mesure* »²⁶³², et non qu'elle soit appréciée au regard de l'évolution du retenu !

1232.- Par ailleurs, des sanctions sont prévues dans le centre de rétention de sûreté, certaines ressemblant aux sanctions disciplinaires en établissement pénitentiaire. Plus précisément, deux cas de figures sont envisagés par le décret de 2008 : la restriction de droits et des sanctions disciplinaires. Selon l'article R. 58-8-66 CPP, des restrictions à l'exercice des droits peuvent être apportées si elles sont « *strictement nécessaires au maintien de l'ordre et de la sécurité dans les centres, à la protection d'autrui, à la prévention des infractions et de toute soustraction des personnes retenues à la mesure dont elles font l'objet* ». Martine Herzog-Evans souligne le « flou juridique » de ces dispositions qui ne livrent aucune indication quant à ces possibles restrictions (forme, modalités, durée etc.)²⁶³³. Aussi, selon l'auteure, ces restrictions ressemblent au droit pénitentiaire antérieur (qui ne dressaient pas de liste exhaustive des faits punissables²⁶³⁴). En l'absence de précisions concernant les faits qui pourraient donner lieu à ces restrictions, le régime de la rétention apparaît, sur ce point, plus sévère que celui de la détention. Concernant la procédure relative aux restrictions, il est seulement prévu qu'elles sont décidées par le directeur des services pénitentiaire, après avoir recueilli, sauf urgence, l'avis du directeur d'établissement public de santé²⁶³⁵. Il n'est pas prévu expressément que le retenu soit assisté par un avocat.

2629Article D. 145 CPP.

2630Article R. 53-8-70, alinéa 2 CPP

2631En ce sens, M. HERZOG-EVANS, *op.cit.*, n° 534.283.

2632Article R. 53-8-70, alinéa 2 CPP.

2633M. HERZOG-EVANS, *op.cit.*, n°534.261.

2634Depuis le décret n°96-287 du 2 avril 1996, une liste des fautes disciplinaires a été dressée aux articles D. 249, D. 249-1, D. 249-2 et D. 249-3. Cette liste, divisée en trois degré de fautes, a été reprise et modifiée par le Décret n° 2010-1634 du 23 décembre 2010 portant application de la loi pénitentiaire et modifiant le code de procédure pénale (deuxième partie : Décrets en Conseil d'État), qui, notamment, ajoute les cas de tentative aux fautes déjà prévues (articles R. 57-7 à R. 57-7-3)

2635Article R. 53-8-68, dernier alinéa CPP.

1233.- Ensuite, le décret prévoit deux sanctions disciplinaires précises : la suspension partielle ou totale des activités pendant 21 jours maximum et le confinement en chambre individuelle pour une durée maximale de 21 jours également²⁶³⁶. Là encore, nous pouvons souligner comme Martine Herzog-Evans l'obscurité du décret, qui ne donne aucune liste des fautes susceptibles de faire encourir ces sanctions²⁶³⁷. Par ailleurs, on peut soulever encore un illogisme dans la durée maximale du confinement : les retenus peuvent être confinés 21 jours tandis que les détenus, depuis la loi du 24 novembre 2009, ne peuvent être retenus que 20 jours²⁶³⁸. S'agissant de la procédure relative à ces deux sanctions disciplinaires, le décret prévoit la compétence du chef des services pénitentiaires et que la personne retenue peut faire valoir ses observations y compris par son avocat ou par un mandataire agréé²⁶³⁹. Selon une enquête menée au centre de Fresnes, un local a été prévu à l'effet d'audiences disciplinaires²⁶⁴⁰.

1234.- Pour conclure, la similarité des régimes de rétention de sûreté et de détention nous conduit à refuser une distinction entre ces deux formes de privation de liberté, surtout lorsque certaines règles applicables en rétention s'avèrent plus dures que le droit pénitentiaire ! Affirmer que ces deux dispositifs (peine/rétention de sûreté) sont foncièrement différents relève d'une malhonnêteté intellectuelle. D'autant plus que le suivi social et psychologique ou psychiatrique, qui est présenté comme la première mission des centres de sûreté, a été jugé insatisfaisant par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté²⁶⁴¹, dans un avis rendu le 6 février 2014²⁶⁴².

1235.- Notons enfin que la rétention de sûreté, vivement contestée dès sa création, n'a pas été supprimée par la réforme pénale du 15 août 2014 malgré les

2636 Article R. 53-8-73 CPP.

2637 L'auteur déplore le non principe de légalité à ce propos. M. HERZOG-EVANS, *op.cit.*, n° 534.263.

2638 Article 726, 2° CPP introduit par l'article 91 de la loi du 24 novembre 2009, précitée. L'article précise cependant que « *cette durée pouvant toutefois être portée à trente jours pour tout acte de violence physique contre les personnes* ». Précisons qu'avant la loi de 2009, cette durée maximale de 20 jours n'était pas prévue.

2639 Article R. 53-8-73 CPP dernier alinéa.

2640 Toutefois, la procédure disciplinaire n'a pas encore été utilisée au jour de l'enquête. Enquête précitée, p. 25.

2641 Précisons ici que, selon le décret de 2008, seuls le président de la JNRS, le directeur de l'administration pénitentiaire et le directeur de l'hospitalisation et de l'organisation des soins, le procureur général, le procureur de la République, un vice-président chargé de l'application des peines doivent visiter les centres de rétention (articles R. 53-8-62 à R. 53-8-64 CPP). La visite du Contrôleur général des lieux de privation de liberté n'a pas été prévue ! Pour un regard critique de ces dispositions, voir M. HERZOG-EVANS, *op.cit.*, n° 534.271.

2642 Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Avis du 6 février 2014 relatif à la mise en œuvre de la rétention de sûreté, § 15, JO du 25 février 2014. Il est relevé notamment que « l'inactivité des personnes retenues est la règle » et l'avis conclut : « Il est difficile de voir dans ces conditions la réalisation de la « prise en charge » socio-médico-judiciaire voulue par le législateur ». Voir l'enquête précitée, p. 37s.

amendements déposés en ce sens. Sa suppression faisait pourtant partie du programme électoral de François Hollande et des vœux de la ministre de la Justice, Christiane Taubira²⁶⁴³.

ε) L'enregistrement de la sanction

1236.- L'inscription au casier est caractéristique des peines mais les mesures de sûreté peuvent parfois y conduire. En effet, le Conseil constitutionnel exige, par exemple, l'inscription de la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental lorsqu'elle est accompagnée du prononcé d'une mesure de sûreté²⁶⁴⁴.

1237.- La proximité des peines et des mesures de sûreté quant à leur régime respectif et la ressemblance de leur contenu nous conduisent à nous interroger sur la volonté officielle de les distinguer. En fonction de quel critère²⁶⁴⁵ choisit-on d'appliquer une peine ou bien une mesure de sûreté ?

B. LE CRITÈRE DE CHOIX DE LA SANCTION PÉNALE ENTRE MESURES DE SÛRETÉ ET PEINE : LE PRAGMATISME

1238.- Sous l'influence du principe de précaution, « le législateur a provoqué l'avènement d'une double éclipse : celle de la non imputabilité d'une infraction commise par un malade mental, lequel pourra désormais faire l'objet d'un jugement pénal d'imputation matérielle du crime ; celle de l'égalité des personnes, les condamnés considérés comme dangereux faisant l'objet d'un processus pénal d'exception pouvant être déshumanisant, tant en raison d'un fichage systématique, similaire à celui des produits ou des animaux²⁶⁴⁶, que par leur complète neutralisation (élimination?) rendue possible par une rétention de sûreté dont la durée est indéterminée »²⁶⁴⁷.

2643 Voir *supra*.

2644 Voir *supra*. Dans sa décision du 21 février 2008, le Conseil constitutionnel affirme que la décision de déclaration d'irresponsabilité pénale ne doit pas systématiquement figurer au casier judiciaire car cette décision n'est pas une sanction mais que cette inscription est possible lorsque des mesures de sûreté ont été prononcées (Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *op.cit.*. Voir. F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC sur ce point, *op.cit.*, p. 615, n°640). Donc, ces mesures de sûreté peuvent être considérées comme des sanctions.

2645 En dehors du critère de l'application dans le temps vu précédemment.

2646 Voir *supra* sur ce point (Partie 1, Titre 2, Chapitre 1).

2647 X. LAMEYRE, « Les dangers de la notion de dangerosité » in INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *op.cit.* pp. 321-322. Voir aussi J.-P. DELAGE, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *RSC* octobre-décembre 2007, pp. 797-814 ; M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, *op.cit.*

1239.- Dès lors, on peut s'interroger sur le véritable critère de distinction entre peine et mesure de sûreté dans la rationalité de précaution. En effet, plus que dans la finalité (voir *supra*), il semblerait que le critère de classification se trouve dans la possibilité d'application de la mesure : la responsabilité demeurant le critère incontournable d'application d'une peine (1), la mesure de sûreté viendra s'appliquer dans toutes les situations méritant sanction sans que l'on puisse appliquer (en l'état du droit) une peine proprement dite (2). Ainsi, la mesure de sûreté apparaît comme une sanction déguisée, applicable dans les hypothèses où le droit empêche de prononcer une peine. D'ailleurs, les positivistes qui entendaient remplacer purement et simplement les peines par des mesures de sûreté, justifiaient cette proposition par l'abandon du concept même de responsabilité²⁶⁴⁸.

1) La responsabilité critère incontournable de la peine

1240.- Selon Reynald Ottenhof, « C'est le crime que l'on punit mais c'est la considération de l'individu qui détermine le genre de mesure qui convient. La responsabilité, fondement de la peine, et l'individualisation, critérium de son application : telle est la formule du droit pénal moderne »²⁶⁴⁹.

1241.- Une peine ne peut être prononcée qu'à l'égard d'un individu déclaré responsable de l'infraction qu'il a commise. La mesure de sûreté, quant à elle, n'est pas conditionnée par la responsabilité pénale de la personne concernée, dans la mesure où « elle ne regarde pas la situation passée »²⁶⁵⁰. En principe, elle n'est pas « influencée par la faute »²⁶⁵¹ et « peut survenir avant la commission d'une infraction »²⁶⁵². Dès lors, la fonction répressive de la peine est censée ne pas exister dans la mesure de sûreté.

1242.- Cependant, il apparaît qu'en réalité les mesures de sûreté constituent en quelque sorte des sanctions pénales auxquelles il est recouru dans les cas où la responsabilité fait défaut et où donc une « peine » ne peut être prononcée. Pourtant, comme le souligne Bernard Bouloc « le code pénal a clairement démontré qu'il ne concevait pas de peine sans

2648 Voir *supra* et J.-P. CÉRÉ, « Peine (Nature et prononcé) », Article 3 : Distinction des peines et des mesures de sûreté, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, janvier 2008 (dernière mise à jour : janvier 2013).

2649 R. OTTENHOF (dir.), *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, Paris, Erès, 2001, p. 164.

2650 J.-P. CÉRÉ, « Peine (Nature et prononcé) », Article 3 : Distinction des peines et des mesures de sûreté, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, janvier 2008 (dernière mise à jour : janvier 2013).

2651 *Ibidem*.

2652 *Ibidem*.

faute », ainsi « s'il est apparu plus tard qu'il pouvait exister une responsabilité sans faute, on a très logiquement décidé que cette forme de responsabilité ne pouvait conduire qu'à des mesures de sûreté, et non pas à des peines »²⁶⁵³.

1243.- En outre, le Conseil constitutionnel semble fonder la peine en se référant à la notion duale de culpabilité : culpabilité objective ou imputation matérielle et culpabilité subjective ou imputation morale²⁶⁵⁴. Et les hauts sages affirment que cette « culpabilité ne saurait [donc] résulter de la seule imputation matérielle d'actes »²⁶⁵⁵. Aussi, dans la pénologie précautionniste, afin d'assurer une sécurisation maximale et une sanction de tout danger, les mesures de sûreté interviennent dans les situations où seule existe une imputation matérielle et où la culpabilité subjective est absente, que cette absence soit due à un défaut du discernement ou à un défaut de capacité pénale²⁶⁵⁶.

1244.- C'est donc bien le critère de la responsabilité qui délimite l'application de la peine et les mesures de sûreté interviennent, pour suppléer à la peine, en l'absence d'une responsabilité claire.

2) Les mesures de sûreté : sanction pénale des cas où la peine proprement dite est inapplicable

1245.- Olivier Razac écrit que « [les] mesures de sûreté ne prennent pas en considération une culpabilité subjective mais uniquement l'existence d'un foyer de risques qu'il s'agit de réduire ou de neutraliser »²⁶⁵⁷. De plus, elles s'appliquent lorsque la peine ne peut être appliquée : « le recours aux mesures de sûreté [serait] né de la nécessité de protéger la société contre les individus que la répression classique ne pouvait pas atteindre : délinquant partiellement responsables »²⁶⁵⁸.

2653B. BOULOC, *op.cit.*, p. 406, n°468.

2654M. VAN DE KERCHOVE, 2008, *op.cit.*, p. 811. L'auteur se réfère en particulier à la décision constitutionnelle relative à la CRPC dans laquelle le Conseil constate que « cette peine est justifiée au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur » (décision n°2004-492 DC du 2 mars 2004).

2655Décision n°99-411 DC du 16 juin 1999, citée par M. VAN DE KERCHOVE, 2008, *op.cit.*, p. 812.

2656Voir *supra*.

2657O. RAZAC, 2010, *op.cit.*, p. 27.

2658B. BOULOC, *op.cit.*, p. 415, n°480.

1246.- Par application du principe de précaution, les nouvelles mesures de sûreté viennent donc sanctionner (dans un sens large de prise en considération juridique mais également dans un sens punitif²⁶⁵⁹) les situations en inadéquation avec les fondements juridiques de la peine (infraction, culpabilité, responsabilité), c'est-à-dire les situations où le triptyque pénal est incertain, bancal. Dans le même temps, ces mesures présentées comme fondées sur la dangerosité²⁶⁶⁰ réintroduisent paradoxalement le concept de responsabilité en responsabilisant les personnes concernées par le prononcé à leur encontre d'obligations.

1247.- En effet, dans au moins deux situations précises, la mesure de sûreté, telle une peine, vient sanctionner des personnes ne pouvant se voir infliger une peine. La mesure de sûreté sanctionne, d'une part, les cas de défaut de responsabilité pénale (là où seule existe une imputation matérielle)²⁶⁶¹ **(a)** et d'autre part, des individus qui ne peuvent plus faire l'objet d'une peine (cas où la peine est déjà intervenue) **(b)**.

a) La sanction pénale de l'irresponsabilité pénale (de l'imputabilité matérielle)

1248.- Si, en théorie, la mesure de sûreté n'entretient pas de lien avec une infraction, car étant par nature préventive, en réalité, les cas où la mesure de sûreté est en relation avec, ou déclenchée par une infraction, sont courants. En effet, il n'existe que de très rares hypothèses où la mesure de sûreté intervient réellement avant la commission d'une infraction²⁶⁶² et les mesures de sûreté de la nouvelle génération n'en font pas partie. De plus, la notion même de dangerosité, qui est censée être le seul critère de déclenchement de la mesure de sûreté, est en relation avec des infractions et plus précisément avec un certain type d'infractions. Olivier Razac rappelle d'ailleurs que « l'infraction cardinale [des nouvelles mesures de sûreté est] le meurtre ou assassinat, précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie »²⁶⁶³.

2659 Voir *supra*.

2660 Voir *supra*.

2661 Voir *supra* sur ce point.

2662 Exemple : mesures prises à l'encontre des alcooliques dangereux.

2663 O. RAZAC, *op.cit.*, p. 29.

1249.- Les mesures de sûreté sont donc reliées par une infraction matériellement imputable à un auteur et deux hypothèses permettent de vérifier cette affirmation : le cas des majeurs pénalement irresponsables (α) et celui des mineurs de 10 à 13 ans (β).

α) Le cas des majeurs pénalement irresponsables pour causes de trouble mental

1250.- Déjà Foucault écrivait à propos des relations entre la psychiatrie et la justice que « L'expertise psychiatrique permet de constituer un doublet psychologico-éthique du délit. C'est-à-dire de délégaliser l'infraction telle qu'elle est formulée par le code, pour faire apparaître derrière elle son double qui lui ressemble comme un frère [...] et qui en fait non plus justement une infraction au sens légal du terme, mais une irrégularité par rapport à un certain nombre de règles qui peuvent être physiologiques, psychologiques ou morales, etc. »²⁶⁶⁴.

1251.- En réalité, les personnes déclarées pénalement irresponsables pour cause de trouble mental sont, en quelque sorte, considérées comme n'étant pas pleinement responsables (défaut d'imputabilité morale) tout en étant en partie responsables (imputation matérielle)²⁶⁶⁵. Ce qui justifie la possibilité de punition de leur comportement par le prononcé judiciaire de mesures de sûreté²⁶⁶⁶. Évoquant la fonction de substitution (à la responsabilité) de la dangerosité, François Rousseau soulève ainsi qu'elle « autorise l'application de mesures pouvant s'apparenter à des peines et ce indépendamment de toute condamnation pénale »²⁶⁶⁷.

2664M. FOUCAULT, *Les anormaux. Cours au Collège de France. 1974-1975*, Paris, Gallimard/Le Seuil, Hautes études, 1999, p. 16.

2665Voir *supra*, Chapitre précédent, Section 2 sur ce point.

2666Selon O. RAZAC, « apparaît alors la possibilité d'une responsabilité atténuée. Ni exclusion de la scène pénale, ni responsabilité pleine et entière, il reste l'ambiguïté d'un jugement qui fonde sa légitimité juridique sur une certaine responsabilité du sujet pénal modulée selon le degré de responsabilité psychologique de l'individu ». O. RAZAC, *op.cit.*, p. 19.

2667F. ROUSSEAU, *op.cit.*

β) Le cas des mineurs de moins de 13 ans²⁶⁶⁸

1252.- Le cas des mineurs entre 10 et 13 ans est similaire. Une peine ne peut leur être appliquée en raison d'une incapacité pénale justifiée par une imputabilité morale partielle²⁶⁶⁹. Aussi, leur applique-t-on des sanctions, dites sanctions éducatives, qui, bien que n'étant pas qualifiées de peines, y ressemblent à s'y méprendre²⁶⁷⁰. La réforme pénale du 15 août 2015 n'a pas supprimé ces sanctions éducatives, ce que regrette la CNCDH²⁶⁷¹.

b) La sanction pénale de l'extinction de la peine (mesure post peine)

1253.- Les mesures de sûreté ont aussi vocation à s'appliquer dans les cas où une peine n'est plus applicable puisque la peine a déjà été purgée. On applique donc d'autres mesures prolongeant/doublant la peine initiale. Ainsi, la mesure de sûreté permet de contourner l'interdiction de la double peine, et plus exactement, le principe *non bis in idem*. S'agissant de la rétention de sûreté, François Rousseau, après avoir relevé son lien avec la condamnation pénale (la cour d'assises doit avoir expressément prévue dans la condamnation la possibilité d'une rétention de sûreté), estime d'ailleurs qu'elle « peut s'apparenter à une sanction pénale supplémentaire »²⁶⁷².

1254.- De surcroît, la Cour EDH a eu l'occasion d'affirmer que la détention de sûreté allemande, *Sicherungsverwahrung*, proche de la rétention de sûreté, constituait une peine, contrairement à ce que prévoyait le droit allemand. La détention de sûreté allemande a été instaurée par une loi du 24 novembre 2011 relative aux délinquants d'habitude dangereux. Trois catégories de détention de sûreté sont prévues par le droit allemand : la détention de sûreté prononcée *ab initio*, la détention de sûreté dont le possible prononcé est prévu dans le

2668 Les sanctions éducatives n'ont pas été qualifiées de mesures de sûreté mais n'étant pas non plus des peines (selon le législateur), nous avons choisi de les traiter néanmoins dans cette partie. Il faut noter aussi que les mesures éducatives applicables dès la commission d'une infraction, quel que soit l'âge de l'auteur, considérées par beaucoup d'auteurs comme des mesures de sûreté, sont bien reliées à une infraction.

2669 Voir *supra*, Chapitre précédent, Section 2.

2670 *Ibidem*.

2671 CNCDH, Avis sur le projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines, 27 mars 2014.

2672 F. ROUSSEAU, *op.cit.* Sur ce point, voir S. SNACKEN et D. VAN ZYL SMIT, *Principles of European Prison Law and Policy, Penology and Human Rights*, Oxford University Press, 2009, p. 342, cités par M. HERZOG-EVANS, *op.cit.*, n°812-81.

jugement de condamnation, et la détention de sûreté prononcée après l'exécution de la peine²⁶⁷³. La détention de sûreté a été élargie dans son champ d'application et dans les conditions de son prononcé par des réformes ultérieures, notamment par les réformes suivantes : la loi du 26 janvier 1998 relative à la lutte contre les délits sexuels et autres infractions dangereuses, qui a supprimé la durée maximale de 10 ans prévue pour le premier placement en détention de sûreté ; la loi du 21 août 2002, qui prévoit la possibilité pour le juge de prononcer une « détention de sûreté sous réserve » si cette faculté est prévue dans le jugement initial ; la loi du 23 juillet 2004 qui rend possible la détention de sûreté *a posteriori* sans qu'elle ait été prévue dans le jugement initial et rend cette même détention de sûreté *a posteriori* applicables aux jeunes majeurs primo-délinquants ; et la loi du 12 juillet 2008 prévoyant la possibilité de prononcer une détention de sûreté pour des mineurs de quatorze ans²⁶⁷⁴.

1255.- Pour déterminer la qualification de la *Sicherungsverwahrung*, la Cour EDH a utilisé des critères dégagés dans un arrêt Welch c/ RU du 9 février 1995 : la relation entre la mesure et une condamnation pour une infraction, la nature de la mesure, son but, les procédures de son adoption et de son exécution, sa gravité, la qualification en droit interne²⁶⁷⁵. Sur ce dernier critère, la Cour précise que son appréciation n'est pas liée par cette classification interne²⁶⁷⁶.

1256.- Dans l'arrêt M. c/ Allemagne du 17 décembre 2009, au regard notamment du lien entre la détention de sûreté allemande et la commission d'une infraction et de la privation de liberté exécutée dans des prisons ordinaires, la Cour EDH conclut à la qualification de peine. Elle précise que « l'objectif de prévention peut aussi se concilier avec celui de répression et peut être considéré comme l'un des éléments constitutifs de la notion même de peine »²⁶⁷⁷. Par conséquent, elle estime, d'une part, que la possibilité de prolonger indéfiniment la détention de sûreté *ab initio* prévue par la loi de 1998 précitée est

2673C. SAAS, « Avis d'orage sur l'internement à durée illimitée des délinquants », *AJ pénal*, 2011, p. 462.

2674Ibidem.

2675Sur ces différents critères utilisés par la CEDH, D. ROETS, « La privation de liberté de sûreté allemande (Sicherungsverwahrung) : une peine soumise au principe de non-rétroactivité », *RSC*, 2010, p. 236 ; J. LEBLOIS-HAPE, « Première confrontation de la détention de sûreté à la Convention européenne des droits de l'homme, l'arrêt M. c/ Allemagne du 17 décembre 2009 », *AJ pénal* 2010, p. 129.

2676Voir par exemple sur ce point, C. SAAS, Actualités du droit pénal allemand en 2010, *RSC* 2011, p. 253.

2677CEDH 12 décembre 2009, n°19359/04, M c/ All., *AJ pénal*, 2010, p. 129, note J. LEBLOIS-HAPE ; *Droit Pénal*, mai 2010, note L. GRÉGOIRE ET F. BOULAN. La CEDH reprend ici ce qu'elle avait déjà affirmé dans l'arrêt Welch c/ RU du 9 février 1995 précité. Voir M. HERZOG-EVANS, *op.cit.*, n°512-86.

inconventionnelle (au regard de l'article 5§1 de la Convention EDH) car ne permet pas d'établir un lien suffisant entre la condamnation initiale et la prolongation ultérieure de la mesure, et d'autre part, que la détention étant une peine (au sens de l'article 7§1 de la Convention EDH), le principe de non-rétroactivité s'y applique.

1257.- Postérieurement à cette décision de 2009, l'Allemagne a été condamnée à plusieurs reprises par la Cour EDH²⁶⁷⁸. En 2010, l'Allemagne a réformé la détention de sûreté *ab initio* en la limitant aux formes aggravées de violences et d'atteintes sexuelles²⁶⁷⁹.

1258.- Sans nous prononcer sur la conventionnalité de la rétention de sûreté française, nous pouvons retirer de l'enseignement de la Cour EDH, que la finalité préventive de la rétention de sûreté comme des autres mesures de sûreté « nouvelle génération » ne permet pas de les exclure de la catégorie unifiée de la sanction que nous avons définie. Elles permettent, en lien avec une certaine conception de la responsabilité, de promouvoir le *continuum* de précaution consubstantiel à la précautionnalisation de la pénologie.

CONCLUSION

1259.- Dans la rationalité pénale moderne, la peine possède plusieurs finalités dont la principale est la rétribution. Sous l'influence du principe de précaution, si la peine continue à poursuivre des finalités traditionnelles, certaines d'entre elles sont appréhendées différemment et d'autres voient le jour. Surtout, elle apparaît désormais tout autant fondée sur le futur que sur le passé qui l'a déclenchée. Et elle est même davantage tournée vers l'avenir, avec pour objectif premier de protéger la société.

1260.- Dans cette optique, les fonctions de la peine comme la réinsertion ne sont plus appréhendées que par leur unique mission de mieux prévenir la société de dangers futurs et hypothétiques. Si la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 tout comme la réforme

2678CEDH Haidn c/ All, req. N°6587/04 ; CEDH 13 janvier 2011 Kallweit c/ All, Req. N°17792/07, D. 2011.379, obs. O. BACHELET ; CEDH 13 janvier 2011 Mautes c/ All. Req. N°2008/07 ; CEDH 13 janvier 2011, Schummer c/ All. Req. N°27360/04 et 4225/07 ; CEDH 14 avril 2011, Jendrowiak c/ All., Req. N°30060/04. 2679Loi du 22 décembre 2010.

pénale du 15 août 2014 mettent en avant la fonction de resocialisation de la peine, elles persistent à considérer la réinsertion davantage comme un outil de prévention de la récidive délaissant quelque peu l'aspect humaniste de la peine.

1261.- De plus, l'influence du principe de précaution conduit le droit pénal à utiliser de nouvelles mesures dites mesures de sûreté qui s'apparentent à de réelles mesures de précaution²⁶⁸⁰, alors que le code pénal de 1992 avait opté pour un système unitaire entre les peines et les mesures de sûreté. Ces mesures caractérisées par la double incertitude, à la fois de leur déclenchement et de leur fin, sont censées avoir pour seul objectif la prévention de la récidive. Or, dans leur contenu, elles s'avèrent afflictives, parfois punitives. La loi du 15 août 2014 a elle aussi créé une nouvelle mesure de sûreté pour les personnes dont le discernement a été altéré et a continué dans la voie de la distinction peine/mesures de sûreté tout en précisant la nature des mesures de sûreté applicables aux individus pénalement irresponsables pour cause de trouble mental instaurées par la loi du 25 février 2008.

1262.- Actuellement, le législateur et la jurisprudence distinguent, en effet, depuis 2005 (date de l'intégration de la notion de mesure de sûreté dans le code pénal), les peines des mesures de sûreté, ne les faisant pas obéir au même régime, notamment en n'appliquant pas le principe de non-rétroactivité aux secondes. Pourtant, force est de constater le rapprochement des finalités de ces deux types de sanctions, la forte similarité de leur contenu et la ressemblance de leur prononcé. La contrainte pénale nouvellement créée par la loi du 15 août 2014 s'inscrit parfaitement aussi dans ce mouvement de rapprochement entre peines et mesures de sûreté. Elle comprend des interdictions et obligations largement utilisées dans les mesures de sûreté et s'exécute en milieu ouvert comme la plupart des mesures de sûreté.

1263.- Aussi, devrions-nous, aujourd'hui, envisager les peines et les mesures de sûreté, dont les moyens et les prétentions affichées demeurent identiques, comme faisant partie intégrante d'une catégorie unique de sanctions, les **sanctions précautionnistes**. Ces sanctions sont précautionnistes dans la mesure où les peines comme les mesures de sûreté, si elles sont déclenchées par le passé (un lien même distendu existant entre les mesures de sûreté et la commission d'une infraction), sont de plus en plus tournées vers l'avenir. En outre, selon

²⁶⁸⁰Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

la particularité du principe de précaution, elles sont flexibles et modulables en fonction de la connaissance acquise du danger représenté par l'individu concerné.

1264.- L'unicité observée entre ces deux types de sanctions autoriserait à leur appliquer un même régime. Notamment, le principe de non-rétroactivité pourrait logiquement s'appliquer, comme pour les peines, aux mesures de sûreté, ces dernières étant largement vécues comme des peines par les personnes qui en font l'objet.

CHAPITRE 2 : DÉSTRUCTURATION DE LA PORTÉE DU DROIT PÉNAL PAR UNE REDÉFINITION PRÉCAUTIONNISTE DU TEMPS PÉNAL

1265.- La portée du droit pénal peut être entendue comme son envergure, son déploiement, son emprise, son « rayonnement »²⁶⁸¹. D'une manière plus précise, elle peut aussi être comprise comme les effets du droit pénal sur le temps et dans le temps. Dans cette acception, la portée temporelle du droit pénal se comprend alors, d'une part, comme la façon dont le droit pénal et ses lois s'inscrivent dans le temps et, d'autre part, comme la façon avec laquelle le droit pénal conçoit lui-même le temps. Le droit pénal fonctionne en effet sur une échelle particulière du temps. L'influence du principe de précaution s'exerce aussi sur le temps pénal, qui n'est plus considéré de la même manière, dès lors que l'objet premier d'attention devient le futur (de l'action à venir) au détriment du passé (de l'action passée).

1266.- Le droit pénal moderne s'est construit autour d'un pilier central qu'est le principe de légalité²⁶⁸². Ce principe possède lui-même des corollaires puissants tels que la non-rétroactivité de la loi pénale²⁶⁸³. Si le principe de légalité subit des modifications sous l'influence du principe de précaution, que nous avons étudiées plus haut²⁶⁸⁴, ses corollaires

2681 Expression utilisée par Yves Mayaud, pour traiter du « rayonnement de la loi pénale » et qui introduit le chapitre portant pour titre cette expression. Yves Mayaud écrit que « La loi pénale, comme toute autre disposition normative, est faite pour être appliquée, et cette application est directement fonction de son rayonnement, c'est-à-dire de sa portée ou de son étendue à la fois dans le temps et dans l'espace ». Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF Droit, Coll. Droit fondamental, 4^{ème} édition, 2013, n° 65, p. 87.

2682 Voir *supra*.

2683 Celui-ci est clairement identifié par la doctrine comme un corollaire du principe de légalité. Par exemple, B. BOULOC, *op.cit.*, n° 145, p. 146. L'auteur affirme que « La nécessité d'un élément légal pour l'existence d'une infraction entraîne comme conséquence : l'impossibilité d'appliquer une loi pénale nouvelle à des faits antérieurs à sa promulgation ou à sa date d'entrée en vigueur ».

2684 Voir *supra*.

s'en trouvent également affaiblis, produisant des effets sur la portée du droit pénal dans le temps. En particulier, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale n'occupe pas la même place dans la rationalité pénale moderne et dans celle de précaution (**Section 1**).

1267.- L'influence précautionniste poursuit son action sur la temporalité-même de la rationalité pénale (**Section 2**). Le droit pénal moderne, d'essence légaliste, fonctionne sur une échelle temporelle précise, avec comme point de repère la commission de l'infraction, et délimitée par la fin de la peine. Le principe de précaution, caractérisé par son intervention sur l'incertitude, se manifeste, en matière pénale, avant la commission d'une infraction ou avant toute réitération effective²⁶⁸⁵, et s'accommode mal de cette conception fixe du temps. Ainsi, dans une rationalité pénale précautionniste, le temps est appréhendé différemment, d'une manière ouverte et circulaire.

SECTION 1 : LE PRINCIPE DE NON RÉTROACTIVITÉ DANS LA RATIONALITÉ PÉNALE MODERNE ET DANS LA RATIONALITÉ PÉNALE DE PRÉCAUTION

1268.- « La loi pénale s'inscrit d'abord dans le temps. Cette temporalité est même la destination naturelle de la loi, pour être le seul moyen de fixer, sinon de figer, les règles indispensables à la pérennité des relations sociales »²⁶⁸⁶. Aussi, pour comparer la rationalité moderne à celle de précaution, il est nécessaire d'étudier cette inscription de la loi pénale dans le temps. Dans la rationalité moderne, le rapport de la loi pénale au temps est régi par le principe de non-rétroactivité.

1269.- Conséquence et corollaire du principe de légalité, ce principe détient ainsi une importance particulière dans la rationalité légale, qui ne peut transiger avec lui sans perdre son sens (**I**). Au contraire, dans la rationalité de précaution, qui investit tout autant l'avenir que le passé et qui anticipe en parant aux risques futurs, le principe de non-rétroactivité s'avère être un non-sens (**II**).

²⁶⁸⁵Voir *supra*.

²⁶⁸⁶Y. MAYAUD, *op.cit.*, 2013, n° 66, p. 87.

I. INTRANSIGEANCE DU PRINCIPE DE NON-RÉTROACTIVITÉ DANS LA RATIONALITÉ LÉGALE

1270.- Le principe de non-rétroactivité a été consacré en même temps que la rationalité légale à laquelle il est consubstantiel (A). Si quelques tempéraments existent à ce principe, ils sont prévus et limités par la loi (B). Toutefois, le législateur et la jurisprudence ont, s'agissant des mesures de sûreté, écarté ce principe de manière contestable (C).

A. SENS ET CONSÉCRATION DU PRINCIPE DE NON-RÉTROACTIVITÉ

1271.- Afin d'assurer la sécurité juridique promue par le principe de légalité²⁶⁸⁷, nul ne peut être condamné pour un fait qui n'était pas puni au moment de sa commission. Les citoyens doivent être en mesure de savoir si leurs agissements sont incriminés à l'instant où ils s'apprêtent à les réaliser. La loi doit prévenir avant de frapper comme l'exprime l'adage : *Lex moneat priusquam feriat*²⁶⁸⁸. D'après cette logique, la loi pénale ne doit pas permettre d'effet rétroactif, sans quoi le principe de légalité n'aurait pas de sens²⁶⁸⁹. Ce principe de non-rétroactivité existe aussi en droit civil²⁶⁹⁰ mais revêt une signification plus forte en droit pénal parce que cette matière est davantage susceptible d'atteindre les libertés individuelles. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel estime que ce principe n'a de valeur constitutionnelle que dans le domaine répressif²⁶⁹¹.

1272.- Le principe de non-rétroactivité de la loi pénale a été consacré par la DDHC de 1789 dont l'article 8 affirme que « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit ». Il a ainsi une valeur constitutionnelle. Aussi,

2687 Voir *supra*.

2688 A. LAINGUI, RSC 1986, p. 25s. Cité par B. BOULOC, *op.cit.*, n° 150, p. 149.

2689 Bernard Bouloc exprime cette idée ainsi : « Une loi ne peut, à l'évidence, que régir l'avenir, car on voit mal comment il serait possible de punir quelqu'un pour le non-respect d'un texte inexistant ». B. BOULOC, *op.cit.*, n° 144, p. 145.

2690 En effet, selon l'article 2 du code civil, « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ».

2691 DC 7 novembre 1997, n° 97-391 DC, JO 11 novembre, p. 16390 ; D. 1999, Somm. p. 235, obs. MÉLIN-SOUCRAMANIEN ; DC 30 décembre 1997, n° 97-395 DC, JO 31 décembre, p. 19313 ; DC 18 décembre 1998, n° 98-404 DC, JO 27 décembre, p. 19663 ; D. 2000. Somm. 63, obs. MÉLIN-SOUCRAMANIEN ; JCP 1999.II.10046, note GUIHEUX. Voir Y. MAYAUD, *op.cit.*, n° 109, p. 127.

il a été consacré par la Convention EDH (article 7-1²⁶⁹²) et par la DUDH (article 11²⁶⁹³). Ce principe possède donc les mêmes assises que celles sur lesquelles repose le principe de légalité. Il en est un corollaire tout autant qu'une condition *sine qua non*. La légalité et la non-rétroactivité apparaissent comme intrinsèquement complémentaires. Comme l'exprime Yves Mayaud, « Si on avait une position conforme aux exigences de la légalité, une loi nouvelle devrait toujours et exclusivement s'appliquer aux faits qui lui sont postérieurs, et ne devrait donc jamais rétroagir pour s'appliquer à des faits antérieurs »²⁶⁹⁴.

1273.- Le code pénal pose aussi le principe de non rétroactivité de la loi pénale en en précisant la portée. Selon l'article 112-1, « *Sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis* » (alinéa 1) et « *Peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date* » (alinéa 2).

1274.- Ce principe de non-rétroactivité concerne les lois de fond²⁶⁹⁵, ce qui en fait un principe central de la rationalité pénale moderne. Toutefois, quelques tempéraments à ce principe sont prévus par la loi.

B. LES TEMPÉRAMEMENTS LIMITÉS PAR LA LOI

1275.- Les tempéraments au principe de non rétroactivité concernent la rétroactivité *in mitius* des lois de fond plus douces (1) et l'application immédiate des lois de forme (2).

2692Cet article dispose que « *Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise* ».

2693Aux termes de cet article, « *Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise* ».

2694Y. MAYAUD, *op.cit.*, n° 76, p. 94.

2695Les lois de fond peuvent être définies comme « celles qui déterminent les actes qui tombent sous le coup de la loi pénale et qui fixent les conditions dans lesquelles ces actes peuvent être punis des peines qu'elles édictent ». B. BOULOC, *op.cit.*, n° 149, p. 147. Yves Mayaud les définit comme étant « toutes les dispositions en rapport avec la définition, la modification ou l'abrogation d'une infraction ou des peines qui lui sont applicables ». Y. MAYAUD, *op.cit.*, n° 73, p. 91.

1) La rétroactivité *in mitius* des lois de fond plus douces

1276.- Selon l'alinéa 3 de l'article 112-1 du code pénal précité, « *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* »²⁶⁹⁶. Ainsi, est consacré par le code pénal un principe de rétroactivité dite *in mitius* qui avait été dégagé par le Conseil constitutionnel dans sa décision des 19 et 20 janvier 1981 à propos de la loi « Sécurité et liberté »²⁶⁹⁷. Cette loi prévoyait qu'elle ne s'appliquerait pas aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations définitives. Pourtant, certaines de ses dispositions s'avéraient plus douces. Le Conseil constitutionnel a déclaré cette loi contraire, en ce point, à l'article 8 de la DDHC précité. En effet, les hauts sages ont estimé que les lois plus douces doivent nécessairement être rétroactives, car la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires²⁶⁹⁸. De l'article 8 de la DDHC découle donc le principe selon lequel la loi pénale plus douce doit s'appliquer aux faits commis avant son entrée en vigueur, lorsqu'ils n'ont pas été définitivement jugés. Cela est justifié parce que le fait d'appliquer une loi ancienne sous prétexte que les faits ont été commis avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle conduirait le juge à prononcer des peines qui ne sont plus considérées comme nécessaires par le législateur contemporain²⁶⁹⁹. Aussi, le Conseil constitutionnel a invalidé les dispositions de la loi qui lui était soumise contraires à la rétroactivité *in mitius*, à laquelle il confère ainsi une valeur constitutionnelle²⁷⁰⁰.

1277.- Par conséquent, les lois pénales de fond ne sont pas, par principe, rétroactives, sauf lorsqu'elles sont plus douces que la loi ancienne²⁷⁰¹. Comme le souligne

²⁶⁹⁶On ne trouvait pas cette rétroactivité des lois de fond plus douces dans l'ancien code pénal.

²⁶⁹⁷DC 20 janvier 1981, n° 80-127 DC, JO 22 janvier, p. 308 ; D. 1982. 442, note DEKEUWER ; JCP 1981. II. 19701 ; note FRANCK.

²⁶⁹⁸Voir *supra* sur ce point.

²⁶⁹⁹Voir par exemple, B. BOULOC, *op.cit.*, n° 152, p. 151 ; V. BOITARD, *Leçons de droit criminel*, Ed. Villey, 3^{ème} éd., 1890, n° 27, p. 42 ; J. L.-E. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, t. 1, Plon, 1875, n°159, p. 242.

²⁷⁰⁰Selon certains auteurs, la rétroactivité *in mitius* est un principe constitutionnel contestable (A. DEKEUWER, « Un principe constitutionnel contestable », D. 1982, p. 441), incompatible avec le droit international, dont le Pacte international ne reconnaît pas l'existence (A. HUET, « Une méconnaissance du droit international ; à propos de la rétroactivité *in mitius* », JCP, 1987.1.3293). Mais Yves Mayaud rappelle que ce « principe de l'application rétroactive de la peine plus légère fait partie des traditions constitutionnelles communes aux États membres de l'Union européenne » et qu'« il en découle que ce principe doit être considéré comme faisant partie des principes généraux du droit communautaire, et que le juge national doit le respecter lorsqu'il applique le droit national adopté pour mettre en œuvre le droit communautaire » (CJCE, Silvio Berlusconi et autres, 3 mai 2005, *Gaz. Pal.* 2005. 1. Somm. 2081, note SOULARD ; JCP 2006. II. 10020, note DUBOS). Y. MAYAUD, *op.cit.*, n° 110, p. 128.

²⁷⁰¹Les lois plus douces sont celles qui suppriment une incrimination, celles qui font disparaître une circonstance aggravante, celles qui modifient les éléments constitutifs d'une infraction, dans des conditions

Yves Mayaud, « le droit pénal, [...] à des fins humanistes, retient toujours la solution la plus avantageuse pour le justiciable ce qui se traduit par une double réponse »²⁷⁰². Ainsi, les lois pénales plus sévères ne peuvent rétroagir²⁷⁰³. Et le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'affirmer l'importance de ce principe²⁷⁰⁴. En revanche, une loi nouvelle plus douce peut et doit donc même être appliquée à des faits antérieurement commis tant qu'une décision n'est pas encore définitive.

2) *L'application immédiate des lois de forme*

1278.- Par ailleurs, aux termes de l'article 112-2 du code pénal, les lois de forme sont applicables immédiatement aux infractions commises avant leur entrée en vigueur. Cette application immédiate concerne les lois de compétence et d'organisation judiciaire, tant qu'un jugement au fond n'a pas été rendu en première instance²⁷⁰⁵ ; les lois fixant les modalités des poursuites et les formes de la procédure ; les lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines (toutefois, ces lois, lorsqu'elles auraient pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation, ne sont applicables qu'aux condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement à leur entrée en vigueur)²⁷⁰⁶ ; et lorsque les prescriptions ne sont pas acquises, les lois relatives à la prescription de l'action publique et à la prescription des peines²⁷⁰⁷. Bernard Bouloc précise que « cette application immédiate des lois de compétence et de procédure s'explique par le fait que l'article 4 de l'ancien code pénal ne visait que les lois de fond, et par cette considération, que la loi nouvelle présumée supérieure à l'ancienne et destinée à assurer une meilleure administration de la justice, doit être immédiatement appliquée »²⁷⁰⁸.

moins sévères, celles qui changent la qualification d'une infraction (qui transforment un crime en délit, ou un délit en contravention), celles qui modifient les sanctions en les adoucissant. Voir not. B. BOULOC, *op.cit.*, n° 154 à 156, p. 152s. Pour les lois qui sont à la fois plus sévères et plus douces, elles doivent être appliquées de manière distributive (les dispositions plus douces rétroagissent et les plus sévères ne rétroagissent pas). Si les dispositions d'une telle loi sont indivisibles, il faudra alors prendre en considération la disposition principale. Voir sur ce point, B. BOULOC, *op.cit.*, n° 157, p. 157.

²⁷⁰²Y. MAYAUD, *op.cit.*, n° 76, p. 94.

²⁷⁰³Voir par exemple B. BOULOC, *op.cit.*, n° 150, p. 148.

²⁷⁰⁴Voir not. Décision du Conseil constitutionnel des 10 et 11 oct. 1984 ; Décision du Conseil constitutionnel du 18 déc. 1997, *JO* 31 déc. ; 25 févr. 1998, *Rec. CE*, 48.

²⁷⁰⁵Sur ce point, voir not. Y. MAYAUD, *op.cit.*, n° 80, p. 99.

²⁷⁰⁶Quelques limitations existent à cette application immédiate d'une loi nouvelle de forme, voir not. B. BOULOC, *op.cit.*, n° 162, p. 164 ; Y. MAYAUD, *op.cit.*, n° 80, p. 100.

²⁷⁰⁷Avant la loi du 9 mars 2004, l'article 112-2 4° du code pénal prévoyait que l'application immédiate des lois relatives à la prescription de l'action publique soit limitée aux cas où la loi nouvelle n'aggravait pas la situation de l'intéressé. Ce segment de phrase a été abrogé par la loi du 9 mars 2004. Sur ce point, voir Y. MAYAUD, *op.cit.*, n° 80, p. 101. Voir également Bernard Bouloc, qui considère que c'est là une solution « plus claire et radicale ». B. BOULOC, *op.cit.*, n°163, p. 165.

²⁷⁰⁸B. BOULOC, *op.cit.*, n° 160, p. 162. Voir dans le même sens, Yves Mayaud qui explique l'application

1279.- Selon l'article 112-3, les lois relatives à l'exercice des voies de recours sont d'application immédiate étant précisé que celles relatives à la nature, aux cas d'ouverture, aux délais des voies de recours et à la qualité des personnes pouvant l'exercer, ne sont applicables qu'aux recours formés contre les décisions prononcées après leur entrée en vigueur. Les lois relatives à la forme de l'exercice des recours sont applicables immédiatement sans condition²⁷⁰⁹.

1280.- En dehors de ces deux hypothèses de rétroactivité et d'application immédiate prévues par la loi et relativement consensuelles, il existe un autre cas beaucoup plus controversé et qui concerne les mesures de sûreté.

C. APPLICATION IMMÉDIATE DES MESURES DE SÛRETÉ ET COMPATIBILITÉ AVEC LE PRINCIPE DE NON-RÉTROACTIVITÉ

1281.- Le problème de la rétroactivité de la loi pénale s'est posé avec éclat lors de l'apparition des nouvelles mesures de sûreté. Le Conseil constitutionnel considérant que le principe de non-rétroactivité ne s'applique qu'aux peines et aux sanctions punitives²⁷¹⁰, l'enjeu était alors de déterminer si ces nouvelles mesures constituaient des peines et devaient alors être soumises au principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère ou bien consistaient en de simples mesures de sûreté, mesures de police ou mesures d'application des peines, échappant alors à l'exigence de non-rétroactivité²⁷¹¹. La seconde solution a été privilégiée, autorisant une application immédiate de ces mesures à des faits commis antérieurement à leur instauration, sauf pour la rétention de sûreté²⁷¹². Selon Bernard Bouloc, « la mise en œuvre des peines et des mesures de sûreté ne peut obéir à des règles identiques selon que l'on considère, d'une part, le délinquant et sa faute passée, d'autre part le pré-délinquant et la prévention possible d'une activité criminelle de sa part »²⁷¹³.

immédiate des lois de forme par « la nature particulière des lois de forme, qui sont volontiers présentées comme des lois destinées à l'amélioration de la justice, si bien que tous les acteurs du procès ne peuvent que de ressentir favorablement de leur application immédiate ». Y. MAYAUD, *op.cit.*, n° 79, p. 98.

2709 Sur ce point, Voir Y. MAYAUD, *op.cit.*, n° 80, p. 102.

2710 Décision n° 2005-527 DC du 8 décembre 2005, *JO* 13 décembre, p. 19162 ; *D.* 2006.966, note ROUVILLOIS. Voir *supra* sur ce point.

2711 Voir *supra*.

2712 Voir *supra*.

2713 B. BOULOC, *op.cit.*, n° 491, p. 423.

1282.- En effet, la jurisprudence constitutionnelle²⁷¹⁴ et la jurisprudence criminelle²⁷¹⁵ ont validé l'application immédiate des nouvelles mesures de sûreté à des faits ayant été commis antérieurement à leur création. Dans sa décision du 8 décembre 2005, le Conseil constitutionnel affirme que le principe de non-rétroactivité ne s'applique pas aux mesures n'ayant pas le caractère de punition, en l'occurrence au placement sous surveillance électronique mobile²⁷¹⁶. De même, dans sa décision du 21 février 2008, le Conseil constitutionnel valide l'application immédiate de la surveillance de sûreté²⁷¹⁷. La chambre criminelle de la Cour de cassation a adopté la même solution s'agissant des mesures de sûreté applicables aux personnes déclarées pénalement irresponsables pour cause de trouble mental²⁷¹⁸ ainsi que s'agissant de l'inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles (FIJAIS)²⁷¹⁹.

1283.- Comme le souligne Bernard Bouloc, à propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 11 juin 1953 relatif à l'application immédiate d'une nouvelle mesure d'éducation²⁷²⁰, « c'est à tort que l'on a expliqué cette solution par le fait qu'une mesure d'éducation devrait être réputée plus douce qu'une peine »²⁷²¹. En effet, en étudiant la jurisprudence constitutionnelle, on comprend que les mesures de sûreté ne sont pas rétroactives en raison du fait qu'elles seraient plus douces mais parce qu'elles sont tournées vers l'avenir et ont pour finalité, selon les hauts sages, la prévention plus que la répression²⁷²².

2714 Voir *supra*.

2715 Voir *supra*. Et l'arrêt du 26 novembre 1997, dans lequel la chambre criminelle affirme que « l'incapacité attachée à certaines condamnations, édictée par le texte régissant les conditions d'accès à la profession d'agent immobilier, ne constitue pas une peine complémentaire mais une mesure de sûreté, qui, dès l'entrée en vigueur de la loi qui l'institue, frappe la personne antérieurement condamnée ». Crim. 26 novembre 1997, *Bull. Crim.*, n°404 ; *D.* 1998, Jur. p. 495, note D. REBUT ; *RSC* 1998, p. 359, obs. B. BOULOC.

2716 Décision n° 2005-527 DC du 8 décembre 2005 précitée, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20. Voir *supra* sur ce point.

2717 Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *JO* 26 février, p. 3272 ; *D.* 2008, Pan., p. 2035, obs. BERNAUD et GAY ; *D.* 2009, Pan., p. 125, obs. ROUJOU DE BOUBÉE ; *JCP* 2008.II.10077, note FELDMAN ; *Gaz. Pal.* 2008.1.391 ; *RSC* 2009.166 obs. DE LAMY ; Y. MAYAUD, « La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *D.* 2008, Chron., p. 1359. Voir *supra*.

2718 Voir *supra*. Au départ, la chambre criminelle avait refusé la rétroactivité de ces mesures mais a opéré un revirement de jurisprudence, s'alignant sur la volonté du législateur et sur la jurisprudence constitutionnelle. Crim. 21 janvier 2009, *Bull. Crim.*, n° 24 ; *D.* 2009, p. 1111, note MATSOPOULOU, et Pan., p. 2827, obs. ROUJOU DE BOUBÉE ; *JCP* 2009. II. 10043, note DETRAZ ; *RSC* 2009.136, obs. A. GIUDICELLI. Et crim. 16 décembre 2009, *D.* 2010, p. 144, obs. LÉNA, et p. 471, note PRADEL, et Pan. p. 2734, obs. ROUJOU DE BOUBÉE ; *JCP* G 2010, n°1-2, 15, obs. DETRAZ, et n° 5, 117, note MISTRETTA ; *Gaz. Pal.* 2010. 1. Jur. p. 807, note ROETS, et p. 946, note DETRAZ ; 14 avril 2010, *Gaz. Pal.* 2010. 2. 2388, note DETRAZ.

2719 Crim. 31 octobre 2006, *Bull. Crim.*, n°267 ; *Dr. Pénal* 2007, 7, obs. VÉRON. Voir également l'arrêt de la Cour EDH. CEDH, 17 décembre 2009, n° 5335/06, Bouchacourt c/France, *D.* 2010, *AJ*, p. 93, obs. GACHI.

2720 Crim. 11 juin 1953, *JCP* 1953.II.7708, note BROUCHOT, obs. LÉGAL, *RSC*, 1954, p. 117.

2721 B. BOULOC, *op.cit.*, n° 159, p. 161.

2722 Voir *supra*. Et notamment le caractère inopérant, selon nous, du critère finaliste de la distinction peine/mesure de sûreté.

1284.- Cette solution est contestable dès lors que l'on considère que l'instauration de nouvelles mesures de sûreté fait en réalité connaître une situation plus sévère au condamné (ou relaxé/acquitté pour les personnes pénalement irresponsables), donc dès lors que l'on accepte de reconnaître la dimension afflictive voire punitive de ces mesures²⁷²³ et que l'on admet la frontière entre peine et mesure de sûreté artificielle²⁷²⁴. Cette solution aboutit en fait à une « rétroactivité in *pejus* »²⁷²⁵ et s'inscrit dans le mouvement de perte de sens de la non-rétroactivité dans la rationalité de précaution.

II. LE NON-SENS DU PRINCIPE DE NON RÉTROACTIVITÉ DANS LA RATIONALITÉ DE PRÉCAUTION

1285.- En se préoccupant avec la même intensité autant de l'avenir que du passé (A), et en procédant par mesures de précaution (B), la rationalité de précaution n'accorde pas la même valeur au principe de non rétroactivité. Plus encore, ce principe n'y trouve pas de sens.

A. PRÉOCCUPATION DU FUTUR ET NON RÉTROACTIVITÉ : ANTAGONISMES DES OBJECTIFS

1286.- Le principe de précaution a été consacré dans un contexte de prise de conscience des dangers que peut représenter le progrès pour l'environnement et de la nécessité d'agir pour préserver ce dernier, et ainsi protéger les générations futures²⁷²⁶. La Charte de l'environnement de 2005, qui a constitutionnalisé ce principe, exprime bien cet objectif tourné vers le futur en disposant, en introduction, que « *les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins* ». L'application du principe de précaution au droit pénal est née de la volonté de maîtriser tous les dangers même hypothétiques et futurs afin d'assurer un sentiment de sécurité optimale²⁷²⁷.

2723 Voir *supra*. Voir aussi Damien Roets qui écrit que « les mesures de sûreté, prétendument dépourvues de tout caractère afflictif et infamant, sont *de facto* ressenties comme des peines d'une particulière gravité par les intéressés ». D. ROETS, « L'application de la loi pénale dans le temps et la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 2004. 1991.

2724 Voir *supra*.

2725 Expression utilisée notamment par Damien Roets. D. ROETS, *op.cit.*

2726 Voir *supra* (Introduction).

2727 Voir *supra* (Partie 1, Titre 1, Chapitre 1).

1287.- Dans la rationalité de précaution, le rapport au temps est envisagé d'une manière très différente de celle de la rationalité légale. En effet, en se préoccupant avec la même intensité du futur comme du passé, la rationalité de précaution entretient un rapport au temps non structuré autour de l'instant clé de la commission d'une infraction, laquelle est appréhendée même sans qu'elle soit commise.

1288.- Ainsi, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale n'a pas vraiment lieu de tenir une place centrale dans la rationalité de précaution. Ce principe qui veut que la loi ne s'applique qu'aux faits commis ultérieurement à son entrée en vigueur n'a pas de sens dans une rationalité, dont l'objectif est de donner la capacité au droit pénal d'intervenir dans des situations dont le degré d'incertitude les rend parfois insusceptibles d'être envisagées à l'avance²⁷²⁸.

1289.- L'incertitude propre au principe de précaution, tant dans son déclenchement que dans son contenu²⁷²⁹, se marie mal avec la certitude du principe de légalité et la sécurité juridique induite par son corollaire, la non-rétroactivité de la loi pénale (plus sévère)²⁷³⁰. Comment agir, en effet, face à un danger incertain si l'on doit attendre d'avoir pu le prévoir ? Le principe de précaution impose que l'on agisse lorsqu'un danger est probable, même si sa survenance et/ou ses causes sont incertaines²⁷³¹. Dès lors, ce serait contraire à ce commandement que d'attendre, pour agir, qu'une loi prévoit l'incrimination du fait faisant encourir ce danger.

B. MESURES DE PRÉCAUTION ET NON-RÉTROACTIVITÉ : ANTILOGIE DES MÉTHODES

1290.- L'anticipation de l'avenir suggérée par le principe de précaution s'inscrit donc à contre courant de la logique du principe de non-rétroactivité de la pénale. D'ailleurs, le législateur, influencé par le principe de précaution, a bien tenu compte de ce constat lorsqu'il a instauré des mesures de précaution, applicables immédiatement, c'est-à-dire non soumises au principe de non-rétroactivité de la loi pénale²⁷³². Excepté pour la rétention de sûreté, le

2728 Voir *supra*.

2729 Voir *supra*.

2730 Voir *supra*.

2731 Voir *supra*.

2732 Voir *supra*. Voir Damien Roets qui s'interroge sur ce point : « Comment justifier que, s'agissant de mesures identiques quand à leur contenu [(Voir *supra* sur ce point)], la mise en jeu du principe de non-rétroactivité soit

Conseil constitutionnel a validé cette application immédiate²⁷³³. De même, la chambre criminelle de la Cour de cassation admet la rétroactivité *in pejus* de certaines mesures, à caractère pénal, ne constituant pas des peines *stricto sensu*²⁷³⁴. « Pour ces mesures [de sûreté, caractéristiques de la rationalité de précaution], où il s'agit de faire face à un état dangereux présent et susceptible d'évoluer, on admet [...] que le juge peut utiliser toute mesure de sûreté applicable à cet état dangereux le jour où la décision intervient, la loi applicable étant toujours celle du moment de l'exécution »²⁷³⁵.

1291.- De surcroît, dans une rationalité de précaution, les mesures de précaution visant à parer les risques ne peuvent logiquement pas être soumises au principe de non-rétroactivité, lequel les empêcherait d'atteindre leur but. S'il est logique pour la rationalité de précaution d'éluder le principe de non-rétroactivité, il serait préférable, comme nous l'exprimons plus haut²⁷³⁶, de soumettre les mesures de précaution, comme les peines, à ce principe dont l'application à toute sanction précautionniste contiendrait la précautionnalisation du droit pénal dans des limites plus acceptables.

1292.- L'insertion du droit pénal dans le temps diffère donc de la rationalité moderne à la rationalité de précaution. De la même façon, l'espace temporel créé par le droit pénal lui-même est construit différemment d'une rationalité à l'autre.

conditionnée par l'étiquette que le législateur, dans sa grande générosité, a bien voulu leur donner ? ». D. ROETS, « L'application de la loi pénale dans le temps et la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 2004. 1991. Pour des mesures de sûreté déclarées d'application immédiate par le législateur avant l'avènement des nouvelles mesures de sûreté, qualifiées en cette thèse de mesures de précaution, voir par exemple : J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 4^{ème} édition 2003, p. 131.

2733 Voir *supra*.

2734 Voir *supra* pour la position de la cour de cassation vis-à-vis des nouvelles mesures de sûreté. Voir D. ROETS, *op.cit.* L'auteur cite, par exemple, un arrêt dans lequel la cour de cassation considère que « l'incapacité attachée à certaines condamnations, édictée par le texte régissant les conditions d'accès à la profession d'agent immobilier, ne constitue pas une *peine complémentaire* mais une *mesure de sûreté* qui, dès l'entrée en vigueur de la loi qui l'institue, frappe la personne antérieurement condamnée » (Crim. 26 nov. 1997, précité, *Bull. crim.*, n° 404 ; *D.* 1998, Jur. p. 495, note D. REBUT ; *RSC* 1998, p. 539, obs. B. BOULOC).

2735 B. BOULOC, *op.cit.*, n° 159, p. 161. D'ailleurs, dès les années 1950, la cour de cassation a appliqué immédiatement une mesure de sûreté. Dans l'arrêt du 11 juin 1953, elle applique une mesure d'éducation à un mineur ayant commis une infraction antérieurement au texte prévoyant cette mesure (Crim. 11 juin 1953, *JCP* 1953.II.7708, note BROUCHO, obs. LEGAL, *RSC* 1954, p. 117). Certains commentateurs ont estimé que cette solution s'expliquait par le caractère plus doux de la mesure. Or, avant le texte dont l'application était, en l'espèce, questionnée, aucune mesure n'aurait pu être prise. Dès lors, on ne peut pas se retrancher derrière le caractère plus doux pour expliquer la solution de la cour de cassation. C'est seulement parce que cette mesure ne constitue pas une peine qu'elle a été appliquée à des faits commis antérieurement à son instauration. B. BOULOC, *op.cit.*, n° 159 *in fine*, p. 161 ; C. PORTERON, « Lois et décrets », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, juin 2002, dernière mise à jour juin 2012, Chapitre 2, Section 1, Article 2, n° 146.

2736 Voir *supra* (Chapitre précédent).

SECTION 2 : LA TEMPORALITÉ PÉNALE DE LA RATIONALITÉ MODERNE A LA RATIONALITÉ DE PRÉCAUTION

1293.- La comparaison entre les rationalités pénale moderne et de précaution fait apparaître deux temporalités très différentes. Chacune de ces rationalités fonctionne sur une échelle du temps particulière, dans une temporalité particulière. L'étude d'un système, d'une rationalité, d'une manière de fonctionner suppose aussi la compréhension de l'appréhension du temps par le système analysé. Une rationalité fonctionne sur un temps donné, dans une conception précise du temps. Elle s'organise, temporellement, autour d'un instant clé. Aussi, le passage d'une rationalité pénale à une autre bouleverse tout naturellement cette temporalité préétablie. Plus exactement, l'émergence d'une nouvelle rationalité peut modifier substantiellement l'échelle du temps de référence.

1294.- La rationalité pénale moderne s'est construite autour du principe légaliste²⁷³⁷, plaçant à son centre l'infraction prévue par la loi. Aussi, elle s'organise autour de l'instant clé qu'est la commission de l'infraction (I). La rationalité pénale de précaution s'éloigne, sans toutefois le détruire totalement, du principe légaliste²⁷³⁸. Elle considère le danger potentiel tout autant que le danger accompli²⁷³⁹ et la potentialité d'infraction tout autant que la commission effective d'infraction. Par conséquent, elle ne prend pas pour point de départ essentiel et unique la commission passée de l'infraction mais se focalise aussi et essentiellement sur l'avenir indéterminé. En cela, la temporalité de la rationalité pénale de précaution est une temporalité d'anticipation (II).

I. LA TEMPORALITÉ DANS LA RATIONALITÉ PÉNALE MODERNE : UNE TEMPORALITÉ SE RÉFÉRANT À L'INSTANT DE L'INFRACTION

1295.- La temporalité dans la rationalité pénale moderne a pour point de départ la commission de l'infraction. Nous rappellerons brièvement l'échelle du temps utilisée, avec

2737 Voir *supra*.

2738 Voir *supra*.

2739 Voir *supra*.

ses différents moments clés (A). En outre, la temporalité pénale moderne étant bornée par la commission de l'infraction et l'exécution de la peine, possède une autre limite dessinée par le concept de prescription (B).

A. LE TEMPS DU PROCÈS PÉNAL DANS LA RATIONALITÉ PÉNALE MODERNE

1296.- Dans la rationalité pénale moderne, le temps du procès pénal (*lato sensu*) est scandé par différentes étapes, le point de repère étant la commission de l'infraction (1). Cette temporalité est donc délimitée, ce qui en fait une temporalité fermée (2).

1) Les différentes étapes du processus pénal

1297.- Dans la rationalité pénale moderne, le processus pénal suit un cheminement prédéterminé, avec des étapes qui ponctuent son déroulement. Plusieurs phases peuvent être identifiées, le moment déclencheur du processus étant la commission d'une infraction. Nous nous contenterons de rappeler brièvement ces différentes étapes, renvoyant aux manuels et traités sur ce point²⁷⁴⁰.

1298.- Au cours de l'enquête policière, les officiers de police judiciaire (secondés par les agents de police judiciaire), sous le contrôle du procureur de la République, enquêtent sur la commission de l'infraction²⁷⁴¹. L'enquête peut être de flagrance ou préliminaire²⁷⁴². A la fin de l'enquête, intervient le procureur de la République qui décide de l'orientation de l'affaire²⁷⁴³ (classement sans suite, alternative aux poursuites, poursuite²⁷⁴⁴). La loi du 15 août 2014 instaure la possibilité pour l'officier de police judiciaire de transiger²⁷⁴⁵, sur autorisation du procureur de la République, avec les personnes physiques et morales avant

2740 Principalement, F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, Corpus Droit Privé, 2009 ; S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, Lexis Nexis, Litec, 5^{ème} édition, 2009.

2741 F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *op.cit.*, p. 551s.

2742 *Ibid.*, p. 940s.

2743 *Ibid.*, p. 707s.

2744 Article 40-1 du code de procédure pénale qui pose ce principe de l'opportunité des poursuites.

2745 La transaction est autorisée par le procureur de la République, proposée par l'officier de police judiciaire et acceptée par l'auteur de l'infraction. Ensuite, elle est homologuée par le président du tribunal de grande instance ou un juge par lui désigné. L'auteur peut être entendu assisté de son avocat. Voir article 41-1-1 nouveau du code pénal (créé par l'article 35 de la loi du 15 août 2014), alinéa 9.

que les poursuites soient engagées²⁷⁴⁶. Cette possibilité est ouverte pour certaines infractions telles que les contraventions et les délits punis d'une peine d'amende mais également ceux punis d'une peine d'un an d'emprisonnement²⁷⁴⁷.

1299.- Dans le cas où le procureur de la République décide de poursuivre, une information judiciaire peut être ouverte (obligatoire en matière criminelle, facultative en matière délictuelle)²⁷⁴⁸. Au cours de l'information judiciaire, le juge d'instruction enquête à charge et à décharge²⁷⁴⁹. Il est saisi *in rem* et non *in personam*. Il peut procéder lui-même ou enjoindre à des OPJ de procéder, sur commission rogatoire, à tout acte qu'il juge utile à la manifestation de la vérité. A la fin de l'instruction, le juge rend une ordonnance de clôture d'instruction, puis de renvoi (devant le tribunal correctionnel) ou de mise en accusation (devant la cour d'Assises), ou, s'il estime qu'il n'y a pas lieu à poursuivre, une ordonnance de non-lieu²⁷⁵⁰ (ou encore une ordonnance de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental lorsque l'auteur des faits est estimé irresponsable²⁷⁵¹). Ensuite, les faits sont jugés par une juridiction de jugement²⁷⁵². S'il n'y a ni relaxe, ni acquittement, une peine est prononcée et l'on entre alors dans la dernière phase du processus pénal qui est celle de l'exécution de la peine. Au cours de cette phase, le JAP ou le TAP interviennent, notamment pour accorder des aménagements de peine²⁷⁵³. A la fin de la peine, le condamné quitte, en principe, le processus pénal.

2) Une temporalité fermée

1300.- Ainsi, la temporalité de la rationalité pénale moderne fonctionne de manière linéaire. Elle débute par la commission de l'infraction et se clôt par la fin de la peine. En principe, une fois que l'individu a purgé sa peine, il est considéré comme ayant payé sa dette à la société, cette idée étant en relation avec la rétribution comprise comme la finalité première de la peine dans la rationalité moderne²⁷⁵⁴.

2746Article 41-1-1 nouveau du code pénal (créé par l'article 35 de la loi du 15 août 2014).

2747Voir article précité.

2748F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *op.cit.*, p. 996s.

2749*Ibidem*.

2750*Ibid.*, p. 1030.

2751Voir *supra* sur ce point.

2752F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *op.cit.*, p. 445 sur la compétence matérielle des différents tribunaux.

2753*Ibid.*, p. 451s.

2754Sur la rétribution, finalité de la peine, voir *supra* (Chapitre précédent).

1301.- Par ailleurs, même si l'individu n'a pas été condamné ou bien n'a pas purgé effectivement sa peine, le droit pénal moderne prévoit que le temps pénal s'arrête. En effet, l'article 6 du code de procédure pénale prévoit des causes d'extinction de l'action publique : « *L'action publique s'éteint par la mort du prévenu, la prescription, l'amnistie, l'abrogation de la loi pénale et la chose jugée* ». Nous nous pencherons sur le cas où le temps pénal se clôt par l'écoulement de la prescription, véritable institution de la rationalité pénale moderne.

B. LA NOTION DE PRESCRIPTION AU CŒUR DE LA TEMPORALITÉ PÉNALE MODERNE

1302.- A côté de deux autres manières principales de clore le temps pénal (l'exécution de la peine²⁷⁵⁵ et l'amnistie²⁷⁵⁶), la prescription est une institution en droit pénal qui donne une limite temporelle à la justice (1), cette limite étant justifiée par divers fondements (2).

1) La prescription : Un principe fondamental limitant l'action pénale dans le temps

De manière générale et au sens du droit civil, la prescription « *est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps* » (article 2219 du code civil). Après ce premier sens, le Dictionnaire de Vocabulaire juridique ajoute une seconde acception, qui concerne aussi bien la procédure civile que la procédure pénale : la prescription est « un mode de l'extinction de l'action en justice résultant du non-exercice de celle-ci avant l'expiration d'un délai fixé par la loi »²⁷⁵⁷. Une autre définition définit la prescription comme « un mode d'extinction qui affectant l'exécution d'une condamnation pénale empêche que celle-ci soit exécutée lorsqu'elle n'a pu l'être pendant un certain laps de temps déterminé par la loi »²⁷⁵⁸.

1303.- Ainsi, en matière pénale, on distingue deux types de prescription : la prescription de l'action publique et la prescription de la peine. La notion de prescription de

2755 Voir *supra*.

2756 Voir, sur l'amnistie, not. Y. MAYAUD, *op.cit.*, n° 571, p. 653.

2757 G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique, op.cit.*, à « prescription ». Sur la prescription, voir not. S. GRUNVALD, M. HERZOG-EVANS, Y. LE GALL, *Prescription, amnistie et grâce en France.*, Dalloz, 2008.

2758 G. CORNU, *op.cit.*

l'action publique signifie que « passé un certain délai fixé par la loi et durant lequel l'action publique n'a pas été intentée, il n'est plus possible de poursuivre le délinquant et l'infraction va rester impunie »²⁷⁵⁹. Elle est « une cause d'extinction de l'action publique par l'effet de l'écoulement d'une période de temps depuis le jour de la commission de l'infraction »²⁷⁶⁰. Celle de prescription de la peine signifie que « lorsqu'un certain délai, fixé par la loi, s'est écoulé depuis la condamnation sans que la peine définitivement prononcée n'ait été exécutée, il n'est plus possible de procéder à son exécution »²⁷⁶¹.

1304.- Les délais de ces deux types de prescription sont prévus pas le code de procédure pénale. Les délais de prescription de l'action publique sont de dix ans en matière criminelle (article 7 du code de procédure pénale), de trois ans en matière de délit (article 8 du même code) et d'un an en matière de contravention (article 9 du même code). Seuls certains crimes sont imprescriptibles tels que les crimes contre l'humanité²⁷⁶². Et la loi prévoit, pour certaines infractions, des délais spéciaux plus courts²⁷⁶³ et pour certaines infractions graves, des délais plus longs²⁷⁶⁴. Aussi, la prise en compte de la minorité des victimes de certaines infractions a conduit le législateur à allonger le délai de prescription²⁷⁶⁵. L'existence de tels régimes dérogatoires concernant la prescription de certaines infractions ou en fonction du jeune âge de la victime conduit à s'interroger sur l'objet de politique criminelle que devient la prescription, son allongement pouvant alors signifier qu'elle constitue « une échelle de gravité des infractions »²⁷⁶⁶.

2759G. LOPEZ et S. TZITZIS (dir.), *Dictionnaire des sciences criminelles, op.cit.*, à « prescription », p. 730.

2760F. DESPORTES ET L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op.cit.*, n° 966, p. 6030.

2761G. LOPEZ et S. TZITZIS (dir.), *Dictionnaire des sciences criminelles, op.cit.*, à « prescription », p. 733.

2762Article 213-5 du code pénal.

2763Notamment pour les infractions en matière de presse, la loi prévoit un délai de trois mois (article 65 de la loi du 29 juillet 1881) et pour les infractions relatives au code électoral, un délai de 6 mois (article L. 114 du code électoral). S'agissant de la prescription des infractions en matière de presse, la loi du 9 mars 2004 a rallongé le délai pour la diffamation et l'injure à caractère racial, ethnique et religieux ainsi que pour la provocation à des discriminations à caractère racial, ethnique et religieux et pour la contestation de crimes contre l'humanité. Pour ces infractions, le délai de prescription de l'action publique est désormais d'un an (ce qui est toujours plus court que le délai de droit commun).

2764En matière de terrorisme et de trafic de stupéfiants, la prescription est de trente ans pour les crimes et de vingt ans pour les délits (articles 406-25-1 et 106-31 du code de procédure pénale).

2765Depuis la loi du 9 mars 2004, les crimes visés par l'article 706-47 du code de procédure pénale, lorsqu'ils sont commis à l'encontre de mineurs, se prescrivent par vingt ans, et les délits visés par ce même article commis à l'encontre de mineurs se prescrivent par dix ans. Les crimes visés sont le meurtre ou l'assassinat précédé ou accompagné d'un viol, les tortures ou actes de barbarie, le viol simple et le viol aggravé (voir articles 222-23 à 222-26 du code pénal). Les délits visés sont les agressions sexuelles, les atteintes sexuelles et le recours à la prostitution d'un mineur (voir les articles 222-27 à 222-31, 2225-15-1 et 227-22 à 222-27 du code pénal).

2766J. DANET, « La prescription de l'action publique, un enjeu de politique criminelle », *Archives de politique criminelle*, n°28, 1/ 2006, pp. 73-93.

1305.- Le point de départ du délai de prescription est, en principe, le jour de commission de l'infraction²⁷⁶⁷. Mais certaines règles, notamment d'origine jurisprudentielle, repoussent, pour certaines infractions touchant principalement au droit pénal des affaires, ce point de départ au jour où l'infraction a pu être connue²⁷⁶⁸. Cela concerne des infractions qui, de part leur caractère dissimulé, ne peuvent raisonnablement être découvertes au jour de leur commission. Également, en cas d'infractions continues, le point de départ du délai de prescription de l'action publique est repoussé au jour où l'acte a cessé²⁷⁶⁹, et en cas d'infractions d'habitude, il est fixé au jour du dernier acte accompli. Enfin, s'agissant des crimes et délits évoqués *supra*²⁷⁷⁰ commis à l'encontre de mineurs, la loi prévoit que la prescription de l'action publique ne commence à courir qu'à partir de la majorité de la victime²⁷⁷¹.

1306.- En ce qui concerne la prescription des peines, les délais sont de vingt ans pour les crimes (article 133-2 du code pénal), de cinq ans pour les délits (article 133-3 du code pénal), et de trois ans pour les contraventions (article 133-4 du code pénal). Comme pour la prescription de l'action publique, des règles particulières ont été prévues pour le terrorisme et le trafic de stupéfiants dont les peines se prescrivent par 30 ans s'agissant des crimes et 20 ans s'agissant des délits²⁷⁷², et certaines peines sont imprescriptibles, notamment celles prononcées pour crimes contre l'humanité²⁷⁷³. En principe, la prescription court à partir du jour où la condamnation est devenue définitive.

2767NB : pour les infractions de résultat, le point de départ sera le jour de la réalisation du dommage comme en témoigne la jurisprudence relative à l'homicide involontaire qui prend comme point de départ le jour du décès. Crim. 4 novembre 1999, *Bull. Crim.* n° 248.

2768A propos des infractions « clandestines », la jurisprudence a affirmé que le point de départ de la prescription de l'action publique était repoussé au jour où l'infraction a pu être constatée dans des conditions permettant à l'action publique de s'exercer. Voir not. Crim. 4 janvier 1935, *Gaz. Pal.* 1935, 1, p. 353 (abus de confiance) ; Crim. 10 août 1981, *Gaz. Pal.* 1981, 2, p. 696 (abus de bien sociaux). Cette solution a été vivement critiquée par une partie de la doctrine qui y voit une sorte de « quasi imprescriptibilité ». Aussi, la jurisprudence a modifié sa position en fixant le point de départ de la prescription de l'abus de bien sociaux au jour « sauf dissimulation, de la présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses litigieuses sont mises indûment à la charge de la société. Crim. 5 mai 1977, *Bull. Crim.* n° 159 ; Crim. 13 octobre 1999, *Droit pénal* 2000, comm. 17 ; Crim. 27 juin 2001, *Bull. Crim.*, n° 164 ; Crim. 10 avril 2002, *D.* 2002, *AJ*, p. 2408 ; Crim. 24 février 2004, *Dr. Pénal* 2004, n° 115. Sur ce point, voir G. LOPEZ, S. TZITZIS (dir.), *op.cit.*, p. 732 ; G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, Coll. Mémentos, 6^{ème} édition, 2006, p. 109 ; A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, LexisNexis, Litec, 2008, p. 78 .

2769Selon la jurisprudence, la prescription démarre au jour où l'acte délictueux cesse « dans ses actes et dans ses effets ». Crim. 19 février 1957, *Bull. Crim.* n° 166.

2770Voir note 564.

2771Articles 7 alinéa 3 et article 9 aliéna 2 du code de procédure pénale. Sur ce point, voir not. F. FOURMENT, *Procédure pénale*, Orléans, Paradigme, 2007, n° 371, p. 176.

2772Article 706-25-1 et 706-31 du code de procédure pénale.

2773Article 213-5 du code pénal.

1307.- Avant d'analyser la temporalité dans la rationalité de précaution, il est nécessaire d'évoquer les fondements de la prescription.

2) Les fondements de la prescription

1308.- La prescription est justifiée par des explications pratiques (**a**) mais elle est également fondée par des justifications philosophico-morales mettant en avant un « droit à l'oubli » (**b**). Nous verrons que ce droit à l'oubli est mis à l'épreuve dans la rationalité de précaution²⁷⁷⁴.

a) Les explications pratiques

1309.- On relève des explications exclusivement pratiques comme le risque de dépérissement des preuves (**α**) et des explications à la fois pratiques et éthiques telles que l'évitement de la négligence des autorités de poursuite (**β**).

α) Le dépérissement des preuves

1310.- Le temps peut avoir des effets matériels sur les preuves. Ces dernières peuvent disparaître avec le temps ou se trouver dans un état tel qu'il n'est plus possible de les exploiter. La prescription a donc pour justification l'évitement de la disparition (naturelle ou provoquée) ou de la dégradation des preuves, et ainsi également l'évitement du risque d'erreur judiciaire²⁷⁷⁵. Des auteurs relèvent cependant l'obsolescence de cette justification de la prescription en raison des nouvelles connaissances scientifiques, notamment celles liées à l'ADN, qui permettent, aujourd'hui, de retrouver des indices des années après²⁷⁷⁶.

²⁷⁷⁴Voir *supra*.

²⁷⁷⁵C. HARDOUIN-LE GOFF, *L'oubli de l'infraction*, L.G.D.J Lextenso-éditions, Coll. Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 44, 2008, n° 233s, p. 13s..

²⁷⁷⁶En ce sens, F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *op.cit.*, n° 971, p. 632.

β) La diligence des autorités de poursuite

1311.- Aussi, la notion de prescription sous-entend un devoir pour les autorités publiques d'agir vite dans leur travail de manifestation de la vérité, préalable à tout procès pénal²⁷⁷⁷. Elle encourage donc les autorités de poursuite à être diligentes²⁷⁷⁸. La prescription est alors une « sanction naturelle de l'inertie, voire de la carence, des personnes et autorités en charge de la poursuite ou de la recherche de la vérité »²⁷⁷⁹. La prescription est la manifestation d'« une volonté d'oubli là où la justice n'a pas fait le nécessaire pour parvenir à une promptitude ou à une célérité suffisante d'application »²⁷⁸⁰.

1312.- En dehors de ces explications, la prescription, dans son essence-même, laisse entendre que le temps aurait des vertus d'effacement de la souffrance des victimes, du trouble causé et de la dette contractée par l'auteur.

b) Le « droit à l'oubli »

1313.- François Ost considère le droit comme un outil de lutte contre la « négativité du temps »²⁷⁸¹. Le droit institue « un temps juridique établi à contretemps et rectifiant l'œuvre d'oubli du temps de nature »²⁷⁸². Ainsi, en droit pénal, des principes comme celui de non-rétroactivité de la loi pénale témoignent de cette fonction du droit. Mais comme le souligne Carole Hardouin-Le Goff, auteure d'une thèse sur l'oubli de l'infraction, « le droit pénal est pas principe mémoire »²⁷⁸³. Elle poursuit : « si le droit, et en particulier le droit pénal, est par principe mémoire, l'inéluctable dialectique de la mémoire et de l'oubli n'impose-t-elle pas qu'il soit aussi oublié ? »²⁷⁸⁴. « Contre l'idée dogmatique de la continuité de la règle, il faut admettre en effet des éclipses de la juridicité, des baisses de la pression juridique [...]. L'oubli en somme, ne serait qu'une parenthèse dans la continuité du droit »²⁷⁸⁵.

2777 Voir *supra* sur les différentes étapes du procès pénal.

2778 Sur la sanction de la négligence du ministère public par la prescription, voir not. C. HARDOUIN-LE GOFF, *op.cit.*, n° 228s, p. 112.

2779 F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *op.cit.*, n° 972, p. 632.

2780 Y. MAYAUD, *op.cit.*, n° 568, p. 651.

2781 F. OST, *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999, p. 10.

2782 Carole Hardouin-Le Goff qui retranscrit ici la pensée de François Ost. C. HARDOUIN-LE GOFF, *op.cit.*, p. 12.

2783 *Ibid.*, p. 13. Le droit pénal est mémoire par la conservation du passé des délinquants notamment.

2784 *Ibidem*.

2785 F. OST, *op.cit.*, p. 76. Cité par C. HARDOUIN-LE GOFF, *op.cit.*, p. 13.

1314.- Le droit à l'oubli, dont l'expression a été utilisée pour la première fois par Gérard Lyon-Caen²⁷⁸⁶, peut se manifester de deux manières différentes. D'abord, la société a le droit d'oublier les maux qu'elle a subi. La prescription poursuit alors l'objectif de pérenniser la paix sociale retrouvée avec le temps. Rien ne sert de raviver les maux et le désordre si le temps a pu les effacer, en tout cas les diminuer (α). Mais surtout, le droit à l'oubli est accordé à l'auteur de l'infraction (β). Il est considéré que pendant le délai de prescription de l'action publique, ce dernier a suffisamment souffert de la faute qu'il a commise, en se repentant personnellement ou en ayant craint la condamnation. En ce sens, la notion de prescription prend une valeur humaniste et philanthrope que certains auteurs dénoncent²⁷⁸⁷.

α) Le droit à l'oubli en faveur de la paix sociale

1315.- La chambre criminelle de la Cour de cassation précise que la prescription de l'action publique « ôte aux faits poursuivis tout caractère délictueux »²⁷⁸⁸. Ainsi, il est considéré, que passé un certain temps, les faits ne sont plus, au regard de la société, délictueux et ne méritent plus sanction. Ils sont donc oubliés.

1316.- Carole Hardouin-Le Goff évoque un « oubli collectif si nécessaire et si précieux, qui poussera la société, mise face à l'infraction venant troubler l'ordre public, à renoncer à l'action publique dont elle seule peut disposer »²⁷⁸⁹. Frédéric Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer évoquent cet argument de l'oubli collectif : « La répression perdrait sa raison d'être avec le temps en raison de l'apaisement progressif du trouble causé par l'infraction, peu à peu oubliée »²⁷⁹⁰.

2786G. LYON-CAEN, note sous TGI Seine, 4 octobre 1965, *JCP* 1966, II, 14482.

2787Voir not. Frédéric Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer qui évoquent « l'insomnie de vingt ans » et qui écrivent que « ce postulat, qui vaut surtout pour les auteurs des crimes les plus graves, laisse cependant un peu incrédule. En tout état de cause, aussi pénible soit-elle, cette insomnie ne figure pas dans l'échelle des peines criminelles et n'apparaît tout de même pas comme l'exact équivalent d'une condamnation pénale ». F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *op.cit.*, n° 969, p. 631. A. VITU, *Traité de droit criminel, op.cit.*, tome 2, p. 66. Voir surtout pour un regard très critique de cette justification de la prescription, CH. MUTEAU, *De la prescription de l'action publique et de l'action civile en matière pénale*, Paris, Ed. Chevalier-Maresq, 1895, p. 6. Cité par C. HARDOUIN-LEGOFF, *op.cit.*, n° 212, p. 107.

2788Crim. 27 octobre 1993, *Bull. Crim.* n° 320 ; Crim. 30 octobre 2001, *Bull. Crim.* n°224. Voir F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *op.cit.*, n° 966, p. 630. Les auteurs précisent que les faits peuvent cependant être évoqués pour apprécier d'autres infractions non prescrites (en référence à l'arrêt de la chambre criminelle du 19 septembre 1996, *Bull. Crim.* n° 327).

2789C. HARDOUIN-LE GOFF, *op.cit.*, p. 15.

2790F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *op.cit.*, n° 970, p. 631.

1317.- Ainsi, la prescription serait donc une institution visant à préserver l'apaisement social favorisé par l'écoulement du temps. De plus, elle inaugure une sorte de droit à l'oubli pour l'auteur de l'infraction.

β) Le droit à l'oubli bénéficiant à l'auteur de l'infraction

1318.- Le « droit à l'oubli » n'est pas consacré par les textes mais certains auteurs estiment que le droit d'être oublié doit exister au nom des libertés publiques²⁷⁹¹.

1319.- La jurisprudence civile, quant à elle, a reconnu l'existence d'un « droit à l'oubli » pour les « condamnés qui ont payé leur dette à la société et tentent de s'y réinsérer »²⁷⁹². Bernard Teyssié, pour lequel le droit à l'oubli est en lien avec l'honneur, estime que « rappeler, sans motif sérieux, des fautes qui ont donné lieu à châtiment, au risque de mettre en péril la réinsertion sociale de leur auteur, et alors que ce dernier aspire au silence, est inadmissible »²⁷⁹³.

1320.- Mais pour ceux qui n'ont pas été condamnés car n'ont pas été poursuivis, la prescription leur accorde en quelque sorte aussi un droit à l'oubli. Deux principales justifications de cet oubli accordé au délinquant par la société ont été avancées. D'abord, il est exposé que le délinquant a déjà subi une sorte de punition pendant le délai de prescription. Hoorebeke écrit que « Les appréhensions, les angoisses du coupable pendant le temps considérable durant lequel l'action pénale est admise, sont une exception à la règle qui veut que la loi pénale reçoive son application »²⁷⁹⁴. Ensuite, il est avancé que le délinquant s'est amendé pendant le temps de la prescription. Carole Hardouin-Le Goff évoque alors « une présomption d'amendement du coupable »²⁷⁹⁵. Aussi, pendant l'écoulement du délai de

²⁷⁹¹J. RAVANAS, note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 20 novembre 1990, *JCP* 1992, II, 21908 ; P. KAYZER, *La protection de la vie privée par le droit*, PUAM, 3^{ème} éd., 1995, n° 177, p. 329 ; C. COSTAZ, « Le droit à l'oubli », *Gaz. Pal.* 1995, 2, Doctr., p. 961.

²⁷⁹²TGI Paris, 20 avril 1983, Mme M... contre M. Filipacchi et soc. Cogedipresse, *JCP* 1985, II, 20434, note R. LINDON. Voir aussi TGI Paris, 25 mars 1987, *D.* 1988, somm. Comm., p. 198, obs. D. AMSON ; TGI Paris, 18 décembre 1991, *Gaz. Pal.* 1992, 1, p. 347 ; TGI Paris, 9 décembre 2002, *D.* 2003, p. 1715, note CH. CARON ; CA Paris, 14 novembre 2002, *Gaz. Pal.* 2003, p. 1048, note D. AMSON. Cités par C. HARDOUIN-LE GOFF, *op.cit.*, p. 15.

²⁷⁹³B. TEYSSIÉ, *Droit civil. Les personnes*, Paris, Litec, 10^{ème} édition, 2007, n° 36, p. 44. Cité par C. HARDOUIN-LE GOFF, *op.cit.*, p. 15.

²⁷⁹⁴HOOREBEKE, *Traité des prescriptions en matière pénale*, cité par H. MOAZZAMI, *La prescription de l'action pénale en droit français et en droit suisse*, Thèse, Genève, 1952. Cité par C. HARDOUIN-LE GOFF, *op.cit.*, n° 212, p. 107.

²⁷⁹⁵C. HARDOUIN-LE GOFF, *op.cit.*, p. 108, n° 214, p. 108.

prescription, le délinquant a déjà subi une certaine punition qu'il s'est en quelque sorte auto-infligée. S'il s'est amendé ou bien encore si son identité personnelle s'est modifiée²⁷⁹⁶, il peut être oublié.

1321.- Cet oubli bénéficiant à l'auteur de l'infraction est proche de l'idée de pardon, comme le souligne Caroline Gatto, auteure d'une thèse sur le pardon en droit pénal²⁷⁹⁷. Et Sophie Bouhnik-Lanvagna, auteure d'une thèse sur le même sujet, différencie le pardon octroyé (amnistie, gr ce) du pardon imposé et estime que la prescription est un cas de pardon imposé par la loi. Selon elle, ce pardon est immoral car ne prend en considération que l'intérêt soit de la société soit du délinquant, mais cette immoralité connaît tout de même une limite morale avec l'imprescriptibilité de certains crimes²⁷⁹⁸.

1322.- Aussi, d'un point de vue philosophique et ainsi que l'explique Jacques Derrida dans un entretien consacré au pardon²⁷⁹⁹, il existe deux formes de pardon : un pardon inconditionnel, celui qui pardonne l'impardonnable, un pardon du cœur, un pardon pur, adressé à l'homme coupable et sa faute en tant que tels ; et un pardon conditionnel, qui nécessite avant qu'il soit accordé, une entente préalable, une reconnaissance par l'autre de sa faute, une rédemption. Le premier pardon est qualifié d'hyperbolique, le second est du domaine de la politique, au sens large, dans la mesure où il suppose une sorte de dialogue entre le pardonnant et le pardonné et qu'il s'inscrit dans un processus de réconciliation. La pureté du pardon inconditionnel ou hyperbolique se mesure à son absence de sens, de finalité, d'objectif : il pardonne simplement et radicalement, sans entente particulière. Le pardon conditionnel ou politique, quant à lui, poursuit des objectifs qui peuvent être l'accompagnement à la réinsertion, par exemple, ou s'inscrire dans une stratégie géopolitique. Il pardonne pour. Que la prescription fasse référence à l'une ou l'autre forme de pardon décrites par Jacques Derrida, beaucoup d'auteurs reconnaissent dans tous les cas qu'elle sous-tend une idée de pardon.

2796 Voir sur cette théorie des modifications de l'identité personnelle, G. DE TARDE, *La philosophie pénale*, Paris, Ed. A. Maloine, 4^{ème} édition, 1903, p. 132 ; C. HARDOUIN-LE GOFF, *op.cit.*, n° 218, p. 109.

2797 C. GATTO, *Le pardon en droit pénal*, Thèse de doctorat en Droit privé et sciences criminelles, sous la direction de Roger Bernardini, Université Nice-Sophia Antipolis, PUAM, 2012.

2798 S. BOUHNİK-LAVAGNA, *Le pardon en droit pénal*, Thèse de doctorat, sous la direction de Roger Bernardini, Université de Nice, 1998, Éditeur Villeneuve d'Ascq du Septentrion, 2003.

2799 J. DERRIDA, « Le siècle et le pardon », *Le Monde des Débats*, décembre 1999.

1323.- Selon Vladimir Jankévitch, certains crimes ne peuvent être pardonnés d'où leur imprescriptibilité²⁸⁰⁰. L'auteur ajoute que le pardon suppose la reconnaissance par l'autre de sa faute, son désir de se repentir et donc estime qu'il faut, pour que le pardon puisse exister, que l'autre l'ait, au préalable, demandé²⁸⁰¹. Cette vision est contestée par Jacques Derrida, en référence à son idéal du pardon, inconditionnel, pur et infini²⁸⁰². Et force est de constater que le concept de prescription s'affranchit de cette demande préalable par le délinquant à être pardonné. Si l'on considère que la prescription accorde une forme de pardon, le délinquant est pardonné tel quel, sans preuve de sa volonté d'être pardonné et de se repentir.

1324.- Pour Caroline Gatto, on peut distinguer dans le pardon juridique deux types de pardons : le pardon impunité, qui n'est pas compatible avec une norme pénale crédible et le pardon resocialisation, qui devrait être développé²⁸⁰³. La prescription relèverait donc d'abord du pardon impunité car elle conduit à l'impunité de l'auteur d'une infraction, mais on peut aussi affirmer, dans une certaine mesure, qu'elle emprunte au pardon resocialisation, si l'on se réfère à la présomption d'amendement évoquée plus haut.

1325.- Quelle que soit la forme de pardon que l'on reconnaît dans le droit à l'oubli sous-jacent à la notion de prescription, ce pardon est fondé sur une faute passée. Dans la rationalité pénale moderne, la temporalité est une temporalité « passéiste », qui prend pour référence exclusive le passé. La rationalité pénale de précaution construit une temporalité qui, au contraire, a pour référence l'avenir et qui peut ainsi être qualifiée de temporalité d'anticipation.

II. LA TEMPORALITÉ DANS LA RATIONALITÉ PÉNALE DE PRÉCAUTION : UNE TEMPORALITÉ D'ANTICIPATION

1326.- Alors que la temporalité de la rationalité pénale moderne se conçoit uniquement à partir de la commission d'une infraction comme point de départ²⁸⁰⁴, celle de la

2800V. JANKÉVITCH, *L'imprescriptible. Pardonner? Dans l'honneur et la dignité*, Seuil, 1986 et V. JANKÉVITCH, « L'imprescriptible », *La Revue administrative*, 1965, pp. 37-42.

2801 *Ibidem*.

2802J. DERRIDA, *op.cit.*

2803C. GATTO, *op.cit.*

2804 Voir *supra* (Section précédente).

rationalité pénale de précaution est presque entièrement tournée vers l'avenir. Elle est ainsi une temporalité d'anticipation. Elle se caractérise par la création d'une nouvelle étape dans le processus pénal qui, à la fois, ferme et ouvre la boucle de précaution **(A)** et donc par son caractère ouvert **(B)**, qui la distingue ainsi nettement de la temporalité fermée de la rationalité moderne²⁸⁰⁵.

A. LA CRÉATION D'UNE NOUVELLE ÉTAPE DANS LE PROCESSUS PÉNAL : L'APRÈS PEINE QUI « BOUCLE LA BOUCLE »

1327.- La rationalité pénale de précaution suppose la création d'une nouvelle étape dans le processus pénal. Si la rationalité moderne n'a de sens que parce qu'il y a eu infraction, la rationalité de précaution n'est pas toujours, quant à elle, dépendante de la constatation d'une violation de la loi **(1)**. Aussi, sous l'influence du principe de précaution a émergé une nouvelle étape dans le processus pénal **(2)**.

1) Un droit pénal de précaution agissant indépendamment de la constatation d'une violation de la loi

1328.- Dans la rationalité pénale de précaution, le processus pénal peut s'amorcer avant même la commission d'une infraction **(a)**. Aussi, sont prévues des mesures de précaution à caractère pénal en dehors de toute infraction, du moins non rattachables de manière directe et certaine à une infraction **(b)**.

a) L'amorce du processus pénal en amont de la commission d'une infraction

1329.- Comme nous l'avons vu à maintes reprises, sous l'influence du principe de précaution, le droit pénal devient un droit de la dangerosité²⁸⁰⁶, s'éloignant parfois de l'exigence de culpabilité²⁸⁰⁷ qui sous-entend la commission préalable d'une infraction.

2805 Voir *supra*.

2806 Voir *supra*.

2807 Voir *supra*.

b) Les différentes mesures à caractère pénal applicables indépendamment de la commission d'une infraction

1330.- Les nouvelles mesures de sûreté, qui prétendent n'être pas liées à une infraction mais seulement à la dangerosité et au risque de récidive, constituent donc des mesures indépendantes de la commission d'infraction²⁸⁰⁸. Le législateur a insisté sur la dangerosité comme fondement de ces mesures²⁸⁰⁹ et le Conseil constitutionnel a affirmé que ces mesures sont résolument tournées vers l'avenir, induisant qu'elles n'ont pas vocation à s'intéresser au passé²⁸¹⁰. Même si nous avons, dans nos analyses précédentes, établi, un lien (en pointillés) entre ces mesures et la violation (passée ou redoutée) de la loi pénale, le législateur et la jurisprudence constitutionnelle, quant à eux, ont toujours fondé leur appréciation sur un raisonnement inverse consistant à nier toute existence de ce lien.

1331.- Cette action du droit pénal et de ces mesures pénales, qui interviennent en dehors de la commission d'infraction et après l'exécution de la peine, autorise à affirmer qu'il existe aujourd'hui, dans la rationalité pénale de précaution, un nouvelle étape dans le processus pénal.

2) L'identification d'une nouvelle étape inconnue de la schématisation traditionnelle du procès pénal

1332.- On peut désormais ajouter aux étapes traditionnelles du processus pénal étudiées plus haut²⁸¹¹ une nouvelle étape qui est une étape post-peine. Le temps de cette nouvelle phase est indéterminé, dans la mesure où elle peut se renouveler sans cesse. En effet, les mesures de précaution utilisées dans cette phase sont renouvelables et, s'agissant de la rétention de sûreté, le renouvellement n'est pas limité²⁸¹². Cette phase forme la boucle de précaution. Dans le cas où il y a récidive, elle se réenclenche sur une nouvelle boucle. Ainsi, l'auteur récidiviste ne sort jamais du système pénal.

2808 Avec la nuance apportée *supra* car on peut finalement toujours observer un lien à la loi pénale. Voir chapitre précédent.

2809 Voir *supra*.

2810 Voir *supra*.

2811 Voir *supra*.

2812 Voir *supra*.

1333.- Yves Mayaud, sans souligner précisément qu'il s'agit d'une nouvelle étape du processus pénal, évoque « le suivi de sûreté », une « institution répondant à l'objet [...] de suivi de la liberté des condamnés »²⁸¹³. Ce suivi de sûreté s'ajoute au « suivi probatoire », comprenant les mesures de contrôle et les obligations du régime de la mise à l'épreuve qui sont « adossées à la plupart des décisions relatives à l'aménagement des peines privatives de liberté », « associées aux décisions prises dans le cadre des procédures simplifiées d'aménagement des courtes peines d'emprisonnement » ou encore « associées aux modalités d'exécution des fins de peine d'emprisonnement en l'absence de tout aménagements »²⁸¹⁴. Suivi probatoire et suivi de sûreté ont pour objectif commun d'éviter une remise en liberté sans suivi judiciaire. Pour Yves Mayaud, il s'agit du « principe de précaution appliqué à l'exécution des peines »²⁸¹⁵. Encore faut-il préciser que le principe de précaution s'applique, en créant cette nouvelle étape du processus pénal, même au-delà de l'exécution des peines, que l'on pourrait nommer **phase de précaution**, au cours de laquelle sont prises d'être mesures de précaution.

1334.- La réforme pénale du 15 août 2014 a conservé les mesures de sûreté s'appliquant dans cette nouvelle phase du processus pénal et en a même rajouté une, applicable aux personnes dont le discernement a été altéré²⁸¹⁶.

1335.- Si l'exécution de la peine ne constitue plus une limite au processus pénal, on peut considérer que, sous l'influence du principe de précaution, le temps pénal ne cesse jamais. Un nouveau type de temporalité a vu le jour, caractérisé par son ouverture et son absence de finitude.

B. UNE TEMPORALITÉ OUVERTE DANS LA RATIONALITÉ DE PRÉCAUTION : ENTRE ILLIMITATION ET URGENCE PARADOXALE

1336.- Dans la rationalité pénale de précaution, le temps pénal devient une espèce de nébuleuse, d'échelle sans borne, sans départ, ni fin, de boucle qui se dessine

2813Y. MAYAUD, *op.cit.*, n° 560, p. 643.

2814Ibid., n° 506, pp. 642-643.

2815Ibid., n° 506, p. 642.

2816Voir *supra*.

perpétuellement²⁸¹⁷. Cette boucle de précaution, qui donne l'impression que le temps pénal n'existe plus car ne connaît aucune limite, fonctionne paradoxalement sur un *tempo* accélérée. L'anticipation de l'avenir devient une urgence. Le droit pénal doit s'affairer sans cesse à parer les risques hypothétiques de demain en même temps qu'il solutionne le plus rapidement possible des situations ayant déjà causé des victimes. La rationalité de précaution enjoint au droit pénal de fonctionner vite et lentement à la fois, vite pour apaiser la souffrance réelle ou potentielle d'un membre de la « société de victimes »²⁸¹⁸, lentement en maîtrisant, le plus longtemps possible et sans pause, de manière continue, la dangerosité de l'Autre.

1337.- Ainsi, la temporalité pénale de précaution se caractérise par une extension voire une illimitation du temps pénal (du champ temporel pénal) (2) et une accélération paradoxale du *tempo* (1).

1) L'accélération paradoxale du tempo pénal

1338.- L'urgence paradoxale, qui caractérise la temporalité pénale de précaution se manifeste à travers l'accélération du procès pénal (a) et la frénésie législative (b).

a) Un procès pénal agissant sur un mode accéléré dans la rationalité pénale de précaution

1339.- On peut constater cette accélération du procès pénal avec l'augmentation des procédures rapides et des alternatives aux poursuites, ainsi que le traitement en réel et la logique managériale qui s'est immiscée en droit pénal²⁸¹⁹. Et l'accélération du temps pénal trouve son paroxysme lorsqu'il est demandé au droit pénal d'agir avant même les infractions²⁸²⁰.

2817Voir aussi *supra* (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2).

2818Voir *supra* sur cette notion.

2819Voir *supra*. Et particulièrement, J. DANET et A. GARAPON, *La justice pénale entre rituel et management*. Presses universitaires de Rennes, 2010.

2820Voir *supra*.

b) L'urgence législative

1340.- La frénésie législative en matière pénale observée de 2002 à 2012 démontre que l'ère de la précaution donne un caractère urgent à tout ce qui pourrait être mis en œuvre pour parer les dangers²⁸²¹. On peut noter cependant un recul de cette urgence à légiférer avec les modalités de préparation de la loi du 15 août 2014 et notamment l'élaboration préalable d'une conférence de consensus²⁸²². Cette rupture « avec la précipitation et l'absence de réflexion de fond qui caractérisait les réformes antérieures » a été saluée par la CNCDH²⁸²³.

1341.- Toutefois, cette même année, est lancée la procédure accélérée pour le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, adopté en Conseil des ministres le 9 juillet 2014. Ainsi, on constate que l'urgence législative n'a pas été abandonnée.

2) L'illimitation du champ temporel pénal

1342.- L'illimitation du temps promue par le principe de précaution se manifeste à travers l'objectif donné au droit pénal de contrôler de manière permanente certains individus **(a)** et par l'émergence d'un devoir d'anticipation au côté du droit à l'oubli **(b)**.

a) L'objectif d'un contrôle pénal permanent

1343.- Ce contrôle pénal permanent largement inspiré du principe de précaution s'inscrit dans deux périodes, d'abord au moment où le condamné retrouve la liberté mais est encore sous main de justice, ensuite, lorsqu'il devrait quitter le système pénal selon la rationalité moderne mais qu'il se trouve dans la nouvelle phase de sûreté ou de précaution, émergeant avec la rationalité de précaution.

2821 Voir *supra*.

2822 Sur la conférence de consensus, voir *supra*.

2823 CNCDH, Avis sur le projet de la relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines, 27 mars 2014, p. 2.

1344.- Concernant le « suivi probatoire »²⁸²⁴, qui concerne les personnes encore sous main de justice, des mesures de contrôle et des obligations sont prévues. Elles tendent à se multiplier comme en témoigne la loi du 15 août 2014. Cette loi a d'abord réaffirmé le principe du retour progressif à la liberté avec une nouvelle rédaction de l'article 707 du code de procédure pénale, qui, poursuivant l'esprit de la loi du 24 novembre 2009, prévoit désormais, parmi les principes régissant l'exécution des peines, que « *chaque fois que cela est possible, [l'individu incarcéré bénéficie] d'un retour progressif à la liberté* »²⁸²⁵. Ensuite, la loi instaure des dispositions qui renforcent le suivi et le contrôle des personnes condamnées ou sous contrôle judiciaire. Elle permet notamment aux services de police et de gendarmerie d'appréhender et de retenir, pendant vingt quatre heures maximum, toute personne condamnée à une peine alternative ou à une peine complémentaire ou placée sous le contrôle du juge de l'application des peines, s'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle n'a pas respecté les obligations qui lui incombent en vertu de sa condamnation²⁸²⁶. Aussi, la loi du 15 août 2014 donne la possibilité aux services de police et de gendarmerie de procéder à une perquisition chez une personne placée sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence avec surveillance électronique et qui est soumise à l'interdiction de détenir une arme, lorsqu'il existe des indices graves ou concordants que des armes se trouvent actuellement à son domicile²⁸²⁷. La même possibilité est instaurée pour les personnes condamnées et soumises à l'interdiction de détenir une arme²⁸²⁸. Enfin, les services de police et de gendarmerie peuvent désormais procéder à certaines mesures à l'encontre de personnes condamnées qui ont été soumises à l'interdiction d'entrer en relations avec certaines personnes ou catégories de personnes, de fréquenter certains condamnés ou de paraître en un lieu ou une catégorie de lieux ou une zone désignée, lorsqu'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner, qu'à l'issue de son incarcération, l'individu en question n'a pas respecté cette interdiction²⁸²⁹. Ces mesures doivent être effectuées sur instruction du juge d'application des peines et doivent apparaître « *indispensables à la preuve de la violation des*

2824 Voir *supra* sur cette notion.

2825 Article 707 du code de procédure pénale. La loi du 24 novembre 2009 prévoyait déjà dans cet article que « *les peines sont aménagées avant leur mise à exécution ou en cours d'exécution si la personnalité et la situation matérielle, familiale et sociale du condamné ou leur évolution le permettent. L'individualisation des peines doit, chaque fois que cela est possible, permettre le retour progressif du condamné à la liberté et éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire* ». Voir *supra* sur ce point. La loi du 15 août 2014 ne fait donc que réaffirmer ce principe.

2826 Article 709-1-1 nouveau du code de procédure pénale.

2827 Article 154-5 nouveau du code pénal. Si des armes sont découvertes, elles seront saisies et placées sous scellées selon le second alinéa de ce même article.

2828 Article 709-1-2 nouveau du code de procédure pénale.

2829 Article 709-1-3 nouveau du code de procédure pénale.

interdictions résultant de la condamnation »²⁸³⁰. Selon les cas, elles peuvent prendre la forme d'une interception, d'un enregistrement et d'une transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications ou celle d'une localisation en temps réel d'une personne, à l'insu de celle-ci, d'un véhicule ou de tout autre objet sans le consentement de son propriétaire ou de son possesseur²⁸³¹.

1345.- Comme l'exprime l'exposé des motifs de la loi du 15 août 2014, ces nouvelles dispositions ont pour objectif de « renforcer le rôle de la police et de la gendarmerie en cas de violation de ses obligations par une personne placée sous main de justice »²⁸³². Elles témoignent du souci de rendre effectif le contrôle de ces personnes afin de garantir la sécurité et sans doute, sans qu'il ne le soit précisé par le législateur, afin de démontrer que tout est mis en œuvre pour assumer le devoir de précaution²⁸³³.

1346.- Pour parer les risques, le principe de précaution entend également instaurer un contrôle pénal permanent s'étendant au-delà du seul suivi probatoire, par la mise en place de mesures de précaution dont la durée n'est pas limitée dans le temps et par un système de traçabilité²⁸³⁴ organisé par la conservation d'informations dans des fichiers multiples²⁸³⁵.

1347.- Pourtant, comme l'écrit si justement Carole Hardouin-Le Goff, « la phrase effrayante de Kafka selon laquelle « le tribunal n'oublie jamais rien »²⁸³⁶ ne semble pas concerner une société reposant sur des bases de démocratie et d'humanisme, société recevant par conséquent, par la voie du droit, cet outil salutaire et exceptionnel qu'est l'oubli »²⁸³⁷. Aussi, de ce point de vue, l'instauration du *continuum* de précaution²⁸³⁸ ne satisfait pas aux exigences de la démocratie.

2830 Article précité.

2831 Article précité alinéas 2 et 3.

2832 Exposé des motifs de la loi du 15 août 2014 (à propos du chapitre IV de la loi intitulé : « Dispositions visant à renforcer les pouvoirs de la police et de la gendarmerie en cas de violation de ses obligations par une personne sous main de justice »).

2833 Voir *supra* sur le devoir de précaution.

2834 Voir *supra* sur la traçabilité.

2835 Voir *supra* sur ce point. Et principalement, les travaux de Virginie Gautron, notamment : V. GAUTRON, « La prolifération incontrôlée des fichiers de police », *AJ Pénal*, 2007, p. 57. ; « Usages et mésusages des fichiers de police : la sécurité contre la sûreté ? », *AJ Pénal*, 2010, vol. 6, pp. 266-269.

2836 F. KAFKA, *Le procès*, Pocket, 1996, p. 187.

2837 C. HARDOUIN-LE GOFF, *op.cit.*, p. 14.

2838 Voir *supra* sur le *continuum* de précaution.

1348.- Aujourd'hui, une première limite aurait pu être posée à l'orchestration depuis 2002 de ce *continuum* de précaution avec la suppression de la rétention de sûreté par la loi du 15 août 2014. Le projet de cette loi ne prévoyait pas cette suppression, contrairement à ce qui avait été annoncé depuis la campagne présidentielle de François Hollande²⁸³⁹. Mais, en première lecture par le Sénat de ce projet, un amendement a été déposé en ce sens par la commission des lois présidée par Jean-Pierre Michel, Rapporteur²⁸⁴⁰. Cependant, au cours des discussions parlementaires, cet amendement a été rejeté²⁸⁴¹, le texte final ne contenant donc plus cette suppression, qui aurait eu pour conséquence de borner temporellement le *continuum* de précaution. La CNCDH regrette très vivement l'absence de la suppression de la rétention de sûreté dans la réforme pénale²⁸⁴² et rappelle, à cet égard, que le Comité contre la torture des Nations-Unies avait demandé à la France cette abrogation²⁸⁴³.

1349.- A ce souci de contrôle pénal permanent est associé un devoir d'anticipation en relation étroite avec le devoir de précaution²⁸⁴⁴, qui est le pendant du droit à la sécurité²⁸⁴⁵.

b) Un devoir d'anticipation concurrençant le droit à l'oubli

1350.- Le droit à l'oubli, fondé sur une violation de la loi passée qu'il faudrait que la société, pour son bien-être et la rédemption accordée à l'auteur de cette violation, finisse par oublier, est aujourd'hui largement concurrencé par un devoir d'anticipation, avec comme seule référence temporelle l'avenir et tout ce qu'il comporte d'incertain.

2839 Voir *supra*.

2840 Voir l'article 18 quater du texte de la commission. Sénat, Projet de loi adopté par l'assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, tendant à renforcer l'efficacité des sanctions pénales, Texte de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, enregistré à la présidence du Sénat le 18 juin 2014. Voir pour la genèse de cet amendement, Sénat, Commission des lois, Projet de loi Efficacité des sanctions pénales, 1^{ère} lecture, n° 596, Amendement présenté par J.-P. Michel, Rapporteur, n° COM-562, adopté par la commission, 16 juin 2014. Voir *supra* sur ce point.

2841 Voir Sénat, *Journal officiel de la République française*, Session ordinaire de 2013-2014, Compte rendu intégral, Séance du jeudi 26 juin 2014 (117^e jour de séance de la session), année 2014 - n° 67 s. (c.r.), et particulièrement la discussion à propos de l'article 18 quater, p. 5365s. Voir *supra* sur ce point.

2842 CNCDH, Avis sur le projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines, 27 mars 2014, p. 3.

2843 Comité contre la torture, 44^{ème} session, 26 avril-14 mai 2010, Observations finales, cité par la CNCDH, *op.cit.*

2844 Voir *supra* (Partie 1, Titre 1, Chapitre 1).

2845 Voir *supra* sur la naissance du devoir de précaution.

1351.- Si le droit à l'oubli bénéficie à la personne condamnée pour une infraction, le devoir d'anticipation s'exerce au profit de la société civile dans son ensemble (à l'exclusion, peut-être, des personnes considérées, de par leur dangerosité, comme objets de ce devoir) et à l'encontre, en quelque sorte, des personnes jugées menaçantes.

1352.- Avec le droit à l'oubli émerge l'idée qu'une personne ayant commis une infraction peut être pardonnée de sa faute, soit qu'elle l'ait expiée (en purgeant une peine), soit que le temps écoulé depuis l'acte répréhensible ait joué son rôle de « relativisateur » (peine prescrite)²⁸⁴⁶. Dans l'ère de la précaution, cette idée de pardon et de rédemption disparaît avec l'instauration d'un système qui accable indéfiniment ou presque les individus jugés dangereux parce qu'ils ont commis certaines infractions considérées comme très graves sur l'échelle des atteintes aux valeurs socialement protégées. Cette damnation, cet « accablement », qui commence avec la peine, suit temporellement l'individu présumé dangereux et se manifeste, après la peine, par des mesures de sûretés, et par l'inscription à divers fichiers incluant une forme de contrôle permanent²⁸⁴⁷ (signalement de domicile etc.).

1353.- Le devoir d'anticipation promeut l'anticipation grâce aux données du passé, qu'il fait ainsi revivre en dépit de sa direction vers le futur, et donc conduit à la négation du droit à l'oubli. Pour anticiper en contexte d'incertitude, les seuls éléments dont nous disposons, en l'état des connaissances scientifiques, appartiennent au présent et au passé du délinquant. Aussi, l'anticipation se fonde paradoxalement sur le passé et heurte par là même le droit à l'oubli.

CONCLUSION

1354.- La portée du droit pénal comprend l'insertion de ce dernier dans le temps et ses relations avec l'espace temporel. L'inscription du droit pénal dans le temps et le système temporel qu'il crée lui-même diffère d'une rationalité pénale à l'autre. Dans la rationalité moderne, structurée autour du principe de légalité, le droit pénal s'exerce depuis la commission de l'infraction jusqu'à la fin de la peine ou, en l'absence de poursuite, après

²⁸⁴⁶Voir *supra*.

²⁸⁴⁷Voir *supra*.

l'écoulement d'un certain délai. Dans cette rationalité, la loi pénale plus sévère ne peut rétroagir sans quoi le principe de légalité, qui sous-entend la possibilité pour le justiciable de prévoir ce qu'il encourt en commettant un acte répréhensible, n'aurait pas de sens.

1355.- Ainsi, d'un point de vue temporel, la rationalité pénale moderne est caractérisée par le principe de non-rétroactivité et par un processus pénal fermé. Le principe de précaution, quant à lui, a vocation, d'une part, à agir en cas d'incertitude donc face à l'imprévisible, d'autre part, à s'exercer sur un temps indéterminé. L'application du principe de précaution au droit pénal a donc pour conséquence de modifier les rapports du droit pénal au temps et de concevoir autrement le processus pénal.

1356.- D'abord, **le principe de précaution, dans son essence-même, est incompatible avec le principe de non-rétroactivité de la loi** cher à la rationalité moderne légaliste. Ce principe ne trouve pas de sens dans une rationalité de précaution dont la logique est d'opérer avant d'avoir pu prévoir et commande donc la prise de mesures qui ne pourraient parvenir à leur but d'anticipation si elles étaient soumises à la non-rétroactivité. Ainsi, si pour préserver la sécurité juridique et garantir la sûreté, toute sanction précautionniste²⁸⁴⁸ (peines comme mesures de sûreté) devrait obéir à la règle constitutionnelle de non-rétroactivité, c'est en toute logique, si l'on se place du seul point de vue de l'attitude précautionniste, que certaines mesures y échappent.

1357.- Ensuite, l'envergure du principe de précaution invite le droit pénal à se déployer dans **un espace temporel indéfini**. Alors que la rationalité pénale moderne, afin de préserver un juste équilibre entre répression et liberté, prévoit différentes manières de clore le processus pénal, la rationalité pénale de précaution instaure **une nouvelle étape de sûreté ou de précaution** qui a vocation à perdurer. Dans cette nouvelle étape du temps pénal, doivent être rangées les nouvelles mesures de sûreté et la rétention de sûreté, potentiellement indéfinie. Alors qu'elle aurait pu mettre fin à cette temporalité de précaution, en accord avec les différentes recommandations et les vœux formulés par le président de la République et par la garde des Sceaux, la réforme du 15 août 2014 n'a pas supprimé la rétention de sûreté et a instauré une nouvelle mesure de sûreté. La temporalité de précaution, qui existe donc encore aujourd'hui, s'avère **une temporalité ouverte**, exemptes de limites concrètes, et caractérisée par

²⁸⁴⁸Voir chapitre précédent sur la sanction précautionniste.

une boucle de précaution. La rationalité pénale de précaution entend instaurer un contrôle pénal permanent, qui perdure au-delà de la peine.

1358.- Aussi, avec son rapport particulier au temps, privilégiant l'avenir au passé, la rationalité pénale de précaution s'éloigne de notions tels que le droit à l'oubli véhiculé par la rationalité moderne et son institution de la prescription de l'action publique. Le droit à l'oubli y est concurrencé par le **devoir de d'anticipation**, lequel exige un devoir de se souvenir, car le passé est pris pour critère d'anticipation dans les situations d'incertitude.

CONCLUSION DU TITRE 2

1359.- Le sens et la portée du droit pénal moderne sont déstructurés sous l'influence du principe de précaution. Cette déstructuration est observable dans les modifications apportées au sens de la peine et celles touchant les relations entre le droit pénal et le temps. S'agissant de la peine, essentiellement rétributive en droit pénal moderne, elle devient de plus en plus préventive dans la rationalité de précaution. De plus, cette dernière prescrit l'usage de mesures de précaution ou de sûreté, qui, elles aussi, sont préventives. Dès lors, cette unicité d'objectif essentiel et la finalité de protection de la société, qui pour la peine comme pour la mesure de sûreté, constitue la priorité, conduisent à penser ces deux types de sanction comme relevant d'une catégorie unique de sanction précautionniste. Le législateur du nouveau code pénal en 1992 avait opté pour l'absence de mesures de sûreté, mais sous l'influence du principe de précaution, elles ont été intégrées, depuis 2005, au code pénal et sont soumises par lui comme par la jurisprudence constitutionnelle et criminelle à un régime différent de celui des peines. Notamment, le principe constitutionnel de non-rétroactivité ne leur est pas appliqué. Or, si peines et mesures de sûreté poursuivent les mêmes finalités et sont déclenchées par la violation (passée ou hypothétique) de la norme pénale, et si, en outre, elles utilisent les mêmes moyens et atteignent les mêmes intérêts des personnes à qui elles sont soumises, la coexistence de deux régimes distincts est aberrante.

1360.- Le refus d'appliquer le principe de non-rétroactivité aux mesures de sûreté illustre par ailleurs la modification de la portée du droit pénal dans le temps. Dans la rationalité moderne legaliste, le droit pénal est attaché à la certitude et à la sécurité juridique. Aussi, nul ne peut être sanctionné pour un fait qui n'est pas incriminé au moment de sa

commission. Mais cette considération n'a pas de sens dans une rationalité de précaution qui souhaite, à tout prix, empêcher la réalisation du risque même si celui-ci est imprévisible. La rationalité de précaution se déclenche dans l'incertitude et entend agir avant d'avoir la certitude du danger. Dans cette mesure, il serait illogique qu'elle n'autorise le droit pénal à ne se déployer que lorsqu'il a pu prévoir le danger. Aussi, la rationalité pénale de précaution instaure une nouvelle étape dans le processus pénal, une phase après la peine dont la durée est potentiellement indéfinie, ce qui confère, par conséquent, un caractère ouvert à la temporalité pénale. Aux fins de sécurisation et de précaution, la temporalité pénale, soumise à l'influence du principe de précaution, n'admet pas la clôture du temps pénal. Elle renforce le contrôle pénal, qu'elle rallonge, et nie le droit à l'oubli et l'idée de pardon, présents dans l'institution de la prescription propre au droit pénal moderne, en les remplaçant par un devoir d'anticipation.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

1361.- En réaction à l'arbitraire de l'Ancien régime, le droit pénal moderne s'est construit avec pour armature le principe de légalité, inspiré par les philosophes des Lumières et théorisé notamment par Beccaria. Équilibrée par ce principe, son architecture permet la sécurité juridique et garantit la sûreté des individus. Dans le rapport qui unit les individus à l'État, le droit pénal moderne pose des principes limitant les atteintes abusives à la liberté des premiers par le second, en imposant la loi comme seule détentrice du droit de punir et en guidant le procès pénal par la présomption d'innocence. Ainsi, il utilise des concepts rigides ne permettant pas à l'arbitraire de s'exprimer. En particulier, la notion d'infraction, au cœur du droit pénal moderne, y est caractérisée par des éléments constitutifs indispensables à sa qualification, et la notion de responsabilité, qui, dans un droit pénal moderne d'influence néoclassique, reconnaît l'existence d'un libre arbitre, répond à une définition précise. Le droit pénal moderne comprenant, au sens large, le droit substantiel et celui de forme, est synonyme de clarté et de certitude, tant dans les textes que dans son pouvoir de coercition. Utilitariste et garantiste, le droit de punir, dans sa version moderne, est limité aux seules nécessités sociales et doit être exercé dans le respect de principes fondamentaux.

1362.- Plusieurs mouvements de mutation de l'architecture du droit pénal ont été observés ces dernières années. Dans chacune de ces modifications ou chacun de ces glissements se révèle l'empreinte du principe de précaution. Soumis à l'influence de ce dernier, le droit pénal moderne accuse, en effet, des changements significatifs de perceptions et de perspectives. Le principe de légalité, colonne vertébrale du droit pénal moderne, est largement affaibli par la rationalité de précaution, cet affaiblissement entraînant une série de

conséquences sur l'ensemble des règles et théories qui construisent le droit pénal moderne. Dans une rationalité de précaution, qui prend en considération avec la même intensité le dommage effectif et le danger virtuel, l'infraction et la responsabilité ne sont plus appréhendées de la même façon. Des notions propres à la logique de précaution, telles que la dangerosité, entrent en conflit avec celles du droit pénal moderne, notamment la culpabilité. De même, l'idée que le procès pénal doit être dirigé par le principe de présomption d'innocence ne peut être conçue avec autant de force dans une rationalité de précaution, qui entend agir dans le doute, avant toute certitude sur la survenance de dommages. La rationalité pénale de précaution est rationalité d'incertitude. Intégrant l'incertitude au droit pénal, l'architecture de ce dernier possède désormais une ossature moins solide, moins dure, et une structure plus souple, malléable au gré des vents sécuritaires. L'influence exercée par le principe de précaution sur le droit pénal conduit à faire de ce dernier un droit mou, non enfermé par les contraintes de la légalité, un droit capable d'anticiper ce qui ne peut être prévu.

1363.- Avec des architectures différentes, droit pénal moderne et droit pénal soumis à l'influence précautionniste ne peuvent avoir le même sens ni la même portée. Si le droit pénal moderne, bien qu'admettant sa fonction préventive, repose essentiellement sur le passé et donc sur une pénologie axée sur la peine encourue pour une faute commise, le droit pénal de précaution se tourne presque exclusivement vers l'avenir, multipliant le recours à des mesures de précaution, présentées comme des mesures de sûreté distinctes des peines. Dans la rationalité de précaution, cette distinction n'existe pas car peines et mesures de sûreté poursuivent les mêmes objectifs et utilisent à ces fins les mêmes moyens. Notamment, la rétention de sûreté est emblématique de cette fusion entre répression et prévention au sein de la sanction précautionniste qui rassemble peines et mesures de sûreté, les dernières s'appliquant dans les situations où, pour différentes raisons, une peine ne peut être prononcée. De même, l'institution de la contrainte pénale par la loi du 15 août 2014 poursuit ce mouvement de réunion des peines et des mesures de sûreté en convoquant des moyens largement utilisés par les mesures de sûreté. Et cette même loi introduit une nouvelle mesure de sûreté.

1364.- Plus généralement, ce sont les finalités de la peine qui sont modifiées ou différemment priorisées sous l'influence du principe de précaution. La protection de la

société est encore plus prééminente et s'entend de la sécurisation présente comme future. Et la prévention devient une finalité des plus essentielles. Si la réinsertion, pensée comme vertu de la peine avec les apports de la Défense sociale nouvelle, est toujours présente dans la rationalité de précaution, elle semble poursuivre là encore le but ultime de sécurité illimitée. La réinsertion n'est plus que conçue comme un outil, parmi les autres, de prévention de la récidive. C'est d'ailleurs sous cet angle qu'elle est présentée dans la réforme pénale du 15 août 2014 (même si nous ne pouvons déterminer avec certitude les intentions politiques qui l'animent), son efficacité en terme de lutte contre la récidive étant louée.

1365.- Dans ce contexte d'extension du sens du droit pénal en incluant de plus en plus l'avenir et son incertitude, la portée de ce droit s'en trouve modifiée, notamment sa portée dans le temps. L'inscription du droit pénal dans le temps n'est plus la même dans la rationalité de précaution. Si le droit pénal moderne légaliste se réfère au passé de la faute commise et à l'antériorité de la loi par rapport à cette faute en excluant la rétroactivité de la loi pénale, le droit pénal soumis à l'influence précautionniste, qui entend parer aux risques même en cas d'incertitude, promeut une logique aux antipodes de celle de la non-rétroactivité. En voulant traiter ce qui n'est pas prévisible, la rationalité de précaution ne peut se soumettre à un principe de non-rétroactivité qui doit avoir prévu l'incrimination d'un comportement avant de le sanctionner concrètement. C'est ainsi que le législateur, dans son devoir de précaution, a instauré des mesures de sûreté applicables immédiatement, contournant le principe de non-rétroactivité, alors même que ces mesures s'apparentent à des peines et font, en réalité, dans la rationalité de précaution, partie d'une catégorie unique de sanction précautionniste.

1366.- Et l'instauration de ces mesures de sûreté conduit à la création d'une nouvelle étape dans le processus pénal, le rendant ainsi ouvert et extensible à l'infini. Si le procès pénal moderne obéit à une temporalité fermée en admettant pour fin l'exécution de la peine et en prévoyant des dispositions qui clôturent le temps pénal dont la prescription de l'action publique, la temporalité de la rationalité pénale de précaution étend, en effet, le processus pénal au-delà de la peine. Aussi, le droit à l'oubli qui ressort de l'institution de la prescription est largement concurrencé par un devoir d'anticipation dans la temporalité précautionniste. Au nom de ce devoir d'anticipation, qui découle du devoir de précaution incombant à l'État, le contrôle pénal est renforcé par une multiplication des fichages et des contrôles et par son développement temporel, et les données sont conservées en tant

qu'éléments de prédiction de la récidive. Pourtant, l'oubli est salutaire et le pardon nécessaire à l'humanisation du droit pénal. Mais le droit pénal de précaution ne se préoccupe pas de telles considérations humanistes, sa finalité se dédoublant seulement en la poursuite de la sécurité maximale (finalité externe) et l'usage-même de la précaution afin de démontrer qu'est mise en œuvre l'action politique (finalité interne).

CONCLUSION GÉNÉRALE

1367.- L'histoire du principe de précaution nous permet de comprendre et d'expliquer son avènement dans la tentative d'apporter une réponse aux contradictions actuelles de notre société post-moderne où la prise en compte effrénée du risque (société de risque), aussi bien les risques naturels que ceux liés au progrès, en fait une caractéristique majeure. Il s'agit pour lui de concilier deux aspirations au demeurant antagonistes : l'affirmation de l'individualité et la recherche du risque zéro. Et c'est d'abord pour préserver l'environnement et l'espèce humaine que l'idée de précaution émerge, guidée par un souci intergénérationnel. Puis, la prise de conscience des lacunes de la science impuissante à tout prévoir, l'intolérance sociale aux moindres risques protéiformes, la révélation de la gravité de certains dangers pesant sur l'homme et son environnement ainsi que la survenue de crises sanitaires médiatisées ont conduit les pouvoirs publics à mettre en œuvre une nouvelle gestion des risques. Contrairement aux méthodes de gestion des risques déjà existantes (modèle préventif et modèle curatif), cette nouvelle gouvernamentalité prend en considération l'incertitude. C'est, en effet, pour éviter des menaces incertaines qu'une attitude de précaution a été promue.

1368.- Cette attitude a été théorisée dans le principe de précaution qui a été consacré au niveau international, en 1987 d'abord, à propos de la pollution marine, et par la Déclaration de Rio de 1992. Comme en droit international, en droit positif français, le principe de précaution a été instauré en matière de protection de l'environnement, par la loi dite Barnier de 1995 puis par la loi constitutionnelle relative à la Charte de l'Environnement

de 2005, qui a ainsi donné valeur constitutionnelle au principe. Rapidement, le principe de précaution se propage au domaine de la santé sur le fondement de la communication de la Commission européenne de 2000, qui estime que le principe de précaution peut être appliqué à tout domaine où peuvent survenir des risques d'une certaine ampleur. D'après toutes les définitions en vigueur, le principe de précaution a vocation à s'appliquer en cas de possibilité de dommages graves ou irréversibles même en l'absence de certitude scientifique. Non seulement il devient un principe juridique et il renferme aussi une éthique de la bonne action en situation d'incertitude.

1369.- En raison de cette valeur de standard, le principe de précaution a été progressivement invoqué dans des affaires touchant des domaines variés dans lesquels la société encourt un risque, soit avant que le risque soit établi – et sont alors préconisées des mesures de précaution, soit après que celui-ci se soit produit – dans ce cas, il est regretté que des mesures de précaution n'aient pas été prises « à temps ». La logique que renferme le principe de précaution est présentée comme la seule capable d'éviter, dans tout domaine, les risques incertains au moment de leur survenance. De la sorte, l'esprit du principe de précaution a naturellement pénétré le monde pénal, d'abord par son invocation dans des discours politiques officiels, ensuite dans les réformes pénales elles-mêmes. Et cette application du principe de précaution au droit pénal et à la politique criminelle apparaissait inévitable au vu des tendances sécuritaires et de la demande croissante de sécurité de la part de la population.

1370.- Ainsi, une véritable idéologie précautionniste a vu le jour en matière pénale et a inspiré les lois adoptées en cette matière depuis 2002. Cette idéologie a pour centre névralgique la précaution et poursuit une double finalité, la protection de la société comme finalité externe et l'emploi du maximum de précautions comme finalité interne, mais également dans un but externe électoraliste. Elle s'est construite par la priorité donnée aux préoccupations d'une société de victimes (réelles et potentielles), par le façonnage d'un discours guerrier autour du phénomène délinquant et par l'usage de notions chères aux positivistes italiens du 19^{ème} siècle. Sur ce dernier point, l'idéologie précautionniste se focalise, comme pour les positivistes, sur la dangerosité dont le concept présente un fort lien avec le principe de précaution mis en action face à la dangerosité de produits ou de techniques. Ce concept est désormais réutilisé pour désigner certains individus dont il faudrait prémunir la

société et pour lesquels il faudrait organiser la traçabilité comme le fait le principe de précaution s'agissant du marquage de produits et de techniques.

1371.- Au fil des réformes pénales soutenues par l'invocation d'un principe de précaution présenté comme nécessaire et mis en évidence par la médiatisation de faits criminels marquants, cette idéologie précautionniste est devenue dominante, au point de contaminer presque tous les partis politiques et de s'ancrer dans la conscience collective. Sous l'effet du populisme pénal, l'opinion publique, en effet, a intériorisé l'attitude de précaution comme la meilleure attitude à adopter face au phénomène délinquant. Et plus aucun parti politique n'oserait aujourd'hui revenir sur le devoir de précaution, implicitement reconnu comme incombant à l'État et à la justice pénale, et qui vient concrétiser par le droit à la sécurité consacré quelques années plus tôt, en 1995.

1372.- Cette idéologie précautionniste a été le moteur de l'émergence d'une nouvelle rationalité pénale, qui use d'outils spécifiques telles que des mesures de précaution, apparues sous le vocable de mesures de sûreté, et a nourri la construction d'un nouveau modèle précautionniste de politique criminelle. Rationalité pénale de précaution et politique criminelle précautionniste fonctionnent sur une fusion entre répression et prévention, sur le brouillage de frontières autrefois établies et l'obscurcissement de notions auparavant certaines. Elles délaissent la recherche, propre aux États de droit, d'un équilibre entre la sécurité et la liberté, et s'insinuent parfois sur les terrains glissants du totalitarisme, notamment par l'introduction du concept de dangerosité, en lieu et place de la culpabilité, alors que ce concept n'est pas exactement défini. La politique criminelle précautionniste est une politique pragmatique convoquant tour à tour, selon les besoins de la précaution, une politique de l'acte et une politique volontaire. Elle se caractérise aussi par son aspect globalisant en invitant toute personne à participer à son entreprise et par son aspect sur-responsabilisant, ceux qui refuseraient d'y participer ou n'auraient pas usé des précautions nécessaires seraient passibles d'une sanction. Surtout, le modèle précautionniste de politique criminelle présente la particularité d'être solidement ancré montrant ainsi toute la difficulté politique de le remettre en cause sans prendre le risque de nier le devoir de précaution associé au droit à la sécurité, que les partis politiques dominants ont officiellement reconnu. Cette difficulté à déconstruire la politique criminelle précautionniste a été particulièrement évidente à partir de 2012 avec le changement de majorité politique. Si la plupart des dispositions influencées par le principe de

précaution ont été débattues pour être remises en question, la réforme pénale de la nouvelle garde des Sceaux, Christiane Taubira, après une longue période d'hésitations, sera promulguée le 15 août 2014, sans rompre franchement avec la politique précautionniste précédente.

1373.- En effet, le droit pénal mis en œuvre dans le cadre de cette politique criminelle précautionniste n'a été que partiellement réétudié par la réforme de 2014 alors que celui-ci a subi de profonds bouleversements décriés par de nombreux juristes parce qu'incompatibles avec un État de droit. L'application perversifiée et sécuritariste en droit pénal, du principe selon lequel l'incertitude ne doit pas constituer un frein à l'action, chère au principe de précaution, conduit à des dérives dangereuses du point de vue des libertés individuelles mais aussi de celui de la solidarité qui devrait exister entre les citoyens, égaux en droit et en dignité, quel que soit leur passé judiciaire. La précautionnalisation a provoqué une déconstruction de l'architecture du droit pénal moderne, qui, fondé sur le légalisme et des concepts corollaires solides, permet, lui, de garantir un certain équilibre entre sécurité et liberté. Sous la pression du principe de précaution, ces concepts deviennent mouvants et malléables en fonction de nécessités purement sécuritaires. L'infraction, en particulier, ne répond plus à une définition solide et les divergences entre le principe de légalité et celui de précaution ont généré la construction d'un système semi légal au sein duquel la sécurité prime sur la sûreté et la sécurité juridique. Finalement, l'incertitude que le principe de précaution entend maîtriser a pour effet inverse d'introduire de l'incertain juridique dans les mesures et les techniques d'incrimination qu'il préconise !

1374.- En outre, le principe de précaution, dans sa version pénale, conduit à une métamorphose du sens-même du droit pénal, au travers notamment de l'usage d'une pénologie, non plus fondée sur le passé et axée sur la rétribution, mais essentiellement tournée vers l'avenir. Cette pénologie emploie, alternativement, mais toujours dans les mêmes objectifs de défense sociale et de prévention de la récidive, et avec des moyens, des procédures et des modalités quasi identiques, des peines et des mesures de sûreté/précaution, ces dernières étant prononcées, utilement, lorsque les contraintes encore existantes du droit pénal moderne empêchent le prononcé d'une peine. Et ces mesures de précaution signent l'avènement d'une nouvelle étape du processus pénal se situant au-delà de la peine et potentiellement indéfinie. Les critiques menées à l'encontre de la rétention de sûreté, sanction

emblématique de l'application du principe de précaution en droit pénal, n'ont pas convaincu le législateur de 2014 à proposer sa suppression dans sa « grande » réforme.

1375.- Toutefois, cette réforme a osé attribuer officiellement à la réinsertion la qualité de finalité essentielle de la peine, poursuivant les élans de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009. Si la réinsertion semble être regardée à travers cette réforme comme un simple outil de prévention de la récidive, elle signe peut être le retour timide à un droit pénal humaniste. Mais elle est encore une fois explicitement associée à la « l'efficacité des sanctions pénales » comme l'indique l'intitulé de la loi du 15 août 2014 et à la « question centrale de la prévention de la récidive » comme l'exprime l'exposé des motifs de cette dernière. Aussi, il serait préférable de cesser d'utiliser cette couverture légitimante que constitue, dans l'ère de la précaution pénale, l'étiquette « prévention de la récidive ». Pour l'idéologie précautionniste, tout se passe comme si l'on était contraint de tout légitimer par la prévention de la récidive. Or, pour se défaire de cette politique criminelle précautionniste, qui emporte de trop nombreuses conséquences sur l'esprit-même du droit pénal, il faudrait commencer par présenter la réinsertion comme naturelle, comme une finalité évidente de la peine, comme un devoir de l'État, et non plus comme systématiquement adossée à une finalité externe de prévention de la récidive. Cette association de la réinsertion avec la prévention de la récidive relève indubitablement de la précaution et occulte le projet humanisant du droit pénal, tel qu'il a été conçu et préconisé par la Défense sociale nouvelle.

1376.- De surcroît, le principe de précaution procède, à l'origine, d'un souci de la génération présente pour les générations futures. Aussi, il admet quelques « sacrifices » du présent pour le futur et encourage à la création d'une solidarité entre tous les citoyens présents, et entre les citoyens présents et ceux de l'avenir. Ce souci intergénérationnel propre au principe de précaution n'a pas été repris dans l'application du principe de précaution au droit pénal et à la politique criminelle. Pourtant, il aurait été bienvenu pour éviter le morcellement de la société entre les victimes réelles/virtuelles et les Autres. En effet, il aurait légitimé la réinsertion comme étant le moyen, d'une part, de préserver l'humanité irréductible des délinquants et des individus considérés comme dangereux, et d'autre part, d'accéder à un avenir meilleur pour l'humanité.

1377.- De même, le principe de précaution contient initialement l'idée d'une responsabilité de tout citoyen doublée d'une responsabilité collective de la société envers l'humanité et son environnement. L'application qui a été faite de ce principe en droit pénal et en politique criminelle a minimisé l'aspect collectif de la responsabilisation maximisant la surresponsabilisation individuelle pesant sur tout citoyen, du particulier perçu comme potentielle victime au délinquant lui-même, tantôt considéré comme un être rationnel, tantôt considéré comme intrinsèquement dangereux, et en visant les professionnels et les représentants de l'institution judiciaire, qui seront sanctionnés s'ils n'ont pas pris les mesures nécessaires pour éviter la réitération de faits criminels. Il aurait été souhaitable que la dimension collective de la responsabilité de précaution soit également introduite en politique criminelle. En effet, si la société doit concourir à la production de sécurité, elle devrait participer aussi à la réinsertion des personnes qui ont commis des actes contraires à la loi. La collaboration de tous est indispensable à la réalisation d'un projet humaniste de réinsertion, qui poursuit le bien être de tous, présents et futurs.

1378.- Pour que cette association soit acceptée, il faudra déconstruire progressivement le discours précautionniste sur le criminel et sa focalisation sur la dangerosité, qui, à force de manipuler la conscience collective, conduit à lui faire admettre que certains individus sont foncièrement mauvais voire inhumains et inamendables. Cette démarche de déconstruction a été amorcée par la loi du 15 août 2014, avec l'instauration d'une peine de contrainte pénale. Cette peine qui s'exécute en milieu ouvert et comprend des obligations pour le condamné, concourt à améliorer la réinsertion sociale. Cette loi va plus loin encore en appréhendant la réinsertion comme un droit pour le condamné lorsqu'elle affirme que « *les autorités ou organismes qui assurent le service public pénitentiaire ou qui y concourent doivent veiller, chacun en ce qui le concerne, à ce que les personnes condamnées accèdent de façon effective à l'ensemble des droits de nature à faciliter leur insertion* »²⁸⁴⁹. Ces dispositions pourraient, au fil du temps, participer à l'intériorisation par l'opinion publique de l'évidence et de la nécessité de la réinsertion.

1379.- En définitive, le principe de précaution aurait pu avoir des effets positifs en politique criminelle si toutes ses composantes avaient été retenues, notamment sa vision de l'humanité dans son ensemble et sa dimension collective de la responsabilité. En ayant

2849Article 30 de la loi du 15 août 2014 précitée.

délaissé ces aspects hérités de l'histoire et de la conquête des Droits de l'Homme, le principe de précaution tel qu'il a été appliqué à la matière pénale a conduit à une dichotomisation de la société alors que c'est un principe qui entend encourager la solidarité. La réforme de 2014 introduit certains éléments redonnant son véritable sens au principe de précaution et a supprimé certains dispositifs propres au précautionnisme dangereux. Mais les efforts doivent être poursuivis pour arriver d'une part, à un droit pénal, qui, s'il ne peut se démarquer complètement de l'attitude générale de précaution, doit demeurer ou redevenir un droit pénal sûr et non modulable au gré des courants sécuritaires, et d'autre part, à une politique criminelle équilibrée, en relativisant le droit à la sécurité et en y instillant les aspects positifs du principe de précaution. Le principe de précaution pourrait alors imposer ses propres limites d'application guidées par l'idée de proportionnalité de la réponse (un principe juridique fort) et plaçant l'homme titulaire de ses droits fondamentaux au centre des décisions.

1380.- Ces préconisations pour la recherche d'un équilibre et pour le futur du droit pénal et de la politique criminelle, ainsi que notre étude de l'application, à ces matières, du principe de précaution dans la période entre 2002 et 2014, ont été guidées de manière duale, tant par l'« insatisfaction critique délibérément maintenue », pour tout ce qui touche au bouleversement de ces matières, que par le « permanent souci d'une espérance et d'un avenir pour tout homme aussi délinquant ou déviant soit-il »²⁸⁵⁰.

2850CNCDH, avis du 27 mars 2014 précité, p. 26. Référence faite à CH. LAZERGES, « La défense sociale nouvelle a 50 ans. L'actualité de la pensée de Marc Ancel », *RSC* 2005, p. 165.

BIBLIOGRAPHIE

I- TRAITÉS, MANUELS, DICTIONNAIRES

- LOPEZ G. ET TZITZIS S. (dir.)**, *Dictionnaire des sciences criminelles*, Paris, Dalloz, 2004.
- B. TEYSSIÉ**, *Droit civil. Les personnes*, Paris, Litec, 10^{ème} édition, 2007.
- BENABENT A.**, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Montchrestien, Domat, Coll. Droit privé, 12^{ème} édition, 2010.
- BENTHAM J.**, *Traité de législation civile et pénale*, Tome 2, Paris, Rey et Gravier, 3^{ème} édition, 1839.
- BEZIZ-AYACHE A., BOESEL D.**, *Droit de l'exécution de la sanction pénale*, Paris, Ed. Lamy, Étude (broché), Collection Axe Droit, 2012.
- BOITARD V.**, *Leçons de droit criminel*, Ed. Villey, 3^{ème} édition, 1890.
- BOULOC B.**, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, Précis, 21^{ème} édition, 2009.
- CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.-A., TREVET T. (dir.)**, *Droits et libertés fondamentaux*, Paris, Dalloz, 10^{ème} édition, 2004
- CADIET L.**, *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004.
- CARBASSE J.-M.**, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 2^{ème} édition refondue, 2009.
- COLLECTIF**, *Encyclopédie de la philosophie*, Paris, Librairie générale française, Coll. La Pochothèque, 2002. **CONSTANT J.**, *Traité élémentaire de droit pénal*, Liège, Imprimerie Nationale, 1965.
- CONTE PH, MAISTRE DU CHAMBON P.**, *Droit pénal général*, Paris, Armand Colin, 7^{ème} édition, 2004.
- CONTE PH, MAISTRE DU CHAMBON P.**, *La responsabilité civile délictuelle*, Grenoble, PUG, 3^{ème} édition, 2000.
- CORNU G.**, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 4^{ème} édition, 2003, 8^{ème} édition, 2007.
- CUCHE P.**, *Précis de droit criminel*, Paris, Dalloz, 5^{ème} édition, 1934.
- DELMAS-MARTY M.**, *Le droit pénal des affaires*, Paris, PUF, 1981.
- DESPORTES F., LAZERGES-COUSQUER L.**, *Traité de procédure pénale*, Paris, Economica, Corpus Droit Privé, 3^{ème} édition, 2013.
- DESPORTES F., LE GUNEHÉC F.**, *Droit pénal général*, Paris, Economica, Corpus Droit Privé,

14^{ème} édition, 2007, 16^{ème} édition, 2009.

DREYER E., *Droit pénal général*, Paris, LexisNexis, Litel, 3^{ème} édition, 2014.

DUPONT Y. (dir.), *Dictionnaire des risques*, Paris, Armand Colin, 2^{ème} édition, 2007.

FIALAIRE J., MONDIELLI E., *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, Broché, Coll. Universités, 2005.

FOURMENT F., *Procédure pénale*, Orléans, Paradigme, 2007.

GARRAUD R., *Précis de droit criminel*, Paris, Sirey, 13^{ème} édition, 1921.

GARRAUD R., *Traité du droit pénal français*, Paris, Larose-Tenin, 1914.

GASSIN R., *Criminologie*, Paris, Dalloz, Précis, 6^{ème} édition, 2007.

GIUDICELLI-DELAGÉ G., *Droit pénal des affaires*, Paris, Dalloz, Coll. Mémentos, 6^{ème} édition, 2006.

GOSSERIE A., *Penser la justice entre les générations*, Paris, Flammarion, 2004.

GUNICHARD S., BUISSON J., *Procédure pénale*, Paris, LexisNexis, Litec, 5^{ème} édition, 2009.

HERZOG-EVANS M., *Droit de l'exécution des peines*, Paris, Dalloz-Sirey, Coll. Dalloz Action, 2007/2008.

JEANDIDIER W., *Droit pénal général*, Paris, Montchrestien, Domat Droit privé, 2^{ème} édition, 1991.

JOUSSE D., *Traité de la justice pénale de France*, Paris, Debure, 1771.

LARGUIER J., *Criminologie et science pénitentiaire*, Paris, Dalloz, Mémentos, 10^{ème} édition, 2005.

LAZERGES CH., *Introduction à la politique criminelle*, Paris, L'Harmattan, Coll. Traité de Sciences Criminelles, 2000.

LEPAGE A., MAISTRE DU CHAMBON, SALOMON R., *Droit pénal des affaires*, Paris, LexisNexis, Litec, 2008.

LEVASSEUR G., CHAVANNE A., MONTREUIL J., *Droit pénal général et procédure pénale*, Paris, Sirey, 1991.

LOMBOIS C., *Droit pénal général*, Hachette supérieur, 1994.

MALAURIE PH., AYNÈS L., *Cours de droit civil: les obligations*, Paris, Cujas, 1985.

MAYAUD Y., *Droit pénal général*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 4^{ème} édition, 2013.

MERLE R., *Droit pénal général complémentaire*, Paris, PUF, 1957.

MERLE R., VITU A., *Traité de droit criminel*, Tome 1, Paris, Cujas, 7^{ème} édition, 1997.

ORTOLAN J., *Éléments de droit pénal*, Tome 1, Paris, Plon, 4^{ème} édition, 1875.

PIN X., *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, Coll. Cours, Série Droit privé, 5^{ème} édition, 2013.

PONCELA P., *Droit de la peine*, Paris, PUF 1995.

PRADEL J., *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, Précis, 3^{ème} édition, 2008.

PRADEL J., *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 18^{ème} édition, 2010.

PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 5^{ème} édition, 2004.

RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, Paris, Ellipses, Coll. Cours magistral, 2^{ème} édition, 2006.

ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, 1988, Paris, PUF, Coll. Thémis Droit, 6^{ème} édition refondue, 2005.

STEFANI G., LEVASSEUR G., BOULOC B., *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, Précis, 18^{ème} édition, 2003, 20^{ème} édition, 2007.

SZABO D., *Criminologie et politique criminelle*, Montréal, Presses Universitaires de Montréal, Vrin, 1978.

SZABO D., *Criminologie*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970.

II- OUVRAGES GÉNÉRAUX

ANCEL M. ET RADZINOWICK L., *Introduction au droit criminel de l'Angleterre*, Paris, Éditions de l'Épargne, 1959.

ANCEL M., *La Défense sociale nouvelle, un mouvement de politique criminelle humaniste*, Paris, Cujas, 1954, Cujas, 2^{ème} édition, 1966, Cujas, Broché, 3^{ème} édition, 1981.

BAILLARGEON N., *Petit cours d'auto-défense intellectuelle*, Paris, Broché, 2006.

BAUMAN Z., *Le coût humain de la mondialisation*, Paris, Hachette Littératures, 1999.

BECCARIA C., *Des délits et des peines*, Paris, Flammarion, 1991.

BECK U., *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Flammarion, Coll. Champs Essais, 2^{ème} édition, 2008 ; *Risikogesellschaft*, Franckfurt am Main, Suhrkam Verlag, 1986.

BECK U., *Risk Society, Towards a New Modernity*, Londres, Sage publication, 1992.

BIRNBACHER D., *La responsabilité envers les générations futures*, Paris, PUF, 1993.

BLONDEL E., *Le problème moral*, Paris, PUF, 2000.

BOURDIEU P., *Questions de sociologie*, Paris, Les Éditions de minuit, 1984.

CAMUS A., *La peste*, Paris, Gallimard, Coll. Folio, 1947.

CASADAMONT G. et PONCELA P., *Il n'y a pas de peine juste*, Paris, Odile Jacob, 2004.

CASTEL R., *L'insécurité sociale : qu'est-ce qu'être protégé ?*, Paris, Seuil, Coll. La République des idées, 2003.

CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, Paris, L.G.D.J., Lextenso éditions, Coll. Droit et société, vol. 35, 3^{ème} édition, 2008.

CHOMSKY N., *De la propagande*. Entretiens avec David Barsemian, Paris, 10/18, Fayard, Coll. Fait et cause, n°3595, 2002.

CUSSON M., *La criminologie*, Paris, Hachette Supérieur, Coll. Les Fondamentaux, Sciences Humaines, n°107, 4^{ème} édition, 2005.

DANET J., *Justice pénale, le tournant*, Paris, Gallimard, Collection Folio actuel (n° 119), Série Le Monde actuel, 2006.

- DE MAILLARD J. et C.**, *La responsabilité juridique*, Paris, Flammarion, Coll. Dominos, 1999.
- DE TARDE G.**, *La philosophie pénale*, Paris, Ed. A. Maloine, 4^{ème} édition, 1903.
- DEBUYST CH., DIGNEFFE F., LABADIE J.-M., PIRÈS A. P.**, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, Tome II : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, De Boeck Université, Coll. Perspective criminologiques, 1998.
- DELMAS-MARTY M.**, *Le flou du droit*, Paris, PUF, 2004.
- DELMAS-MARTY M.**, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, PUF, 1992.
- DELMAS-MARTY M.**, *Modèles et Mouvements de Politique Criminelle*, Paris, Economica, 1982.
- DELMAS-MARTY M.**, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1989.
- DELTEI P.**, *Des justices à la justice : l'élaboration de l'esprit de justice*, Paris, L'Harmattan, 2005.
- DREYFUS B.**, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Mars Ancel*, Paris, L'Harmattan, 2010.
- EDELMAN M., CLER CH.**, *Pièces et règles du jeu politique*, Paris, Seuil, Coll. Couleur des Idées, 1991.
- ENGEL L.**, *La responsabilité en crise*, Paris, Hachette, Coll. Questions de société, 1995.
- EWALD F., GOLLIER C., DE SADELEER N.**, *Le principe de précaution*, Paris, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2^{ème} édition, 2008.
- FERRI E.**, *Sociologie criminelle*, Paris, Félix Acan, 2^{ème} édition, 1914.
- GARAPON A., SALAS D.**, *La justice et le mal*, Paris, Ed. Odile Jacob, 1997.
- GAROFALO R.**, *La criminologie*, Éditeur Félix Alcan, 2^{ème} édition, 1890.
- GIDDENS A.**, *Les conséquences de la modernité*, Paris, L'Harmattan, 1994.
- GIDDENS A.**, *Modernity and Self-identity*, Stanford, Stanford University Press, 1991.
- HEISENBERG W.**, *Les principes physiques de la théorie des quanta*, Paris, Gauthier-Villars, 1932, Jacques Gabay, 1989.
- HOBBS**, *Léviathan*, Paris, Gallimard, Coll. Folio, 2000.
- JEAN J.-J.**, *Le système pénal*, Paris, La Découverte, Coll. Repères, 2008.
- JEANCLOS Y.**, *La justice pénale en France. Dimension historique et européenne*, Paris, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2011.
- JEANCLOS Y.**, *La peine. Miroir de la justice*, Paris, Montchrestien, Lextenso-Editions, coll. Clefs/Politique, 2012.
- JONAS H.**, *Le principe responsabilité*, Paris, Les Éditions du Cerfs, Coll. Passage, 3^{ème} édition, 1995, Flammarion, Coll. Champs essai, 784, 2008.
- JONAS H.**, *Pour une éthique du futur*, Paris, Payot-Rivages, 1998.
- KAFKA F.**, *Le procès*, Pocket, 1996.
- KANT E.**, *Fondation de la métaphysique*, 1785, Paris, Nathan, Coll. Les intégrales de la philosophie.
- KNIGHT F.**, *Risk, uncertainty and profit*, New York, Hart, Schaffner and Marx, 1921.

- KRIMSKY S., GOLDINGS D. (dir.)**, *Social theories of risk*, Wesport, Praeger, 1992.
- LAGADEC**, *La civilisation du risque, catastrophes technologiques et responsabilité sociale*, Paris, Seuil, 1981.
- LALLEMENT M.**, *Le travail de l'utopie : Godin et le Familistère de Guise*, Paris, Les Belles Lettres, 2009.
- LASCOUMES P., PONCELA P., LENOËL P.**, *Au nom de l'ordre, histoire politique du Code pénal*, Paris, Hachette, 1989.
- LAZERGES CH.**, *La politique criminelle*, Paris, PUF, Coll. Que sais-je ?, n°2356, 1987
- LEBRETON G. (dir.)**, *L'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1997 et 1998*, Paris, L'Harmattan, 2000. **LOPEZ G.**, *La victimologie*, Paris, Dalloz, 2010.
- LOMBROSO C.**, *L'Homme criminel, Criminel-né, fou moral, épileptique*, Paris, Ancienne Librairie Germer Baillière, Éditeur Félix Alcan, 1887.
- LOMBROSO C.**, *La femme criminelle et la prostituée (1895)*, Paris, Éditions Jérôme Million, Coll. Mémoires du corps, 1991.
- LONDRES A.**, *Chez les fous*, Paris, Éditions Arlea, Coll. Arlea Poche, 1999.
- LUHMANN N.**, *Trust and power*, Chichester, Wiley, 1979.
- LYOTARD J.-F.**, *La Condition postmoderne : rapport sur le savoir*, Paris, Éditions de minuit, 1979.
- MARX K., ENGELS F.**, *L'idéologie allemande*, Paris, Nathan, Coll. Intégrales de philo, n°11, 2009.
- MASSE M., JEAN J.-P., GIUDICIELLI A. (dir.)**, *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, Coll. Droit et justice, 2009.
- MONTESQUIEU C.-L DE SECONDAT**, *De l'esprit des lois*, Tome I, Paris, Gallimard, Folio Essai n°275, 1995.
- MUCCHIELLI L., ROBERT PH.**, *Crime et sécurité*, Paris, La Découverte, 2002.
- OST F.**, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications Fac Saint Louis, 2002.
- OST F.**, *Du Sinaï au Champ-de-Mars. L'autre et le même au fondement du droit*, Bruxelles, Lessius, 1999.
- PORTALIS J.-E.-M.**, *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de code civil. Naissance du Code civil*, préface F. Ewald, Fiammaflon, 1989.
- PRADEL J. ET VARINARD A.**, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 4^{ème} édition 2003.
- PRINS A.**, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Ed. Misch et Thron, 1910.
- PUFENDORF S.**, *Le droit de la nature et des gens*, Traduction de Jean Barbeyrac. Tome II. Édition de B le 1732, Centre de Philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, U.R.A. - C.N.R.S., Caen, 1987.
- RIALS S.**, *La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789*, Paris, Hachette, Coll. Pluriel, 1998.
- RICOEUR P.**, *Le juste*, 2, Paris, Esprit, 2001.
- RICOEUR P.**, *Le Juste*, I, Paris, Esprit, 1995.

- RICOEUR P.**, *Le Mythe de la peine*, Paris, Aubier, 1967.
- RICOEUR P.**, *Parcours de la reconnaissance*, Paris, Stock, 2004.
- RICOEUR P.**, *Philosophie de la volonté. Tome II : Finitude et culpabilité*, Paris, Aubier, 1960.
- ROBERT PH.**, *Le citoyen, le crime et l'État*, Paris, Droz, 1999.
- ROSANVALLON P.**, *L'État en France de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, Coll. Points Histoire, H172, 1990.
- ROSANVALLON P.**, *La nouvelle question sociale*, Paris, Seuil, 1995.
- SCHMITT C.**, *Du politique. Légalité et légitimité et autres essais*, Puiseaux, Pardès, 1980
- SCHMITT C.**, *La notion du politique - Théorie du partisan*, Paris, Calmann-Lévy, 1972, Paris, Flammarion, 1992.
- SCHMITT C.**, *Théologie politique*, I, Paris, Gallimard, Coll. Bibliothèque des sciences humaines, 1988.
- SERVAN J. M. A.**, *Discours sur la justice criminelle*, Genève, 1766.
- STEFANI G. (dir.)**, *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal. Etudes de droit criminel*, Paris, Dalloz, 1956.
- VON MISES L.**, *L'Action humaine, traité d'économie*, Paris, Les Belles Lettres, 2004.
- WEBER M.**, *Le savant et le Politique*, Paris, Poche, Essai, 10-18, 2002.
- WIEVIORKA M. (dir.)**, *Rendre (la) justice*, Auxerre, Éditions Sciences Humaines, Coll. Les entretiens d'Auxerre, 2013.
- ZACCAÏ E., MISSA J.-N.**, *Le principe de précaution : significations et conséquences*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000.

III- OUVRAGES SPÉCIAUX

- AUBERT N.**, *Le culte de l'urgence. La société malade du temps*, Paris, Flammarion, Coll. Champs essais, 2003.
- BALIER C.**, *Psychanalyse des comportements sexuels violents*, Paris, PUF, Le fil rouge, 1996.
- BEAUD O., ALLAND D., RIALS S.**, *Le sang contaminé : essai sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, Paris, PUF, 1999.
- BÉBIN X.**, *Quand la justice crée l'insécurité*, Paris, Fayard, 2013.
- BLATIER C.**, *Prévenir la prévention de la délinquance dès la petite enfance*, Paris, L'Harmattan, Essai, Broché, 2007.
- BONELLI L.**, *La France a peur. Une histoire sociale de l'« insécurité »*, Paris, La Découverte/Poche, Coll. Sciences humaines et sociales, 326, 2^{ème} édition, 2010.
- BOUAL J.-C., BRACHET PH. (dir.)**, *Service public et principe de précaution*, Paris, L'Harmattan, 2003.

- BOURG D., SHLEGEL J.-L.**, *Parer aux risques de demain : le principe de précaution*, Paris, Seuil, 2001.
- BRONNER G., GÉHIN E.**, *L'inquiétant avènement du principe de précaution*, Paris, PUF, Broché, 2010.
- BURET E.**, *De la misère des classes laborieuses en Angleterre et en France*, Vol. 1, Paris, Paulin 1840.
- CARIO R., SALAS D.**, *Œuvre de justice et victimes*, Vol. 1, L'Harmattan, Coll. Sciences criminelles, 2001.
- CARIO R.**, *Victimologie. De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, Vol. 1, Paris, L'Harmattan, Coll. Traité de sciences criminelles, 2-1, 3^{ème} édition, 2006.
- CHARRIÈRE-BOURNAZEL CH.**, *La rage sécuritaire, une dérive française*, Paris, Éditions Stock, 2011.
- CHAUVIÈRE M., GODBOUT J. (dir.)**, *Les usagers entre marché et citoyenneté*, Paris, L'Harmattan, 1992.
- CHOMSKY N.**, *De la guerre comme politique étrangère des États-Unis*, Marseille, Agone, 2^{ème} édition, 2002.
- CHRISTIE N.**, *L'industrie de la punition. Prison et politique pénale en occident*, Paris, Éditions Autrement, Coll. Frontières, 2003.
- CIAVALDINI A. avec la coll. De GIRARD-KHAYAT M.**, *Psychopathologie des agresseurs sexuels*, Paris, Masson, 1999.
- CIAVALDINI A. (dir.)**, *Violences sexuelles : le soin sous contrôle judiciaire*, Paris, Ed. In press, Coll : Explorations psychanalytiques, 2003.
- CUSSON M.**, *Le contrôle social du crime*, Paris, PUF, 1983.
- CUSSON M.**, *Prévenir la délinquance, Les méthodes efficaces*, Paris, PUF, Coll. Criminalité internationale, 2^{ème} édition, 2002.
- D'HERVÉ N, MORICE A.**, *Justice de sûreté et gestion des risques : Approche pratique et réflexive*, Paris, L'Harmattan, 2010.
- DANET J., GRUNVALD S., HERZOG-EVANS M., LE GALL Y.**, *Prescription, amnistie et grâce en France*, Dalloz, 2008.
- DANET J., GUIENNE V. (dir.)**, *Action publique et prostitution*, Rennes, PUR, 2006.
- DANET J.**, *La justice pénale entre rituel et management*, Rennes, PUR, Coll. L'univers des normes, 2010.
- DE BEAUREPAIRE CH., BÉNÉZECH M., KOTTLER CH.**, *Les dangers : De la criminologie à la psychopathologie, entre justice et psychiatrie*, Paris, John Libbey Eurotext, 2004.
- DE PANGE F.**, *Réflexions sur la délation*, Paris, Éditions Allia, 2011.
- DEBUYST CH. (dir.)**, *Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*, Paris, Genève, Masson, Coll. Médecine et Hygiène, 1981.
- DELMAS-MARTY M.**, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, Seuil, Coll. La couleur des idées, 2010.
- DELMAS-MARTY M.**, *Résister, responsabiliser, anticiper*, Paris, Seuil, 2013.
- DELTEI P.**, *Justice, un extraordinaire gâchis : de la justice vindicative à la justice*

réhabilitante, Paris, L'Harmattan, 2008.

DONNEDIEU DE VABRES H., *La crise moderne du droit pénal. La politique criminelle des États autoritaires*, Paris, Dalloz, 2009.

DONZELOT J., ESTÈBE PH., *L'Etat animateur, Essai sur la politique de la Ville*, Paris, Éditions Esprit, 1994.

DOUGLAS M., *Risk and blame. Essays in Cultural Theory*, Londres, Routledge, 1992.

DOURLENS C., GALLAND J.-P., THEY J., VIDAL-NAQUET P.-A., *Conquête de la sécurité, gestion des risques*, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques Sociales, 1991.

DUPOND-MORETTI E., DURAND-SOUFFLAND S., *Bête noire, « Condamné à plaider »*, Éditions Michel Lafon, 2012.

DUPUY J.-P., *Pour un catastrophisme éclairé. Quand l'impossible est certain*, Paris, Seuil, 2002.

ERNER G., *La société des victimes*, Paris, La Découverte, 2006.

EWALD F., *L'Etat-providence*, Paris, Grasset, 1986.

FASSIN D., BOURDELAIS P., *Les Constructions de l'intolérable. Études d'anthropologie et d'histoire sur les frontières de l'espace moral*, Paris, La Découverte, 2005.

FILIZZOLA F., LOPEZ G., *Victimes et victimologie*, Paris, PUF, Coll. Que sais-je ?, n°3040, 1995.

FOESSEL M., *État de vigilance. Critique de la banalité sécuritaire*, Paris, Editions Le bord de l'eau, Coll. Diagnostics, 2010.

FOUCAULT M., *Histoire de la sexualité. La Volonté de savoir*, Paris, Gallimard, coll. Tel, 1994.

FOUCAULT M., *Il faut défendre la société : cours au Collège de France 1975-1976*, Paris, Seuil, 1994.

FOUCAULT M., *Les anormaux. Cours au Collège de France. 1974-1975*, Paris, Gallimard/Le Seuil, Hautes études, 1999.

FOUCAULT M., *Les Hétérotopies. Le Corps Utopique*, Paris, Éditions Lignes, 2009.

FOUCAULT M., *Naissance de la biopolitique : cours au Collège de France 1978-1979*, Paris, Seuil, Gallimard, 2004.

FOUCAULT M., *Sécurité, Territoire, Population : cours au Collège de France 1977-1978*, Paris, Seuil, Gallimard, 2004.

FOUCAULT M., *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, Coll. Tel, 1975.

FOUCHER K., *Principe de précaution et risque sanitaire : recherche sur l'encadrement juridique de l'incertitude scientifique*, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2003.

FOUMDJEM C., *Blanchiment de capitaux et fraude fiscale*, L'Harmattan, Coll. Finances publiques, 2011.

FREUD S., *Malaise dans la civilisation*, 1929, Paris, Payot, Coll. Petite Bibliothèque Payot, 2010.

FROMENT J.C., GLEIZAL J.-J., KALUSZYNSKI M., *Les États à l'épreuve de la sécurité*, Grenoble, PUG, 2003.

FROMENT J.C., KALUSZYNSKI M. (dir.), *Justice et technologies. Surveillance électronique en Europe*, Grenoble, PUG, 2006.

- GALMARD H.**, *État, société civile et loi pénale*, Aix-en-Provence, PUAM, Broché, Coll. Centre de recherches en matière pénale Fernand Boulan, 2007.
- GARAPON A.**, *La Raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2010.
- GARAPON A.**, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1996.
- GARAPON A., SALAS D.**, *La République pénalisée*, Paris, Hachette, Coll. Questions de société, 1996.
- GARAPON A., SALAS D.**, *Nouvelles sorcières de Salem. Leçons d'Outreau*, Paris, Seuil, 2006.
- GARCIN P.**, *La sécurité publique au quotidien, acteurs, territoires, technologie*, Paris, Armand Colin, Collection 128, 2007.
- GARNOT B. (dir.)** ; *Les victimes, des oubliées de l'histoire ?*, Rennes, PUR, Coll. Histoire, 2000.
- GODARD O., HENRY C., LAGADEC P., MICHEL-KERJAN E.**, *Traité des nouveaux risques : précaution, crise, assurance*, Paris, Gallimard, 2002.
- GODARD O.**, *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Paris, Éditions de la MSH et Inra-Éditions, 1997.
- GODARD O., LONG M.**, *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Paris, Editions La Maison des sciences de l'homme, INRA, 1997.
- GRANGER B. (coord.)**, *La psychiatrie à l'épreuve de la justice*, Contribution au débat, Paris, Ed. Twice Daily, 2011
- GRISON D.**, *Le principe de précaution, un principe d'action*, Paris, L'Harmattan, Coll. Ouverture philosophique, 2009.
- GROS F.**, *Le Principe Sécurité*, Paris, Gallimard, Coll. Nrf essais, 2012.
- GUIDICELLI-DELAGE G., LAZERGES CH. (dir.)**, *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Paris, IRJS Editions, PUF, Coll. Les voies du droit, 2011.
- GUIDICELLI-DELAGE G., LAZERGES CH. (dir.)**, *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, PUF, Coll. Les voies du droit, 2008.
- HANDMAN M.E., MOSSUZ-LAVAU (dir.)**, *La prostitution à Paris*, Paris, Éditions La Martinière, 2006.
- HEGEL G. W. F.**, *Principes de philosophie du droit*, Paris, Gallimard, 1940.
- JANKÉLÉVITCH V.**, *L'imprescriptible. Pardonner? Dans l'honneur et la dignité*, Seuil, 1986
- KAYZER P.**, *La protection de la vie privée par le droit*, PUAM, 3^{ème} éd., 1995.
- KHAIAT L., MARCHAL C.**, *Enfance dangereuse, enfance en danger ?*, Toulouse, Éditions Erès, « Hors collection », 2007.
- LAFLAQUIÈRE P.**, *Longues peines. Le pari de la réinsertion*, Toulouse, Éditions Milan, 2013.
- LAGRANGE H.**, *Demandes de sécurité : France, Europe, États-Unis*, Paris, Seuil, Coll. La République des idées, 2003.
- LAMEYRE X.**, *Le glaive sans la balance*, Paris, Éditions Grasset et Fasquelle, 2012.
- LEPAGE C., GUÉRY F.**, *La politique de précaution*, Paris, PUF, Coll. Questions actuelles, 2000.

- LEPRETRE P., URFER B.,** *Le principe de précaution, une clé pour le futur*, Paris, L'Harmattan, Coll. Questions contemporaines, 2007.
- LIANOS M.,** *Le nouveau contrôle social. Toile institutionnelle, normative et lien social*, Paris L'Harmattan, 2001.
- LIGUE DES DROITS DE L'HOMME,** *La justice bafouée. L'état des droits de l'homme en France*, Paris, La Découverte, Coll. Sur le vif, 2010.
- MARY PH., PAPTAEODOROU TH. (Eds),** *La surpopulation pénitentiaire en Europe. De la détention avant jugement à la libération conditionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 1999.
- MATTELART A.,** *La globalisation de la surveillance : aux origines de l'ordre sécuritaire*, Paris, La Découverte, 2008.
- MAURIN M.,** *Le ghetto français, Enquête sur la ségrégation urbaine*, Paris, Broché, Collection Essai, 2004.
- MAYAUD J.-Y.,** *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, Paris, L'Harmattan, 2003.
- MBANZOULOU P., HERZOG-EVANS M., COURTINE S. (dir.),** *Insertion et désistance des personnes placées sous main de justice. Savoirs et pratiques*, Paris, L'Harmattan, 2012
- MEKBOUL S. (alii),** *Des effets de la décentralisation sur la Prévention Spécialisée*, Paris, Édition de la Délégation Interministérielle à la Ville et Conseil National de Liaison des Associations de Prévention Spécialisée, 1992.
- MUCCHIELLI L. (dir.),** *La frénésie sécuritaire, Retour à l'ordre et nouveau contrôle social*, Paris, La Découverte, Coll. Sur le vif, 2008.
- MUTEAU CH.,** *De la prescription de l'action publique et de l'action civile en matière pénale*, Paris, Ed. Chevalier-Maresq, 1895.
- NELKEN D. (dir.),** *The Futures of Criminology*, London, Sage, 1994.
- NIVEAU G.,** *L'évaluation de la dangerosité et du risque de récidive*, Paris, L'Harmattan, 2011.
- NOIVILLE CH.,** *Du bon gouvernement des risques : le droit et la question du « risque acceptable »*, Paris, PUF, Coll. Les voies du droit, 2003.
- OTTENHOF R.,** *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, Paris, Ères, Coll. Criminologie Sciences de l'Homme, 2001.
- PAPADOPOULOS I.,** *Le plaider coupable : la pratique américaine, le texte français*, Paris, PUF, coll. « Les notes », 2004.
- PAQUES M. (dir.),** *Le principe de précaution en droit administratif. Precaution principle and administrative law*, Bruxelles, Bruylant, 2007.
- PAREINS L.,** *Victimes et procès pénal : je t'aime, moi non plus ?*, Grolley (Suisse), Éditions de l'Hébe, 2008.
- PARETTI-WATEL P.,** *La Société du risque*, Paris, La Découverte, coll. Repères, nouvelle édition, 2010.
- PÉDROT P., HERMITTE M.-A.,** *Traçabilité et responsabilité*, Paris, Economica, 2003.
- PIATELLI-PALMARINI M., RAUDE J.,** *Choix, décisions et préférences*, Paris, Odile Jacob, Broché, 2006.
- PORTELLI S.,** *Juger. Spirale sécuritaire, libertés en danger*, Paris, Les Éditions de

l'Atelier/Éditions Ouvrière, 2011.

PRITTWITZ C. et MANOLEDAKIS I. (dir.), *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, Nomos, 2000.

RIGAL-CELLARD B., *La guerre du Vietnam et la société américaine*, Bordeaux, PUB, 1991.

ROCHÉ S., *En quête de sécurité : causes de la délinquance et nouvelles réponses*, Paris, Armand Colin, 2003.

ROCHÉ S., *Insécurité et liberté*, Paris, Seuil, 1994.

ROCHÉ S., *Le sentiment d'insécurité*, Paris, PUF, 1993.

ROCHÉ S., *Sociologie politique de l'insécurité*, Paris, PU, Coll. Quadrige Essais Débats, 2004.

ROCHÉ S., *Sociologie politique de l'insécurité. Violences urbaines, inégalités et globalisations*, Paris, PUF, 1998.

ROCHÉ S., *Tolérance zéro ? Incivilités et insécurité*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2002.

ROSANVALLON P., *La crise de l'État providence*, Paris, Seuil, 1981.

RUDOLPH L., SOULLEZ CH., *Les stratégies de la sécurité : 150 propositions pour aller plus loin*, Paris, PUF, Coll. Questions judiciaires, 2007.

SAINATI G., SCHALCHLI U., *La décadence sécuritaire*, Paris, Éditions La Fabrique, 2007.

SALAS D. (dir.), *Victimes de guerre en quête de justice : faire entendre leur voix et les pérenniser dans l'histoire*, Paris, L'Harmattan, Coll. Sciences criminelles, 2004.

SALAS D., *La justice dévoyée. Critiques des utopies sécuritaires*, Paris, Éditions des Arènes, 2012.

SALAS D., *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette Littératures, Coll. Pluriel, 2005.

SÉNON J.-L., LOPEZ G., CARIO R. (al.), *Psychocriminologie, Clinique-Prise en charge-Expertise*, Paris, Ed. Dunod, Coll. Psychothérapies Pratiques, 2^{ème} édition, 2012.

SETBON M., *Risques, sécurité sanitaire et processus de décision*, Paris, Éditions Elsevier Coll. Médecine des risques, 2004.

SHRADER-FRECHETTE K.S., *Risk and Rationality : Philosophical foundations for populist reforms*, Los Angeles, University of California Press, 1991.

STASI J.-P., MINELLA A.-G., *L'ère du risque : de la prévention au principe de précaution*, Paris, Editions Bourin, 2005.

TALEB N. N., *Le cygne noir. La puissance de l'imprévisible*, Paris, Les Belles Lettres, 2008.

TOUBON J., *Pour en finir avec la peur*, Paris, Editions Robert Laffont, 1984.

TOURNIER P.-V., *Loi pénitentiaire, contexte et enjeux*, Paris, L'Harmattan, 2008.

TOURNIER P.-V., *Dialectique carcérale. Quand la prison s'ouvre et résiste au changement*, Paris, L'Harmattan, 2012.

TURCEY V., *L'Horreur juridique. Vers une société de procès*, Paris, Plon, 2002.

TVERSKY A., KAHNEMAN D., *Rational choice*, Oxford, Basil Blackwell, 1986.

TVERSKY A., SHAFIR A., *Penser l'incertain. Raisonner et choisir de façon non conséquentialiste*, Tome 1 : *Les limites de la rationalité*, Paris, Éditions Dupuy et Livet, La Découverte, 1997.

- VAN DE KERCHOVE M., *Sens et non-sens de la peine. Entre mythe et mystification*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009.
- VAN HOOREBEKE E., *Traité des prescriptions en matière pénale*, Bruxelles, A. Vandale, 1847.
- VICOT R. (DIR.), *Sécurité : vraies questions et faux débats*, Paris, L'Harmattan, 2013.
- VIRILIO P., *L'administration de la peur (Entretiens)*, Paris, Éditions Textuel, Coll. Conversations pour demain, 2010.
- VOLD G.-B., *Prediction Methods and Parole*, Hanover, NH, Sociological Press, 1931.
- VON HENTIG H., *The criminal and his Victim*, New Haven, Yale University Press, 1948.
- VRANCKEN D., *Le Nouvel Ordre protectionnel. De la protection sociale à la sollicitude publique*, Lyon, Ed. Paragon/Vs, Coll. Situations et critiques, 2010.
- WACQUANT L., *Big Brothers Awards : les surveillants surveillés*, Paris, La Découverte, 2008.
- ZAMIATINE E., *Nous autres*, 1920, Paris, Gallimard, L'Imaginaire, 1971.

IV- MÉLANGES ET OUVRAGES COLLECTIFS

- BLOMBERG T.-G., COHEN S. (Ed.), *Punishment and social control. Essays in honor of Sheldon L. Messinger*, New-York, Adline De Gruyter, 1995.
- BONDUELLE M., BOURDON W., COMPTE A. (ali.), *Contre l'arbitraire du pouvoir, 12 propositions*, Paris, Ed. La Fabrique, 2012.
- CLAY TH., JOXE P., LAZERGES CH., MIGNARD J.-P. (dir.), *Manifeste pour la justice*, Paris, Éditions Le Cherche midi, Coll. Documents, 2012.
- COLLECTIF, *Apprendre à douter. Etudes offertes à Claude Lombois*, Limoges, PULIM, 2004.
- COLLECTIF, *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, tome II, Paris, Pédone, 1975.
- COLLECTIF, *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz, Sirey, Coll. Philosophie politique, 1985.
- COLLECTIF, *Le droit pénal à l'aube du 3^{ème} millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, Cujas, 2006.
- COLLECTIF, *Les droit et le droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, Dalloz, Coll. Études, mélanges, travaux, 2006.
- COLLECTIF, *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, Paris, LexisNexis, Coll. Mélanges, 2012.
- COLLECTIF, *Perspectives du droit public. Mélanges offerts à Jean-Claude Hélin*, Paris, Litec, Lexisnexus, Coll. Jurisclasseur, 2004.
- COLLECTIF, *Politique(s) criminelles(s). Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Paris, Dalloz, Coll. Études Mélanges, 2014.
- COLLECTIF, *Rétribution et justice pénale*, Paris, PUF, Série Philosophie du droit, 1983.

INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *Peine Dangersité. Quelles certitudes ?*, Paris, Dalloz, Coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 9, 2010.

INSTITUT DE RECHERCHE SERVIER, *La prévention et la protection dans la société du risque : le principe de précaution*, Paris, Éditions Elsevier, 2001.

MUCCHIELLI L. (dir.), *La frénésie sécuritaire, Retour à l'ordre et nouveau contrôle social*, Paris, La Découverte, Coll. Sur le vif, 2008.

V- ARTICLES, CHRONIQUES

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « Le CE et le principe de précaution : l'affaire du maïs transgénique », *Droit administratif*, juin 1999, p. 4.

ATTAL M., « Le principe de précaution, outil de stratégie en procédure internationale ? », *Procédures*, n°7, Étude, juillet 2012, pp. 4-7.

AUBERT L., « Plaidoyer pour une nouvelle approche de la détention avant jugement », *RSC*, n°2, 2012, pp. 454-468.

AZIBERT G., « Perspectives et prospectives. Au sujet de la procédure de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », *Mélanges offerts à Jean Pradel*, Éditions Cujas, 2006, p. 173.

BAADER M., SHEA E., « Le travail pénitentiaire, un outil efficace de lutte contre la récidive ? », *Champ pénal*, Vol. IV | 2007.

BACHELET O., « La garde à vue, entre inconstitutionnalité virtuelle et inconventionnalité réelle », *Gazette du Palais*, 4-5 août 2010, n°216-217.

BAILLEAU F., « De la prévention de la délinquance à la gestion duale des nouvelles formes de troubles à l'ordre public », *Revue de l'IPC*, vol. 1, mars 2007, pp. 111-137.

BAILLEAU F., « Prévention de la délinquance ou gestion du risque? Un changement de paradigme », *Les Cahiers Dynamiques*, n°51, 2011/2, pp. 6-15.

BARATTA A., « Droits de l'homme et politique criminelle », *Déviance et société*, vol. 23, n°3, 1999, p. 243.

BARATTA A., « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal », *Déviance et société*, vol. 15, n°1, 1991, pp. 1-25.

BARON-LAFORET S., « Guide des nouvelles obligations de soin », *L'information psychiatrique*, 2009-8, vol.85, pp. 753-757.

BEAUVAIS P., « Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des cours européennes », *Archives de politique criminelle*, A. Pédone, n°29, 2007/1, pp. 3-18.

BENOÎT D., « Les sanctions éducatives : de l'ambiguïté persistante de la prise en charge du mineur délinquant », *Sociétés et jeunesse en difficultés*, n°, printemps 2006.

BERKMOES H., BOURDOUX G.-L., « La prévention de la criminalité », *RDPC*, 1986, pp. 733-782.

BERNARDI A., « L'eupéanisation de la science pénale », *Archives de politique criminelle*,

n°26, 2004/1, pp. 3-36.

BLANC A., « À propos du rapport de Dominique Raimbourg : « Penser la peine autrement : propositions pour mettre fin à la surpopulation carcérale », *Archives de politique criminelle*, 2013/1 n° 35, pp. 153-162.

BLANC A., DANET J., « Loi du 17 juin 1998 : l'obligation de soins, 10 ans après », Introduction, Dossier, *AJ pénal*, février 2009, n°2/2009, p. 53.

BONFILS PH., « Les dispositions relatives au droit pénal des mineurs délinquants dans la loi prévention de la délinquance », *Dalloz*, 2007. Chron. 1027.

BONFILS PH., Chronique législative, *RSC*, avril-juin 2012, p. 420.

BOUAGGA Y., « Qui sont « les pires des pires » ? Des usages des classifications en Supermax aux Etats-Unis », *Déviance et société*, vol. 34, n°2, 2010, pp. 201-216.

BOURGOIN N., « La délinquance des mineurs : vrai enjeu politique, faux problème social », *Délinquance, justice et autres questions de société*, 6 décembre 2011.

BOUTONNET M., « Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », *Recueil Dalloz*, n°40, 2010, pp. 2662-2670.

BOUTONNET M., « Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats », *Recueil Dalloz*, n°6, 2012, p. 377.

BOUTONNET M., « La théorie des troubles anormaux de voisinage et le principe de précaution : une conciliation difficile », *Dalloz*, 2008, p. 2916.

BOUVIER J.-C., « Une nouvelle peine au service de la probation », Dossier « Quelle peine », *AJ pénal* n°3/2013, 12 mars 2013, p. 132.

BOY L., « La nature juridique du principe de précaution », *Nature Sciences Sociétés*, 1999, vol. 7, n°3, pp. 5-11.

BRION F., « Réflexions sur les fonctions et la nature de la libération conditionnelle », *Revue de Droit pénal et de Criminologie*, 4-5, 2001, pp. 409-433.

BRODEUR J.-P., « Le contrôle social : privatisation et technocratie », *Déviance et société*, vol. 19, n°2, 1995, pp. 127-147.

BROWN J., JAMES J., « La prévention de la criminalité : à la recherche de concepts et de stratégies », *RSC*, 1980, pp. 943-956.

BRUSTON P., « La rétention de sûreté est-elle une modalité d'application des peines ? », *AJ Pénal*, n°10, octobre 2008, p. 403.

BÜCK V., « Le Conseil constitutionnel et les réformes pénales récentes », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°10, mai 2011.

BUISSON J., « Les présomptions de culpabilité », *Procédures*, 1999, chron. N° 15.

COSTAZ C., « Le droit à l'oubli », *Gaz. Pal.* 1995, 2, Doctr., p. 961. n° 36, p. 44.

CAHN O., « Le principe de nécessité en droit pénal – thèse radicale » in **CAHN O., PARROT K.**, *Le principe de nécessité en droit pénal*, Actes de la journée d'études radicales, Cergy-Pontoise, 12 mars 2012, Lextenso-éditions, Coll. LEJEP, 2013, p. 22.

CAILLAUD RITTER E., « Psychothérapies sous contraintes », *L'information psychiatrique* 8/2009 (Volume 85), pp. 715-718

CANS C., « Le principe de précaution, nouvel élément de légalité », *RFDA*, 15 (4), juillet-août

1999, pp. 750-763.

CARIO R., « La place de la victime dans l'exécution des peines », *Dalloz*, 2003, p. 145.

CARIO R., « La reconnaissance de la victime : instrumentalisation ou restauration », *Journal des Accidents et des Catastrophes*, n°53, avril 2005.

CASTAIGNÈDE J., « Un nouveau regard porté sur le droit pénal des mineurs », *Dalloz* 2003, p. 779.

CAUCHIE J.-F., CHANTRAINE G., « De l'usage du risque dans le gouvernement du crime », *Champ pénal*, Vol. II, 2005.

CERE J.-P., « De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le « plaider coupable », à la française, *AJP*, novembre 2003, p. 45.

CÉRÉ J.-P., « Peine (Nature et prononcé) », Article 3 : Distinction des peines et des mesures de sûreté, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, janvier 2008 (dernière mise à jour : janvier 2013).

CERF A., « La loi du 5 mars 2007 et les infractions de prévention : l'exemple du délit d'embuscade et sa déclinaison, le guet apens », *CRDF*, n°6, 2207, pp. 141-148.

CHACORNAC J., « Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger : les limites de la distinction des infractions matérielles et formelles », *RSC*, n°4, 2008, p. 849.

CHAMPEIL-DESPLATS V., « La liberté comme valeur. L'affirmation des droits fondamentaux : quelles significations ? Quelles conséquences ? », *Cahiers français*, n°354, janvier-février 2010, « Liberté/Libertés », La Documentation Française, pp. 19-23.

CHARRIÈRE-BOURNAZEL CH., « Garde à vue : le sursaut républicain », *Dalloz*, n°29, 2010, p. 1928.

CHARVET D., « Réflexions autour du plaider-coupable », *D.* 2004, Chron., p. 2517.

CHASSAING F., « Jalons pour une histoire de la présomption d'innocence », *Histoire de la justice*, n°12, 2000, pp. 232-242.

CHAVENT-LECLÈRE A.-S., et al., « La défense pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: enjeux et entorses », *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, n° spécial, 2010.

CHAVENT-LECLÈRE S., « L'inconstitutionnalité de la garde à vue française », *Procédures*, n°11, 2010, pp. 23-24.

CHAVENT-LECLÈRE S., « La garde à vue est morte, vive la garde à vue ! A propos de la loi n°2011-392 du 14 avril 2011 », *Procédures*, n°6, 2011, pp. 6-11.

CHEVALIER J., « La police est-elle encore une activité régaliennne ? », *Archives de politique criminelle*, n°33, Pédone, 2011, pp. 15-27.

CIIVALDINI A., « Sanctionner et soigner : du soin pénalement obligé au processus civilisateur », *La lettre de l'enfance et de l'adolescence* 3/2004 (n° 57), pp. 23-30.

COIGNAC A., « Justice. La « crise » de la justice dénoncée par les professionnels du droit », *Enquête, JCP*, n°11-12, 294, 14 mars 2011, pp. 515-519.

COLSON J.-P., SCHAPIRA J.-P., « La gestion des déchets radioactifs et la nécessité d'une loi nucléaire en France », *Revue juridique de l'environnement*, n°3, 1996, pp. 247-260.

CONTE PH., « 1992-2012 : regard effaré sur vingt ans de droit pénal », *JCP G*, supplément au n°7, 13 février 2012, pp. 3-6.

- CONTE PH.**, « *In Limine*, Cuisine constitutionnelle », *RPDP*, n°3, 2010, pp. 533-535.
- CONTE PH.**, « La loi de prévention de la délinquance du 5 mars 2007 : présentation des dispositions de droit pénal », *Droit pénal*, Étude 7, 2007.
- CORNIER K.**, « Les soins pénalement ordonnés », *Les Tribunes de la santé*, 2007/4, n° 17, Presses de Sciences Po, pp. 87-95.
- COURTIN CH.**, « France / La responsabilité pénale des mineurs dans l'ordre interne et international », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 75, 2004/1, pp. 337-353.
- COUSINEAU M.-M.**, « La détention provisoire en Québec : éléments de connaissance et propositions de réflexions », *Criminologie*, vol. 28, n°2, 1995, pp. 5-26.
- COUVRAT P.**, « Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres », *RSC*, 2001, p. 624.
- COUVRAT P.**, « Les dispositions relatives à l'application des peines de la loi Perben II », *Droit pénal*, n°6, Étude 8, juin 2004.
- CUCHE P.**, « De la possibilité pour l'école classique d'organiser la répression pénale en dehors du libre arbitre », *Annales de la Faculté de droit de Grenoble*, 1897.
- CURIEN H.**, « Science et connaissance des risques », *Risques. Les Cahiers de l'assurance*, n°44, octobre-décembre 2000.
- DANET J. et GRUNVALD S.**, « Le Droit à la sécurité et le risque au cœur d'un nouveau droit pénal ? », *Mélanges offerts à Jean-Claude Hélin, Perspectives du droit public*, Litec, Paris, 2004, p. 197s
- DANET J.**, « Juger la folie ? Au-delà de la responsabilité et de l'irresponsabilité pénale » in « Crime et folie, les entretiens de la fondation de Treilles, (dir. L. Bossi), Les cahiers de la NRF, Gallimard, 2011, pp. 303-323.
- DANET J.**, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *Champ pénal*, Vol. V, 2008.
- DANET J.**, « La prescription de l'action publique, un enjeu de politique criminelle », *Archives de politique criminelle*, n°28, 1/ 2006, pp. 73-93
- DANET J.**, « La répression a-t-elle valeur de prévention de la prise de risques ? » *Journal du droit des jeunes*, n°204, avril 2001, pp.17-24
- DANET J.**, « Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité », *Archives de politique criminelle*, A. Pédone, 2003, n°25, p. 37-71.
- DANET J.**, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la défense sociale nouvelle », *RSC*, n°1, 2010, p. 49.
- DANET J.**, « Prescription et amnistie, une relation au temps à retrouver ? » in **DANTI-JUAN M.** (dir.), *La mémoire et le crime*, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas, 2010-27, pp.51-65.
- DANET J., SAAS C.**, « De l'usage des notions de « délinquants anormaux » et « délinquants d'habitude » dans les législations allemande, belge, française et suisse », *Champ pénal*, Vol. VII, 2010.
- DARSONVILLE A.**, « La destruction d'OGM ne relève pas de l'état de nécessité », *Dalloz* 2007, n°14, p. 754. **DARSONVILLE A.**, « Viol », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, dernière mise à jour juin 2012.
- DAVID M.**, « Loi de rétention de sûreté. Lecture des dangerosités. Histoire de leur

appropriation politique et psychiatrique », *L'Information Psychiatrique*, Volume 84, Juin-juillet 2008, Biopolitique, pp. 519-526.

DE LAMY B., « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », *Les Cahiers de droit*, vol. 50, n°3-4, 2009, pp. 585-609.

DE LAMY B., « Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°26, Août 2009.

DE LARMINAT X., « Denis Salas, La Volonté de punir, Essai sur le populisme pénal », *Champ pénal*, Archives, le 8 novembre 2006.

DE LARMINAT X., « La probation en quête d'approbation : du consensus politique à l'aveuglement positiviste », *Archives de Politique Criminelle*, 2013/1, n°35, A. Pédone, pp. 45-60.

DE POMPIGNAN D., « Loi régissant les usages pacifiques de l'énergie nucléaire. Concepts clés », *Bulletin de l'énergie nucléaire*, n°76.

DE SADELEER N., « Les avatars du principe de précaution en droit public : effet de mode ou révolution silencieuse ? », *RFDA*, 2001, p. 548.

DEGUERGUE M., « Les avancées du principe de précaution en droit administratif français », *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 58, 2/2006, pp. 621-641.

DEKEUWER A., « Un principe constitutionnel contestable », *D.* 1982, p. 441.

DELAGE J.-P., « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *RSC*, octobre-décembre 2007, p. 797.

DELLA FAILLE N., MINCKE CH., « Les mutations du rapport à la loi en droit pénal », *Déviance et société*, vol. 26, n°2, 2002, pp. 135-161.

DELMAS-MARTY M., « Humanité, espèce humaine et droit pénal », *RSC*, juillet-septembre 2012, p. 499.

DELMAS-MARTY M., « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? », *RSC*, 2007, p. 461.

DELMAS-MARTY M., « Violence et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *RSC*, n°1, 2009, pp. 59-67.

DELORS G., « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *RSC*, n°3, 2010, pp. 599-611.

DERRIDA J., « Le siècle et le pardon », *Le Monde des Débats*, décembre 1999.

DINTHILAC J.-P., « Contrainte pénale communautaire », Dossier « Quelle peine », *AJ pénal* n°3/2013, 12 mars 2013, p. 132.

DOMINI M., « Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme ? », *RSC*, n°1, 2009, pp. 31-42.

DORON C.-O., « L'au-delà du risque : précaution et attention », *Psychiatries, Revue de recherche et d'échanges*, n°155, septembre 2011, pp. 103-118.

DORON C.-O., « La rétention de sûreté : vers un nouveau type de positivisme juridique ? », *L'Information Psychiatrique*, Vol.84, n°6, Juin,-Juillet 2008, Biopolitique, pp. 533-541.

DOUCET J.-P., « Les familles d'infractions », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1975, p. 769.

- DOUCET J.-P.**, « Les infractions de prévention », *Gazette du Palais*, II. Doct., 1976, p. 764.
- DUBOUCHET J.**, « Les représentations sociales de la justice pénale. Retour sur un chantier abandonné », *Déviance et société*, vol. 28, n° 2, 2004, pp. 179-194.
- DUBRET G.**, « L'injonction thérapeutique de la loi du 17 juin 1998 : une tentative pour articuler la peine et le soin », *Annales Médico-psychologiques*, Vol 164 - N° 10, décembre 2006, pp. 851-856.
- DUBREUCQ J.-C., JOYAL C.-C., MILLAUD F.**, « Risque de violence et troubles mentaux graves », *Annales Médico Psychologiques*, n°163, 2005, pp. 852-865.
- DULONG R.**, « Sens et non-sens de l'autodéfense », *Déviance et société*, vol. 3, n°5, 1981, pp. 211-222.
- EWALD F.**, « La providence de l'État » (Entretien), *Ceras, Revue Projet*, n°261, mars 2000.
- FEELEY M., SIMON J.**, « The New Penology : Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications », *Criminology*, 30/4, 1992, pp. 449-474.
- FLECK M.**, « L'étude et le traitement judiciaire de la récidive à Chicago, 1920-1940 », *Champ pénal*, vol. V, 2008.
- FONTAINE C.**, « Le principe de précaution s'applique aux antennes-relais », *Journal de l'environnement*, 23 juillet 2010.
- FOUCAULT M.**, « Des espaces autres », *Architecture, Mouvement, Continuité*, n°5, octobre 1984, pp. 46-49.
- FOURNIE F.**, « Nouvelles considérations « huroniques » », *JCP G*, 20 septembre 2010, pp. 1714-1716.
- GARAPON A.**, « Malaise dans la magistrature », Entretien, *JCP*, n°8, 199, 21 février 2011, p. 366.
- GARÇON E., PELTIER V.**, « Commentaire de la loi n°2002-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines », *Droit pénal*, n°6, juin 2012, 11, pp. 9-18.
- GARÇON E., PELTIER V.**, « Un an de droit de la peine (Janvier-Décembre 2012) », *Droit pénal*, chron., n°3, mars 2013, pp. 19-33.
- GARLAND D.**, « Les contradictions de la « société punitive » : le cas britannique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 124, septembre 1998, pp. 49-67.
- GAUTRON V.**, « De la société de surveillance à la rétention de sûreté, Étapes, faux-semblants, impasses et fuites en avant », in « Loi du 17 juin 1998 : l'obligation de soins, 10 ans après », Dossier, *AJ pénal* février 2009, n°2/2009, p. 56.
- GAUTRON V.**, « La fin de la singularité du modèle français de prévention de la délinquance », *AJ Pénal*, n°5, 2007, pp. 205-209.
- GAUTRON V.**, « La prolifération incontrôlée des fichiers de police », *AJ Pénal*, n°2, 2007, p. 57
- GAUTRON V.**, « Usages et mésusages des fichiers de police: la sécurité contre la sûreté ? », *AJ Pénal*, 2010, vol. 6, pp. 266-269.
- GERSTLÉ J.**, « La réactivité aux préférences collectives et l'imputabilité de l'action publique », *Revue française de science politique*, vol. 53, n°6, décembre 2003, Presses de Sciences PO, pp. 859-885.
- GIACOPELLI M.**, « Les dispositions procédurales de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 applicable aux mineurs et aux majeurs délinquants », *JCP* 2003, I, p. 139.

- GIUDICELLI A.**, « Le Conseil constitutionnel et la garde à vue : « puisque ces mystères nous dépassent, feignons d'en être l'organisateur », *RSC*, n°1, 2011, pp. 139-142.
- GIUDICELLI A.**, « Le principe de légalité en droit pénal français. Aspects légistiques et jurisprudentiels », *RSC*, juillet/septembre 2007, pp. 509-525.
- GLUCK C.**, « 11 septembre. Guerre et télévision au XXIe siècle », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, n°1, 2003, pp. 135-162.
- GODARD O.**, « Le principe de précaution comme norme de l'action publique, ou la proportionnalité en question », *Revue économique*, vol. 54, n°6, 2003, pp. 1245-1276.
- GOGORZA A.**, « Le droit pénal de l'environnement », *Droit pénal*, n°9, septembre 2013, p. 23.
- GOSSEMENT A.**, « Antennes-relais », *Jurisqueuseur environnement*, n°12, décembre 2005, pp. 25-26.
- GRANDE E.**, « Droit pénal, principe de légalité et civilisation juridique : une vision globale », *RIDC*, 1-2004, pp. 119-129.
- GUÉGAN A.**, « L'apport du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », *Revue Juridique de l'Environnement*, 2000, p. 147.
- GUÉRY CH.**, « Définir ou bégayer : la contrainte morale après la loi sur l'inceste », *AJ Pénal*, n°3, 2010, pp. 126-128.
- GUILLAUME Y.**, « Une offre de soin, pour quel suivi ? », in « Loi du 17 juin 1998 : l'obligation de soins, 10 ans après », Dossier *AJ pénal*, février 2009, n°2/2009, p. 62.
- HAAS M., MARON A.**, « L'article 61-1 de la Constitution efface les articles 62 et suivants du code de procédure pénale », *Droit pénal*, n°10, 2010, pp. 37-42.
- HARCOURT B.-E.**, « Surveiller et punir à l' ège actuariel. Généalogie et critique », *Déviance et société*, vol. 35, n°1, pp. 5-33.
- HART H.**, « Predicting of Parole Succes », *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, vol. 14, 1923, p. 405.
- HENRION H.**, « L'article préliminaire du Code de procédure pénale : vers une «théorie législative» du procès pénal ? », *Archives de politique criminelle*, A. Pédone, n° 23, 2001/1, pp. 13-52.
- HENRION H.**, « La présomption d'innocence, un « droit à ... »? Comparaison franco-allemande », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 57, n°4, 2005. pp. 1031-1054.
- HERZOG-EVANS M.**, « Les textes d'application de la loi rétention de sûreté », *Dalloz*, 2008 p. 3098.
- HERZOG-EVANS M.**, « Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique », *AJ pénal*, n°63, 2012, p. 75.
- HERZOG-EVANS M.**, « Récidive : Surveiller et punir plutôt que prévenir et guérir », *AJ Pénal*, n°9, 2005, p. 305.
- HUDON M.**, « Risques et dangers : quelle classification et modes de gestion ? », Centre Émile Durkheim, Working Paper 06/001, Université libre de Bruxelles, Solvay Business School, février 2006.
- HUET A.**, « Une méconnaissance du droit international ; à propos de la rétroactivité *in mitius* », *JCP*, 1987.1.3293
- HUNYADI M.**, « La logique du raisonnement de précaution », *Revue européenne des sciences*

sociales, XLII-130, 2004.

JABRI V., « La guerre et l'État libéral démocratique », *Cultures et conflits*, n°61, 2006, pp. 9-34.

JAKOBS G., « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC*, n°1, 2009, p. 7.

JANKÉLÉVITCH V., « L'imprescriptible », *La Revue administrative*, 1965.

JEAN J.-P., « Saisine du CSM par les justiciables, la boîte de Pandore est-elle ouverte ou fermée ? », Blog Dalloz, le 25 juin 2009.

JOURDAIN P., « Principe de précaution et responsabilité civile », *Les Petites Affiches*, 30 novembre 2000.

JUNG H., « Le plaider coupable et la théorie du procès pénal », *Mélanges offerts à Jean Pradel*, Éditions Cujas, 2006, p. 805

JUNG H., « Le plaider coupable et la théorie du procès pénal », *Mélanges offerts à Jean Pradel*, Éditions Cujas, 2006, p. 805.

KALUSZYNSKI M., « Le retour de l'homme dangereux. Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages », *Champ pénal*, vol. V, 2008.

KENSEY A., « La réalité statistique des peines et mesures concernées par l'obligation de soins, le suivi socio-judiciaire », in « Loi du 17 juin 1998 : obligation de soins, 10 après après », Dossier, *AJ pénal* février 2009, n°2/2009, p. 58.

KLUGER J., « L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC* 1995, p. 505.

LAMEYRE X., « Une poétique des soins pénalement ordonnés », Texte d'une conférence donnée à la faculté de médecine de Lyon I, DU de Criminologie clinique, Travaux et contributions, *Forensic, Revue de psychiatrie et psychologie légale*, n°12, octobre, novembre, décembre 2002, pp. 47-57.

LAMEYRE X., SENON J.-L., « Résister à la démesure », Editorial, *Forensic, Revue de psychiatrie et psychologie légale*, n°16, 2003, pp. 1-2.

LANGUIN N., WILDMER E., KELLERHALS J., ROBERT CH.-N., « Les représentations sociales de la justice pénale : une trilogie », *Déviance et société*, vol. 28, n°2, 2004, pp. 159-178.

LASCOUMES P., « La précaution comme anticipation des risques résiduels et hybridation de la responsabilité », *L'Année sociologique*, vol. 46, n°2, 1996, pp. 365-370.

LASCOUMES P., « La précaution, un nouveau standard de jugement », *Esprit*, novembre 1999, pp. 129-140.

LASCOUMES P., SERVERIN E., « Théories et pratiques de l'effectivité du Droit », *Droit et sociétés*, 2/1986, pp. 127-150.

LAZERGES CH., « A propos des fonctions du nouveau code pénal français », *Archives de politique criminelle*, n°17, Pédone, 1995, p. 8.

LAZERGES CH., « De l'irresponsabilité à la responsabilité pénale des mineurs délinquants : relecture des articles 1^{er} et 2 de l'ordonnance du 2 février 1945. », *RSC*, 1995, p. 149.

LAZERGES CH., « De la fonction déclarative de la loi pénale », *RSC*, janvier/mars 2004, p. 201.

LAZERGES CH., « Dédoublage de la procédure pénale et garantie des droits fondamentaux », *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2006, pp. 573-589.

- LAZERGES CH.**, « La présomption d'innocence » in R. CABRILLAC, **M.-A. FRISON-ROCHE ET T. TREVET** (DIR.), *Droits et libertés fondamentaux*, Paris, Dalloz, 10^{ème} édition, 2004, n°625, p. 479.
- LAZERGES CH.**, « Fallait-il modifier l'ordonnance du 2 février 1945 ? », *RSC*, 2003, p. 172.
- LAZERGES CH.**, « La défense sociale nouvelle a 50 ans. L'actualité de la pensée de Marc Ancel », *RSC* 2005, p. 165.
- LAZERGES CH.**, « La mutation du modèle protectionniste de justice des mineurs », *RSC*, n°1, 2008, p. 200.
- LAZERGES CH.**, « La présomption d'innocence en Europe », *Archives de politique criminelle*, A. Pédone, n°26, 2004/1, pp. 125-138.
- LAZERGES CH.**, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *RSC*, 2008, p. 731.
- LAZERGES CH.**, « Le projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », *RSC*, 1999, p. 167.
- LAZERGES CH.**, « Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes. Histoire d'une navette parlementaire presque achevée », *Archives de politique criminelle*, A. Pédone, 2000, p. 55.
- LAZERGES CH.**, « Les limites de la constitutionnalisation du droit pénal des mineurs », *Archives de politique criminelle*, n°30, 1/ 2008 , pp. 5-23 .
- LAZERGES CH.**, «Du consensus sur la prévention de la récidive », *RSC*, n°1, 2013, p. 191.
- LAZERGES CH.**, «La prévention de rue : un outil de protection de l'enfant et de l'adolescent », *ACP*, n°32, Pédone, 2010, pp. 141-142.
- LAZERGES CH.**, «Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité », *RSC*, n°1, 2012, p. 276.
- LAZERGES CH.**, «Lectures du rapport Varinard », *RSC*, n°1, 2009, p. 226.
- LAZERGES CH.**, «Politique criminelle et droit de la pédophilie », *RSC*, n°3, juillet/septembre 2010, Chron., pp. 725-741.
- LAZERGES CH.**, «Politique criminelle nationale et droits de l'homme à l'aune des avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme », *RSC*, juillet/septembre 2012, pp. 747-754.
- LE GUNEHEC F.**, « Aperçu rapide des dispositions de la loi du 17 juin 1998 », *JCP*, 1998, Actualités, n°27, p. 1193, et n°28, p. 1252.
- LEBLOIS-HAPE J.**, « Première confrontation de la détention de sûreté à la Convention européenne des droits de l'homme, l'arrêt M. c/ Allemagne du 17 décembre 2009 », *AJ pénal*, 2010, p. 129.
- LEPAGE A.**, « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP G*, n°12, Étude 335, 2010, pp. 607-617.
- LETURMY L.**, « L'effritement des principes directeurs énoncés par l'article 2 de l'ordonnance du 2 février 1945 », *Archives de politique criminelle*, n° 30, 1/ 2008, pp. 63-77 .
- LEVASSEUR G.**, « Une révolution en droit pénal : le nouveau régime des contraventions », *D.* 1959. CHRON. 121.
- LOMBOIS C.**, « La présomption d'innocence », *Revue Pouvoirs*, 1990, p. 81.

- MALABAT V.**, « Responsabilité et irresponsabilité pénale », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°26, août 2009.
- MANSUY I.** « Principe de légalité et d'exécution des peines en France et Allemagne, Droit = droits ? », *Champ pénal*, Vol. II, 2005, Varia
- MARCUS M., VOURC'H C.**, « La sécurité comme bien commun », *Esprit*, 248, 1998, p. 84.
- MARTIN J.G.**, « Précaution et évolution du droit », *Dalloz* 1995, chron. 229, p. 299.
- MARX G.-T.**, « La société de sécurité maximale », *Déviante et société*, vol. 12, n°2, 1988.
- MARY PH.**, « Les figures du risque et de l'insécurité », L'impact sur le contrôle, *Informations sociales*, 2005/6, n°126, pp. 16-25.
- MARY PH.**, « Pénalité et gestion des risques : vers une justice « actuarielle » en Europe », *Déviante et société*, vol. 25, n°1, 2001, pp. 4-19.
- MATSOPOULO H.**, « Le renouveau des mesures de sûreté », *Dalloz*, 2007, p. 1607.
- MATSOPOULO H.**, « Une réforme inachevée », *JCP G*, n°19, 9 mai 2011, pp. 908-912.
- MAYAUD Y.**, « De l'article 121-3 du code pénal à la théorie de la culpabilité en matière criminelle et délictuelle », *Dalloz* 1997, p. 37.
- MAYAUD Y.**, « La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 du 21 février 2008 », *Dalloz* 2008, p. 1360.
- MAYAUD Y.**, « La résistance du droit pénal au préjudice », *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 811.
- MAYAUD Y.**, « Violences involontaires et responsabilité pénale », *Dalloz*, 2003, n°01-02.
- MAYER D.**, « La pudeur du droit face à l'inceste », *Dalloz*, chron. 213, 1988.
- MAZEAUD D.**, « Responsabilité civile et précaution », *RCA (Revue Responsabilité civile et assurances)*, Chron. 14, juin 2001.
- MAZEAUD P.**, Président du Conseil constitutionnel, « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *JCP, G*, 2005, p. 245.
- MENDELSON B.**, « The Victimology », *Etudes internationales de psycho-sociologie criminelle*, juillet-septembre 1969, pp. 25-26.
- MENDELSON B.**, « Une nouvelle branche de la science bio-psycho-sociale », *RICPT*, n°2, 1956, pp. 95-109.
- MIGNARD PH.**, « Pourquoi l'État intervient... », *Revue Constructif*, juin 2008.
- MISTRETTA P.**, « De la répression à la sûreté, les derniers subterfuges du droit pénal. A propos de la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *JCP*, 27 février 2008, Actualités, p. 7.
- MOLINS F.**, « Plaidoyer pour le « plaider coupable » : des vertus d'une peine négociée », *AJP*, nov. 2003, p. 61.
- MONTAS A., ROUSSEL G.**, « La pénalisation explicite de l'inceste : nommer l'innommable », *Archives de politique criminelle*, n°32, Pédone, 2010, pp. 289-308.
- MORIQUENDI M.**, « Les positivistes italiens et leurs successeurs : le substantialisme, passé et présent », *Esprit critique, Revue internationale de sociologie et des sciences humaines*, Numéro thématique Hiver 2002 : « La criminologie : genèse, auteurs et histoire ou le récit d'une discipline en devenir », vol. 4, n°1, janvier 2002.

- MOULY J.**, « La classification tripartite dans la législation contemporaine », *RSC*, 1982, p. 3.
- MUNOZ CONDE F.**, « Le droit pénal international est-il un « droit pénal de l'ennemi ? », *RSC*, n°1, 2009, pp. 19-30.
- NEUILLY M.-A., ZGOBA K.**, « La panique pédophile aux Etats-Unis et en France », *Champ pénal*, XXXIVe Congrès français de criminologie, Responsabilité/irresponsabilité pénale, 14 décembre 2005.
- NOIVILLE CH.**, « La lente maturation jurisprudentielle du principe de précaution », Noiville Ch., « Dossier sur le principe de précaution », *Recueil Dalloz*, n°22, 2007, p. 1514.
- NOIVILLE CH.**, « Principe de précaution et santé, le point sur quinze années de jurisprudence », *Lex Electronica*, vol. 13, n°2, automne 2008.
- OBRECHT O.**, « Des progrès pour la santé en prison », *Projet 1/2002* (n° 269), pp. 110-117.
- OLOUMI Z.**, « Le principe de précaution, outil effectif du processus de décision publique », *Revue d'Actualité Juridique Française*, juin 2004, p. 9.
- OLOUMI Z.**, « Vers un nouveau principe général de droit : le respect du principe de précaution », *Revue d'Actualité Juridique Française*, 22 décembre 2002.
- OTTENHOF R.**, « La responsabilité pénale des mineurs dans l'ordre interne et international », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 75, 2004/1, pp. 25-29.
- PAPA M.**, « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international », *RSC*, n°1, 2009, pp. 3-6.
- PÂQUES M.**, « La précaution en droit administratif », *Electronic journal of comparative law*, vol. 11-3, décembre 2007, pp. 5-6.
- PARIZOT R.**, « L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes du droit pénal », *Dalloz*, n°40, chron., 2009, p. 2701.
- PARIZOT R.**, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Paris, Dalloz, Coll. Etudes Mélanges, 2014, pp. 245-257.
- PARIZOT R., ASCENCI L.**, « La participation des acteurs publics et privés du procès pénal à la recherche de la vérité », in Giudicelli-Delage (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale : perspectives comparées*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 81-91.
- PETON A.**, « Antennes-relais : le Conseil d'État applique le principe de précaution pour la première fois », *La Gazette des communes*, 30 juillet 2010.
- PIN X.**, « L'infraction injuste », *Mélanges en l'honneur de Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012,
- PIN X.**, « La notion de faute en droit pénal (121-3=0?) » in « Droit pénal: le temps des réformes », Litec, Lexis-Nexis, Débats et colloques 2010, n°32, p. 95 et s.
- PIN X.**, « La privatisation du procès pénal », *RSC*, n° 2, 2002, pp. 245-261.
- PIN X.**, « La responsabilité pénale des parents du fait de leur enfant mineur » in « Etre parent aujourd'hui », Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 73 et s.
- PIN X.**, L'internement de sûreté en Allemagne : une mesure de défense sociale à la dérive, *Déviance et société*, vol, 34, 2010/4, pp. 527-545.

- POIRMEUR Y.**, « L'État de droit entre enchantement et désenchantement », *Curentul juridic*, vol. 3, 2010, pp. 13-28.
- PONCELA P.**, « La pénalisation des comportements dans l'espace public », *Archives de politique criminelle*, n°32, Pédone, 2010, pp. 8-21.
- PORTERON C.**, « Lois et décrets », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, juin 2002, dernière mise à jour juin 2012, Chapitre 2, Section I, Article 2, n° 146S.
- PRADEL J.**, « Le plaider coupable, confrontation des droits américain, italien et français », *RIDC*, 2-2005.
- PRADEL X., SEURIN M., CASANOVA D., MISSISTRANO D.**, « Le plaidoyer de culpabilité », *Revue Pénitentiaire*, 2005, p. 377.
- PREUSS-LAUSSINOTTE**, « Bases de données personnelles et politiques de sécurité : une protection illusoire ? », *Cultures et Conflits*, n°64, Hiver 2006, pp. 77-95.
- PRIEUR M.**, « L'environnement entre dans la Constitution », *Droit de l'Environnement*, 2003, n°06, pp. 38-42.
- PUECH M.**, « De la mise en danger d'autrui », *Dalloz* 1994, Chron. 153.
- REDOR M.J.**, « Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux », *Cahier de la recherche sur les droits fondamentaux*, n°1, 2002, p. 94.
- REMOND-GOULLLOUD M.**, « Les OGM au Conseil d'État : commentaire de l'arrêt du Conseil d'État rendu le 25 septembre 1998 », *G.P.*, 22-23 janvier 1999, p. 13.
- RENUCCI J.-F.**, « Le droit pénal des mineurs entre son passé et son avenir », *RSC*, 2000, p. 79.
- RICOEUR P.**, « Le concept de responsabilité, essai d'analyse sémantique », *Esprit*, n°11, novembre 1994, pp. 28-48.
- RIVERO J.**, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *Mélanges à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 675.
- ROBERT J.-H.**, « La classification tripartite es infractions dans le nouveau Code pénal », *Droit pénal*, chron. 1, 1995.
- ROBERT J.-H.**, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°26 (dossier : « La Constitution et le droit pénal), août 2009.
- ROBERT PH.**, « La crise de l'économie répressive », *RSC*, n°1, 1986, pp. 69-78.
- ROETS D.**, « L'application de la loi pénale dans le temps et la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 2004. 1991.
- ROETS D.**, « La privation de liberté de sûreté allemande (Sicherungsverwahrung) : une peine soumise au principe de non-rétroactivité », *RSC* 2010, p. 236.
- ROETS D.**, « Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », *RSC*, 2007, p. 251.
- ROMAN J.**, « Une démocratie de plaignants », *Esprit*, 3-4, 1998, pp. 19-28.
- ROME F.**, « Haro sur le principe de précaution ! », *Recueil Dalloz*, n°17, 2010.
- ROTH R.**, « Nouveau droit des sanctions en Suisse : entre l'ami et l'ennemi », *RSC* 2006, p. 117.
- ROUSSEAU D.**, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 13 mars 2003 », *Revue de droit public*, 2003, p. 1147.

- ROUSSEAU F.**, « Essai d'une reconfiguration des infractions pénales contre les personnes à l'aune des « scandales sanitaires » », *Droit pénal*, Étude 11, n°5, mai 2013, pp. 7-12.
- ROUYÈRE A.**, « L'exigence de précaution saisie par le droit », *RFDA*, 16 (2), mars-avril 2000, pp. 266-283.
- ROUYÈRE A.**, « Protection de la santé et droit de la responsabilité », *Revue Général du Droit Médical*, n° spécial, La protection de la santé publique, 2005, p. 105.
- SAAS C.**, « Actualités du droit pénal allemand en 2010 », *RSC*, 2011, p. 253.
- SAAS C.**, « Avis d'orage sur l'internement à durée illimitée des délinquants », *AJ pénal*, 2011, p. 462.
- SACHS O.**, « Principe de précaution et contrôle de légalité », *Cahiers Juridiques de l'Electricité et du Gaz*, décembre 1999, p. 420.
- SALAS D.**, « État de sécurité ou État de droit ? », *Études* 2008/4, pp. 463-473.
- SALAS D.**, « L'inquiétant avènement de la victime », *Sciences Humaines*, Hors-série n°47, décembre 2004-janvier/février 2005.
- SALAS D.**, « Pourquoi punir », *Journal français de psychiatrie*, n°13, 2/ 2001, pp. 6-9.
- SALAS D.**, « Un nouveau modèle : le risque et la précaution », *Journal français de psychiatrie*, n°23, 3/2004, pp. 30-31.
- SANCIU**, « La capacité pénale », *RDCP*, 1938, p. 854.
- SAUTEL O.**, « Réflexions sur les politiques publiques en matière de lutte contre les addictions: Analyse juridique au regard du droit pénal », *Archives de Politique Criminelle*, 2009/1, n°31, Pédone, pp. 25-41.
- SCHNAPPER D.**, « Les libertés au sein de l'État-providence », *Cahiers français* n°354, janvier-février 2010, « Liberté/libertés », La Documentation Française, pp. 8-11.
- SENON J.-L.**, « Réglementation et structure de l'intervention psychiatrique dans la prison depuis la mise en place de la loi du 18 janvier 1994 », *Revue de Sciences criminelles et de Droit pénal comparé*, 1994, n°3, pp. 509-521
- SENON J.-L.**, « Troubles psychiques et réponses pénales », *Champ pénal*, XXXIVe Congrès français de criminologie, Responsabilité/Irresponsabilité Pénale, 2005.
- SÉNON J.-L.**, « Un bilan en demi-teinte de l'interface santé justice », in Dossier « La loi du 17 juin 1998 : l'obligation de soins, 10 ans après », *AJ pénal*, février 2009, n°2/2009, p. 64.
- SENON J.-L.**, **MANZARENA C.**, « Psychiatrie et justice : évolutions contemporaines de la clinique et de l'organisation des soins », *AJ pénal*, 2007, p. 123.
- SENON J.-L.**, **MANZARENA C.**, « Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté », *AJ pénal* n°4/2008, avril 2008, pp. 176-180.
- SILVA-SANCHEZ J.- M.**, « Responsabilité individuelle ou responsabilité sociale en matière de délit » in *Le droit pénal à l'aube du 3^{ème} millénaire*, *Mélanges offerts à Jean Pradel*, Ed. Cujas, 2006, p. 537s (ici, p. 541).
- SLINGENEYER T.**, « La nouvelle pénologie, une grille d'analyse des transformations des discours, des techniques et des objectifs dans la pénalité », *Champ pénal*, Vol. IV, 2007.
- SNACKEN S.**, **VAN ZYL SMIT D.**, « Principles of European Prison Law and Policy », *Penology and Human Rights*, Oxford University Press, 2009, p. 342

- SOULEZ LARIVIÈRE D.**, « De la victimisation et de nombreuses autres causes », *La pénalisation, Pouvoirs, Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°128, Seuil, 2009, p. 27.
- TAVOILLOT P.-H.**, « Juger et éduquer les mineurs délinquants, de Dominique Youf », *Sociétés et jeunesses en difficultés*, Hors-série, 2010.
- TIFINE P.**, « Droit administratif français », *Revue générale du droit*, Éditions juridiques franco-allemande, 2012, Deuxième partie, Chapitre II, Section II, §II.
- TOURNIER P.-V.**, « Réformes pénales : Deux ou trois choses que j'attends d'elles, 5 ans après », *Arpenter le champ pénal*, n° 253-254, supplément n° 1, 17 déc. 2011.
- TOURNIER P.-V.**, « La contrainte pénale communautaire », Dossier « Quelle nouvelle peine » *AJ pénal* n°3/2013, 12 mars 2013, p. 128.
- TOURNIER P.-V.**, « Les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation », Dossier « Quelle nouvelle peine ? », *AJ pénal* n°3/2013, 12 mars 2013, p. 126.
- TOURNIER P.-V.**, « Pour en finir avec la primauté de l'emprisonnement. Mettre au centre de l'échelle des sanctions la contrainte pénale communautaire », *Arpenter le champ pénal*, n° 250, 21 nov. 2011.
- TRÉBULLE F.-G.**, « OGM : le « fauchage » n'est justifié ni par l'état de nécessité, ni par le principe de précaution », *JCP*, Ed. Générale, 2007, vol. 81, n° 14, pp. 41-44.
- TREICH N.**, « Décision séquentielle et principe de précaution », *Cahiers d'économie et sociologie rurales*, n°55-56, 2000, p. 7.
- TUCHSCHERER E.**, « Le décisionnisme de Carl Schmitt : théorie et rhétorique de la guerre », *Mots. Les langages du politique*, n°79, 2004, pp. 26-27.
- TULKENS F.**, « Le mouvement de réforme des codes et le nouveau code pénal français », *Archives de politique criminelle*, n°17, Pédone, 1995.
- VALOTEAU A.**, « Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? », *Droit pénal*, mai 2006, p. 8.
- VAN DE KERCHOVE M.**, « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *RSC* 2008, p. 813
- VAN DE KERCHOVE M.**, « Des mesures répressives aux mesures de sûreté et de protection. Réflexions sur le pouvoir mystificateur du langage », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1976-1977, pp. 245-279.
- VAN DE KERCHOVE M.**, « Les fonctions de la sanction pénale », *Informations sociales* 7/ 2005 (n° 127) , pp. 22-31.
- VAN GRIETHUYSEN P.**, « Le principe de précaution : quelques éléments de base », *RIBIO*, Genève, février 2003.
- VARINARD A.**, « Politique criminelle et tendances de la législation pénale française contemporaine », *Déviance et société*, vol. 7, n°2, 1983, pp. 155-169.
- VERNIER J.**, « La répression de la prostitution à la conquête de nouveaux espaces », *Archives de politique criminelle*, n°32, Pédone, 2010/1, pp. 75-92.
- VERNIER J.**, « Raccolage passif, quand la loi dérape », propos recueillis par Marianne Langlet, *Le Journal du sida*, n°202, janvier 2008.
- VIGOUR C.**, « Justice : l'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques », *Droit et société*, 2/2006, n°63-64, pp. 425-455.

VINEY G., « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privée », *Dalloz*, 2007, Chron. 1542.

WACQUANT L., « Au chevet de la modernité : le diagnostic du docteur Giddens », *Cahiers internationaux de sociologie*, XCIII, décembre 1992, pp. 389-397.

WEIL E., « Guerre et politique selon Clausewitz », *Revue française de science politique*, n°2, 1955, pp. 291-314.

WYVEKENS A., « La rétention de sûreté en France : une défense sociale en trompe-l'œil (ou les habits neufs de l'empereur) », *Déviance et société*, 2010, vol. 34, n°4, pp. 506-525.

ZAFARONI E.-R., « Dans un État de droit, il n'y a que des délinquants », *RSC*, n°1, 2009, pp. 43-57.

ZAUBERMAN R., ROBERT PH., POTTIE M.-L., « Profils de victimes, profils de victimisations », *Déviance et Société*, vol. 28, n°3, 2004, pp. 369-384.

« M. Ancel, La défense sociale nouvelle », *RIDC*, Vol. 6, n°4, octobre/décembre 1954, pp. 842-847.

« M. Ancel, La défense sociale nouvelle, T. éd. », *RIDC*, Vol. 20, n°1, janvier/mars 1968, pp. 213-217.

« 10 questions sur l'injonction de soin », *Gazette Santé-Social*, novembre 2007.

VI- THÈSES ET MÉMOIRES

ALLES D., *Le principe de précaution et la philosophie du droit*, Mémoire IEP Grenoble, sous la direction de Florence Chaltiel, 2005.

AUZAS J., *Les présomptions de culpabilité en droit pénal*, Mémoire de DEA, sous la direction de Cristina Mauro, Université Panthéon-Assas, 2005.

BLOCH C., *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extra-contractuelle*, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2008.

BOUHNİK-LAVAGNA S., *Le pardon en droit pénal*, Thèse de doctorat, sous la direction de Roger Bernardini, Université de Nice, 1998, Éditeur Villeneuve d'Ascq du Septentrion, 2003.

BOUTONNET M., *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J., Coll. Thèses, Bibliothèque de droit privé, Tome 444, Préface de Catherine Thiberge, 2005.

FOUMDJEM C., *Le Blanchiment de capitaux et la fraude fiscale: de la mobilisation internationale aux spécificités nationales*, Thèse de doctorat, Université Cergy-Pontoise, soutenue en 2010.

CERF-HOLLENDER A., *Le déclin du principe de la légalité en droit pénal du travail*, Thèse Montpellier I, 1992.

COCHE A., *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal. Étude de droit français*, Aix-en-Provence, PUAM, Préface de Jean Pradel, 2005.

DE SADELEER N., *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, thèse

remaniée de doctorat de droit, Faculté universitaires Saint-Louis, préface François Ost, Bruxelles, 1998, Bruylant, coll. Université francophone, 1999.

FOUCHER K., *Principe de précaution et risque sanitaire. Recherche sur l'encadrement juridique de l'incertitude scientifique*, Thèse de doctorat de droit public, sous la direction de Raphaël Romi et Jean-Claude Hélin, Faculté de droit et de sciences politiques de Nantes, soutenue en décembre 2000, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2002. .

GATTO C., *Le pardon en droit pénal*, Thèse de doctorat en Droit privé et sciences criminelles, sous la direction de Roger Bernardini, Université Nice-Sophia Antipolis, PUAM, 2012.

GAUTRON V., *Les politiques publiques de lutte contre la délinquance*, Thèse, Université de Nantes, 2006.

GOSSEMENT A., *Le principe de précaution. Essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publiques*, version remaniée de thèse de doctorat de droit soutenu à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, en décembre 2001, sous la direction de Jean-Claude Masclet, Paris, L'Harmattan, Coll Logiques Juridiques, 2003.

GRAYOT S., *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Thèse de doctorat de droit, Université paris I Panthéon-Sorbonne, 2006.

GRISON D., *Du principe de précaution à la philosophie de précaution*, Thèse de doctorat de philosophie, sous la direction de G. Heinzmann, Université Nancy 2, soutenue le 25 novembre 2006.

HARDOUIN-LEGOFF C., *L'oubli de l'infraction*, Paris, L.G.D.J, Lextenso-éditions, Coll. Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 44, Préface d'André Decocq, 2008.

HENRION H., *La nature juridique de la présomption d'innocence : comparaison franco-allemande*, Préface de Christine Lazerges et Heidi Jung (directrices de thèse), Presses de la Faculté de Montpellier, Coll. Thèses, Tome 3, 2006.

JULITTE F., *L'approche pénale de la folie*, Thèse sous la dir. d'Elisabeth Fortis, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2004.

KIÉFER A., *Michel Foucault : le GIP, l'histoire et l'action*, Thèse de doctorat de philosophie, sous la direction de François Delaporte, soutenue à l'Université de Picardie Jules Vernes d'Amiens, en novembre 2006.

LACAZE M., *Réflexions sur le concept du bien juridique protégé par le droit pénal*, Préface d'Anne Hauteville, Thèse, Université de Montpellier I, Faculté de droit, soutenue le 18 juin 2009, Paris, L.G.D.J., Coll. Des Thèses, n°39, 2010.

LE MOUSSU P., *La prise en charge des auteurs d'infractions sexuelles du prononcé de la peine à son exécution en France, en Angleterre et au Pays de Galles*, Mémoire de Master II Droit de l'exécution des peines et droits de l'homme, sous la direction de Martine Herzog-Evans, Université Montesquieu Bordeaux IV, septembre 2009.

MOAZZAMI H., *La prescription de l'action pénale en droit français et en droit suisse*, Thèse, Genève, 1952.

MULLER G., *Pour une nouvelle approche territoriale de la prévention spécialisée, « Une adaptation nécessaire de l'intervention face aux nombreux enjeux locaux »*, Mémoire de l'École Nationale de la Santé Publique, Rennes, 2005.

NISOLE M., *Les présomptions de culpabilité*, Mémoire de Master 2 Recherche, sous la direction d'Yves Mayaud, Université Panthéon-Assas, 2009.

PONSEILLE A., *L'infraction de prévention en droit pénal français*, Thèse de doctorat de droit

sous la direction de Christine Lazerges, soutenue à l'Université de Montpellier I, Faculté de droit, 2001.

POUIT M., *Les atteintes à la présomption d'innocence en droit pénal de fond*, Mémoire de Master II Droit pénal et sciences pénales, sous la direction d'Yves Mayaud, Université Paris II Panthéon-Assas, 2013.

RIBES D., *L'État protecteur des droits fondamentaux, recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, Thèse sous la direction de Louis Favoreu, Richard Ghevontian et André Roux, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille, 2005.

ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2009.

VII- ACTES DE COLLOQUES

BOUAL J-C., BRACHET PH. (dir.), *Service public et principe de précaution*, Séminaire expert, conseil économique et social, Paris, 29 juin 2001, organisé par l'OMIPE, L'Harmattan, 2003.

CAHN O., PARROT K., *Le principe de nécessité en droit pénal*, Actes de la journée d'études radicales, Cergy-Pontoise, 12 mars 2012, Lextenso-éditions, Coll. LEJEP, 2013,

GUÉGUINOU J., QUIN J. (dir.), *La politique et la gestion des risques. Vues françaises et vues britanniques*, Actes du Colloque du Conseil franco-britannique, avec la collaboration de l'IDDR, Paris, L'Harmattan, 2008.

JOURDAIN P., « Existe-t-il un droit subjectif à la sécurité ? », in *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ?*, Actes du colloque des 19 et 20 octobre 2006, Les travaux de l'IFR, Mutation des normes juridiques n°7, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2008.

KERLEAU M., « De l'État providence à l'État de précaution », Colloque *État et régulation sociale*, CES – Matisse, Paris, 11-13 septembre 2006.

LARCENEUX A. ET BOUTELET M., *Le principe de précaution, Débats et enjeux*, (Colloque de Dijon, 4 juin 2004, Université de Bourgogne, Programme de Recherche en Environnement), Éditions Universitaires de Dijon, Collection Sociétés, 2005.

MALABAT V., DE LAMY B. ET GIACOPELLI M., *Droit pénal : le temps des réformes*, Paris, LexisNexis, Litec, Coll. Colloques et Débats, 2011.

PÂQUE M. (dir.), *Le principe de précaution en droit administratif*, Académie internationale de droit comparé, XVIIe Congrès, Utrecht, 16-22 juillet 2006, Bruxelles, Bruylant, 2007.

TUBIANA M., VROUSOS C., CARDE C., PAGÈS J.-P (Eds.), *Risque et société*. Actes du Colloque Risque et Société réalisé sous l'égide de l'Académie des sciences dans le cadre du centenaire de la découverte de la radioactivité (18-20 novembre 1998, Paris), Paris, Editions Nucléon, 1999.

VIII- CONFÉRENCES, COMMUNICATIONS, SÉMINAIRES

BERGER J.-L., Introduction générale au Colloque du Sénat, « L'office du juge », Paris, Palais du Luxembourg, les 29 et 30 septembre 2006.

BLANC A., Intervention au Colloque international de Lyon, « L'exécution des décisions en matière pénale en Europe, du visible à l'invisible », organisé par l'administration pénitentiaire, 15-16 décembre 2008.

DANET J., « Libertés, sécurité, sûreté : de nouveaux combats pour un nouvel équilibre », Synthèse de l'analyse de Robert Castel, Rapport au congrès du SAF, Nantes, 2004.

DANET J., GAUTRON V., « La fabrique de populations problématiques par les politiques publiques », Séminaire Nantes, MSH, 2007.

DELMAS-MARTY M., « États d'exception et régimes de suspicion », Cours au Collège de France du 3 mars 2009.

DELMAS-MARTY M., Cours et travaux du Collège de France. Annuaire 108^{ème} année, Paris, Collège de France, décembre 2008.

DORON C.-O., « Risque, dangerosité, devoir de précaution : un bouleversement des politiques pénales » Conférence à l'Institut d'Études Judiciaires de l'Université de Nantes sur l'invitation de M. Jean Danet, 22 janvier 2009.

FOUCAULT M., « Les Hétérotopies », France Culture, 7 décembre 1966.

FOUCAULT M., « Dits et écrits », 1974, texte 360, « Des espaces autres », Conférence au Cercle d'études architecturales, 14 mars 1967.

GRANDER M.-A., « Existe-t-il un « droit fondamental à la sécurité ? », VIIe Congrès français de droit constitutionnel, Congrès de Paris, 25, 26 et 27 septembre 2008.

GUIENNE V., « Politiques publiques et populations problématiques », MSH Ange Guépin, Nantes, 17 juin 2007.

HARCOURT B., PONCELA P. (dir.), Conférence de dissensus sur la récidive, « Exercices critiques sur une production de vérité », organisée le 14 février 2014, par les Universités de Paris Ouest Nanterre La Défense et de Chicago (center in Paris).

PAPAUX A., « De l'inavouable efficacité du principe responsabilité à la préoccupante inefficacité du principe de précaution », intervention au Colloque ANGD « Quelle place pour la chimie dans une société durable », Institut Scientifique de Cargèse-Corse, 19-24 octobre 2009.

PRIEUR M., SCIENTIFIQUE DU CRIDEAU, « Le principe de précaution », Les Xe Journées juridiques franco-chinoises sur le Droit de l'environnement, 2006.

VIGOUR C., « Accélération du temps judiciaire et logique gestionnaires. Identités et légitimité professionnelles en tension », Séminaire Droit et Changement Social, Faculté de droit et sciences politiques, Université de Nantes, MSH, 30 janvier 2012.

IX- RAPPORTS ET ÉTUDES OFFICIELS PAR ORDRE CHRONOLOGIQUE

PEYREFITTE A., Comité d'études sur la violence, la criminalité et la délinquance présidé par Alain Peyrefitte, Rapport « Réponses à la violence », La Documentation française, 1976.

BONNEMAISON G., Commission des maires sur la sécurité présidée par Gilbert Bonnemaïson, Rapport, « Face à la délinquance : prévention, répression, solidarité », La Documentation Française, Paris, 1983.

EWALD F., « Le problème français des accidents thérapeutiques. Enjeux et solutions », Rapport à B. Kouchner, Ministre de la Santé et de l'Action Humanitaire, Éditions du SICOM, sept./oct. 1992, La Documentation Française 1993.

CONSEIL D'ÉTAT, « Réflexions du Conseil d'État sur le droit à la santé », Rapport public, Études et documents n°49, La Documentation Française, 1998.

VINEY G., KOURILSKY Ph., *Le principe de précaution* : rapport au premier ministre, Paris, Odile Jacob/La Documentation Française, 2000.

PATRIE B., « La protection de la santé humaine et de l'environnement doit primer sur toute autre considération », Rapport sur la communication de la Commission sur le recours au principe de précaution, Parlement européen, 23 novembre 2000.

HYEST J.-J., CABANEL G.-P., « Les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France », tome 1, Rapport de commission d'enquête n°449 (1999-2000), fait au nom de la commission d'enquête, déposé le 29 juin 2000.

ANDRIEU P., « La prévention spécialisée : enjeux actuels et stratégies d'action », Rapport du groupe de travail inter-institutionnel sur la prévention spécialisée, Délégation interministérielle à la famille, janvier 2004.

GARRAUD J.-P., « Réponses à la dangerosité », Rapport sur la mission parlementaire confiée par le Premier Ministre, La Documentation Française, juillet 2005.

BENISTI A., Rapport sur la prévention de la délinquance, Rapport de la Commission Prévention du Groupe d'étude parlementaire sur la sécurité intérieure, octobre 2005.

INSERM, « Troubles des conduites chez l'enfant et l'adolescent », 2005.

EWALD F., « L'État de précaution », in *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport du Conseil d'État, Paris, La Documentation française, 2005, pp. 351-357.

CONSEIL D'ÉTAT, Rapport public 2005, Considérations générales : Responsabilité et socialisation du risque, Paris La Documentation Française, 2005.

BRUGELIN J.-F., « Santé, justice et dangerosités : pour une meilleure prévention de la récidive », Rapport de la commission Santé-Justice présidée par Jean-François Burgelin, 2005.

VANNEUVILLE R., GANDREAU S., Le principe de précaution saisi par le droit. Les enjeux sociopolitiques du principe de précaution, Paris, La Documentation Française, Coll. Réponses environnement, 2006.

TOURNIER P.-V., « Réformes pénales : deux ou trois choses que j'attends d'elles », Document de l'association DES Maintenant en Europe, 2006.

HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ. Prise en charge de la psychopathie. Paris, audition publique, 15 et 16 décembre 2006. Recommandations de la commission d'audition, mai 2006.

Délinquance et récidive : les réponses pénales, Dossier, Regards sur l'actualité, n°336, décembre 2007, Paris, La Documentation Française, 2007.

J. BONTA, D. A. ANDREWS, *Modèle d'évaluation et de réadaptation des délinquants fondé sur les principes du risque, des besoins et de la réceptivité*, Sécurité publique Canada, 2007.

LAMANDA V., « Amoindrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux », Rapport au Président de la République, La Documentation Française, 30 mai 2008.

VARINARD A., « Adapter la justice pénale des mineurs : entre modifications raisonnables et innovations fondamentales - 70 propositions », Rapport, La Documentation française, décembre 2008.

BÉBIN X., « Que penser de cette « justice aux deux visages » qui transforme en toute discrétion les peines prononcées par les tribunaux ? », Les Notes & Synthèses de l'Institut pour la justice, avril 2009.

CIPC, Rapport international sur la prévention de la criminalité, 2010.

OCQUETEAU F. (dossier réalisé par), Polices et politiques de sécurité. Concilier efficacité et respect des libertés, Paris, La Documentation Française, Coll. Problèmes politiques et sociaux, n° 972, mai 2010, 2010.

RAZAC O., « Le Placement sous surveillance électronique mobile : un nouveau modèle pénal ? », Rapport, Centre Interdisciplinaire de Recherche Appliquée au champ Pénitentiaire (CIRAP), Septembre 2010

CNV, « Evolution des politiques de prévention de la délinquance », 11 octobre 2010.

BOCKEL J.-M., « La Prévention de la Délinquance des Jeunes », Rapport remis au Président de la République, novembre 2010.

INSPECTION GÉNÉRALE DES SERVICES JUDICIAIRES, Rapport sur l'évaluation du dispositif de l'injonction de soin, Février 2011, disponible sur le site de la documentation française.

MOUHANNA CH. (DIR.), *La coordination des politiques judiciaires et pénitentiaires. Une analyse des relations entre monde judiciaire et administration pénitentiaire*, Rapport de recherche, Mission Droit et justice, 2011.

COUR DE CASSATION, Rapport annuel de la Cour de cassation 2011.

IFSTTAR (Institut Français des Sciences et Technologies des Transports, de l'Aménagement et des Réseaux), *L'insécurité routière, facteurs et mesures. Des enseignements pour la France*, 2011.

Rapport définissant les objectifs de la politique d'exécution des peines annexé à la loi n°2012-409 du 27 mars 2012.

TULKENS F. (DIR.), *Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive*, Rapport du jury de la conférence de consensus, Paris, 2013.

Enquête sur le centre socio-médico-judiciaire de sûreté de Fresnes, diligentée par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Remis au Directeur de l'EPSNF, le 16 décembre 2013.

X- TRAVAUX LÉGISLATIFS, RAPPORTS PARLEMENTAIRES PAR ORDRE CHRONOLOGIQUE

Commission pour la réforme de la privation de liberté (Commission Amor 1945)

Sénat, compte rendu, 30 avril 1991.

Pierre Fauchon, Rapport n°177 sur la loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non-intentionnels, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale.

Proposition de loi n°2895 tendant à l'abaissement de l'âge de la majorité pénale à 16 ans et de l'âge de la responsabilité pénale à 10 ans (présentée par Christian Estrosi alii) enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 janvier 2001.

Exposé des motifs du projet de loi d'orientation et de programmation pour la justice (urgence déclarée) présenté au nom de Jean-Pierre Raffarin, Premier Ministre, par Dominique Perben, Ministre de la Justice et garde des Sceaux, document n°362, Sénat, Session extraordinaire de 2001-2002.

Exposé des motifs du projet de loi pour la sécurité intérieure présenté (urgence déclarée) au nom de Jean-Pierre Raffarin, Premier Ministre, par Nicolas Sarkozy, Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales, déposé le 23 octobre 2002.

Christian Estrosi, Rapport Assemblée nationale n°508-2002, première lecture, Projet de loi pour la sécurité intérieure.

Jean-Patrick Courtois, Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi pour la sécurité intérieure, Rapport sénat n°34, session ordinaire de 2002-2003.

Rapport sur les orientations de la politique de sécurité intérieure annexé à la loi n°2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure.

Exposé des motifs du projet de loi portant adaptation aux évolutions de la criminalité, présenté au nom de Jean-Pierre Raffarin, Premier Ministre, par Dominique Perben, Ministre de la Justice et garde des Sceaux, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 avril 2003, document n°884.

Exposé des motifs de la proposition de loi n°1961 relative au traitement de la récidive des infractions pénales présentée par Pascal Clément et Gérard Léonard, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 1er décembre 2004

Gérard Léonard (rapporteur), Rapport d'information n°1718 de la mission d'information sur le traitement de la récidive des infractions pénales (présidée par Pascal Clément) du 7 juillet 2004.

Rapport n° 171 (2004-2005) de François Zocchetto, fait au nom de la commission des lois, déposé le 2 février 2005.

Alain Marsaud, Rapport n°2681 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi n°2615, après déclaration d'urgence, relatif à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 16 novembre 2005.

Exposé des motifs du projet de loi relatif à la prévention de la délinquance, présenté au nom de Dominique Villepin, Premier Ministre, par Nicolas Sarkozy, Ministre d'Etat, Ministre de

l'Intérieur et de l'aménagement du territoire, Annexe au procès-verbal de la séance du 28 juin 2006, Sénat Session ordinaire 2005-2006, document n°443.

Proposition de loi relative à la castration chimique des criminels sexuels, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 septembre 2007, présentée par M. Bernard Debré, député.

Exposé des motifs du projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, présenté au nom de François Fillon, Premier Ministre, par Rachida Dati, Ministre de la Justice et garde des Sceaux, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 novembre 2007, document n°442.

Exposé des motifs du projet de loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs présenté au nom de François Fillon, Premier Ministre, par Rachida Dati, Ministre de la Justice, garde des Sceaux, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 13 juin 2007, document n°333.

Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, par François Zocchetto, Rapport Sénat n°358, 3 juillet 2007.

Avant projet du Code de la Justice Pénale des Mineurs, version du 30 mars 2009.

Exposé des motifs du projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, déposé le 27 mai 2009.

Gilbert Barbier, Christiane Demontès, Jean-René Lecerf et Jean-Pierre Miche, « Prison et troubles mentaux : comment remédier aux dérives du système français », Rapport d'information n°434 (2009-2010) fait au nom de la commission des lois et de la commission des affaires sociales, déposé le 5 mai 2010.

Exposé des motifs de la proposition de loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, enregistrée à l'Assemblée nationale le 29 mai 2010.

Exposé des motifs de la proposition n°223 de loi relative à la délinquance d'imprudence et à une modification des dispositions de l'article 223-1 du code pénal instituant le délit de « mise en danger délibérée de la personne d'autrui » du 13 janvier 2011.

Proposition n°3132 de loi visant à mieux responsabiliser les délinquants mineurs de plus de seize ans, déposée à l'Assemblée nationale le 1er février 2011.

Proposition de loi relative à l'instauration d'un système associant les habitants d'un quartier à la prévention de la délinquance, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 mars 2011.

Philippe Houillon (rapporteur), Rapport d'information au nom de la mission d'information relative à l'analyse des causes des accidents de la circulation et à la prévention routière (Président : Armand Jung), Tome I : rapport et annexes, rapport n°3864, Assemblée nationale, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 19 octobre 2011.

François Zocchetto, Rapport n°246 sur le Séant fait sur la proposition de loi de Pierre Fauchon, François Zocchetto et Jean-René Lecerf relative à la délinquance d'imprudence et à une modification des dispositions de l'article 223-1 du code pénal instituant le délit de « mise en danger délibérée de la personne d'autrui », 11 janvier 2012.

Compte-rendu intégral de la séance unique du jeudi 12 janvier 2012, Assemblée nationale,

Session ordinaire.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure JORF n°0062 du 13 mars 2012, p. 4530, texte n°15.

Note d'information relative à la circulaire de Madame la garde des Sceaux, Ministre de la justice du 19 septembre 2012,

Dominique Raimbourg, « Penser la peine autrement : propositions pour mettre fin à la surpopulation carcérale », Rapport parlementaire d'information de l'Assemblée nationale n°652/2013 du 23 janvier 2013.

Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines, a été présenté par Christiane Taubira, Garde des Sceaux, le 9 octobre 2013.

Sénat, *Journal officiel de la République française*, Session ordinaire de 2013-2014, Compte rendu intégral, Séance du jeudi 26 juin 2014 (117e jour de séance de la session), année 2014.

Projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, déposé le 9 juillet 2014.

XI- AVIS OFFICIELS PAR ORDRE CHRONOLOGIQUE

CNCDH, Texte adopté par l'Assemblée plénière de la CNCDH (Rapporteur : Jean-Pierre Dubois), « Réflexions sur le sens de la peine », Annexes, 24 janvier 2002.

CNCDH, *Étude sur les droits de l'homme dans la prison*, Paris, La Documentation française, 2004.

Comité contre la torture, 44^{ème} session, 26 avril-14 mai 2010, Observations finales.

CGLPL, J-M Delarue, Contrôleur général des prisons, Avis du 22 mai 2012 relatif au nombre de personnes détenues, NOR: CPLX1225127V, *JORF* n°0136 du 13 juin 2012, page 9962, texte n° 77

CNCDH, Avis sur la loi relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme du 20 décembre 2012.

CNCDH, Avis sur la prévention de la récidive, 21 février 2013.

CGLPL, Avis du 6 février 2014 relatif à la mise en œuvre de la rétention de sûreté, § 15, *JO* du 25 février 2014.

CNCDH, Avis sur le projet de la relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines, 27 mars 2014.

CNCDH, Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, 25 septembre 2014.

XII- COMMUNICATIONS, DISCOURS PUBLICS PAR ORDRE CHRONOLOGIQUE

Déclaration du 13 janvier 2004 du MEDEF

Déclaration de Rachida Dati, Ministre de la Justice et garde des Sceaux, présentant les principales dispositions du projet de loi relatif à la lutte contre la récidive, Paris, 5 juillet 2007.

Intervention de Nicolas Sarkozy devant le Groupement de Gendarmerie Départementale des Pyrénées-Atlantiques, 22 janvier 2008.

SNEPAP-FSU, « Quelle prévention de la récidive ? », Tract, 2 mars 2008.

Déclaration de Nicolas Sarkozy, Président de la République, sur la lutte contre les bandes et les violences, Gagny, 18 mars 2009.

Observations des Fédérations associatives sur l'avant projet de Code de la Justice Pénale des Mineurs, Document de travail, juin 2009.

XIII- JURISPRUDENCE PAR ORDRE CHRONOLOGIQUE

DÉCISIONS CONSTITUTIONNELLES

Décision du 16 juillet 1971, DC n°71-44, JO du 18 juillet 1971, p. 7114, *Recueil*, p. 29, *AJDA*, 1971.537.

Décision du 22 novembre 1978, n° 78-98 DC.

Décision du 20 janvier 1981 relative à la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, DC n°80-127, *Rec.*, p. 15. *JO* 22 janvier, p. 308 ; *D.* 1982. 442, note Dekeuwer ; *JCP* 1981. II. 19701 ; note Franck.

Décision du 10 novembre 1982, n°82-145 DC, Négociation collective et règlement des conflits collectifs du travail, *Recueil du Conseil constitutionnel*, p. 64.

Décision du 30 décembre 1982 n°82-155 DC, *LFR*.

Décision du 18 janvier 1984, DC n°84-183, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, *Recueil du Conseil constitutionnel*, p. 32.

Décision du 3 septembre 1986, DC n°86-215.

Décision du 20 janvier 1994, DC n°93-334, *JO* 26 janvier 1994.

Décision du 7 novembre 1997, DC n° 97-391 DC, *JO* 11 novembre, p. 16390 ; *D.* 1999, *Somm.* p. 235, obs. Mélin-Soucramanien.

Décision du 30 décembre 1997, DC n° 97-395 DC, *JO* 31 décembre, p. 19313.

Décision du 18 décembre 1998, DC n° 98-404 DC, *JO* 27 décembre, p. 19663 ; *D.* 2000.

Somm. 63, obs. Mélin-Soucramanien ; *JCP* 1999.II.10046, note Guiheux.

Décision du 22 janvier 1999, DC n° 98-408, *JO* du 24 janvier 1999, p. 1317, *Rec.*, p. 29..

Décision du 16 juin 1999, DC n°99-411, *JO* du 10 juin 1999, p. 9018, *Rec.*, p. 75. *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 7, *D.* 1999, p. 589, note Mayaud, *RD public* 1999, p. 1287, Mathieu et Verpeaux, *JCP* 2000, I, 201.

Décision du 29 août 2002, DC n°2002-461, *JO* du 10 septembre 2002, p. 14953, *Rec.* p. 204.

Décision du 13 mars 2003, DC n°2003-467, *Rec.* p. 211, *RDP*, 2003, p. 1147.

Décision du 2 mars 2004, DC n°2004-492, *Rec.*, p. 66, *JO* du 10 mars 2004, p. 4637.

Décision du 2 mars 2004, DC n°2004-467.

Décision du 8 décembre 2005, DC n°2005-527 relative à la loi sur la récidive des infractions pénales, *JO* 13 décembre, p. 19162 ; *D.* 2006.966, note Rouvillois, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°20.

Décision du 22 juillet 2005, DC n°2005-520, *Rec.*, p. 118.

Décision du 3 mars 2007, DC n°2007-553, *Rec.*, p. 93, *JO* du 7 mars 2007.

Décision du 9 août 2007, DC n°2007-554, *Rec.*, p. 93.

Décision du 21 février 2008, DC n°2008-562, *JO* du 26 février 2008, p. 3272. *D.* 2008, Pan., p ; 2035, obs. Bernaud et Gay ; *D.* 2009, Pan., p. 125, obs. Roujou de Boubée ; *JCP* 2008.II.10077, note Feldman ; *Gaz. Pal.* 2008.1.391 ; *RSC* 2009.166 obs. De Lamy ; Yves Mayaud, « La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 du 21 février 2008 », *D.* 2008.1360 et 1362.

Décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°30 ; *JCP G*, n°35, 2010, p. 1564.

Décision du 10 mars 2011, DC n°2011-625.

Décision du 16 septembre 2011, n°2011-163.

Décision du 13 janvier 2012, n°2011-210 QPC ; *JurisData* n°2012-000166

Décision du 27 janvier 2012, n°2011-211 QPC : *JurisData* n°2012-000879

Décision du 10 février 2012, n°2011-220 QPC : *JurisData* n°2012-001573

Décision du 30 mars 2012, n°2012-225 QPC : *JurisData* n°2012-008552.

Décision du 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC, *JO* 5 mai, p. 8015, *RSC* 2012, 371, obs. Y. Mayaud.

Décision du 20 juillet 2012, n°2012-267 QPC : *JurisData* n°2012-016162

ARRÊTS DE LA COUR DE CASSATION

Cass. Crim. 10 mars 1932, p. 1932.

Cass. Crim. 11 juin 1953, *JCP* 1953.II.7708, note Broucho, obs. Legal, *RSC* 1954, p. 117.

Cass. Crim. 19 février 1957, *Bull. Crim.*, n° 166.

Cass. Crim. 25 octobre 1962, Lacour, Shieb et Benamar, *JCP* 1963.12985, note Vouin, *D.* 1963.221, note Bouzat.

Cass. Crim. 29 décembre 1970, *JCP* 1971.16770, note Bouzat.

Cass. Crim. 3 mai 1974, Ramel, *Bull.crim.* n°157 p.402, *Gaz. Pal.* 1974 II somm.246

Cass. Crim. 5 mai 1977, *Bull. Crim.* n° 159

Cass. Crim. 15 mai 1979, *D.* 1980.409, note Cambassédès, *RSC* 1980.969, obs. J. Larguier.

Cass. Crim. 10 août 1981, *Gaz. Pal.* 1981, 2, p. 696.

Cass. Crim. 16 janvier 1985, *Bull. Crim.* 1985 n°30.

Cass. Crim. 4 novembre 1985, *Bull. Crim.* N°339.

Cass. Soc. 11 décembre 1986, *D.*87.I.R.4

Cass. Civ. 1^{ère}20 novembre 1990, *JCP* 1992, II, 21908 ; note Ravanas.

Cass. Crim. 3 avril 1991, *Bull. Crim.* 1991 n°155 ; *D.* 1991, Sommaire 75, obs. G. Azibert, *D.* 1992.400, note C. Mascala.

Cass. Crim. 2 juillet 1991, *Bull. Crim.* 1991 n°288, *Gaz. Pal.* 1992. 1. Somm. 24.

Cass. Crim. 10 février 1992, n° 90-83.278, *Bull. Crim.* n° 62.

Cass. Crim. 7 octobre 1992, *Bull. Crim.* n°314.

Cass. Crim. 8 juin 1993, *Bull. Crim.* 1993 n°203, *RSC* 1993, p. 774, Obs. G. Levasseur.

Cass. Crim. 27 octobre 1993, *Bull. Crim.* n° 320

Cass. Crim. 15 décembre 1993, *Droit pénal* 1994. 131.

Cass. Crim. 30 avril 1996, *Bull. Crim.* 1996 n°176, *RSC* 1997. 100, obs. B. Bouloc et 113, obs. Delmas Saint Hilaire.

Cass. Crim. 19 septembre 1996, *Bull. Crim.* n° 327.

Cass. Crim. 26 novembre 1997, *Bull. Crim.*, n°404 ; *D.* 1998, Jur. p. 495, note D. Rebut ; *RSC* 1998, p. 359, obs. B. Bouloc.

Cass. Crim. 16 février 1999, pourvoi n°97-86.290, *Bull. Crim.* 1999 n°24, *D.* 2000.9 note Cerf, *D.* 2000. Somm. 34, obs. Mayaud, *Droit pénal* 1999.82, obs. Véron, *RSC* 1999.581, obs. Mayaud, *RSC* 1999.808, obs. Bouloc, *RSC* 1999.837, obs. Giudicelli-Delage.

Cass. Crim. 13 octobre 1999, *Droit pénal* 2000, comm. 17.

Cass. Crim. 4 novembre 1999, *Bull. Crim.* n° 248. not. Crim. 4 janvier 1935, *Gaz. Pal.* 1935, 1, p. 353.

Cass. Crim. 12 janvier 2000, *Bull. Crim.* 2000 n°15, *D.* 2001, p. 813, note J.-Y. Maréchal ; *Droit pénal* 2000, obs. M. Véron.

Cass. Crim. 1er février 2000, n° 99-84.764, *Bull. Crim.* n° 51.

Cass. Crim. 10 mai 2000, *Bull. Crim.* 2000 n°183.

Cass. Crim. 27 juin 2001, *Bull. Crim.*, n° 164.

Cass. Crim. 30 octobre 2001, *Bull. Crim.* n°224

Cass. Crim. 10 avril 2002, *D.* 2002, *AJ*, p. 2408.

Cass. Crim. 15 octobre 2002, *Bull. Crim.* N°186, *RSC* 2033, p. 96, obs Y. Mayaud

Cass. Crim. 17 novembre 2002 Perruche

Cass. Crim. 19 novembre 2002, pourvoi n°02-80.788

Cass. Crim. 18 juin 2003, *Bull. Crim.* 2003, n°127, *JCP* 2003, II, 10121, note M.-L. Rassat, *Droit pénal* 2003, comm. 97, obs. M. Véron, *D.* 2004, p. 1620, note D. Rebut, *Dalloz* 2005, p. 195, note A. Prothais, *RSC* 2003, p. 781, obs. Y. Mayaud.

Cass. Civ. 1^{ère}, 23 septembre 2003, n°1191

Cass. Crim. 3 janvier 2004, *Droit pénal* 2004. 182.

Cass. Crim. 18 février 2004, pourvoi n°03-82.951, *Bull. Crim.* n°47

Cass. Crim. 24 février 2004, *Droit Pénal* 2004, n° 115.

Cass. Crim. 28 avril 2004, pourvoi n°03-83.783.

Cass. Crim. 25 mai 2004, n°03-87.722 : *JurisData* n°2004-0204123

Cass. Crim. 4 octobre 2005, pourvoi n°04-87.654, *bull crim.* N°250, *Dalloz* 2006, pan.1655, obs. Garé, *Droit pénal* 2006.10, obs. Robert, *RSC* 2006.68, obs. Mayaud, et 329 obs. Robert.

Cass. Crim. 4 octobre 2005, *Bull. Crim.* N°251, *Droit pénal* 2006, Commentaire n°2.

Cass. Crim. 31 octobre 2006, *Bull.Crim.*, n°267 ; *Droit Pénal* 2007, 7, obs. Véron.

Cass. Civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, *Bull. Civ.*, I, n°142, *Dalloz* 2007, chron. 1542, obs. G. Viney.

Cass. Crim. 7 février 2007, pourvoi n°06-80.108, *D.* 2007, p.754, obs. A. Darsonville, *JCP* Ed. Générale 2007, vol. 91, n°14, pp. 41-44, obs. F.-G. Trébulle.

Cass. Crim. 4 avril 2007, pourvois n°06-80.512 et 05-83.595.

Cass. Crim. 31 mai 2007, pourvoi n°06-86.628

Cass. Crim. 30 octobre 2007.

Cass. Crim. 18 mars 2008, *Bull. Crim.* 2008 n°67, *D.* 2008. *AJ.* 1147, *AJ pénal* 2008.283, note Duparc.

Cass. Crim. 27 mars 2008, pourvoi n°07-83.009

Cass. Civ. 1^{ère} 22 mai 2008 Consorts X, n° pourvoi 06-14952

Cass. Civ. 1^{ère} 22 mai 2008 n°05-20317

Cass. Civ. 1^{ère} 22 mai 2008 n°06-18848

Cass. Civ. 1^{ère} 22 mai 2008 n°05-10593

Cass. Crim. 21 janvier 2009, *Bull. Crim.*, n° 24 ; *D.* 2009, p. 1111, note Matsopoulou, et Pan., p. 2827, obs. Roujou de Boubée ; *JCP* 2009. II. 10043, note Detraz ; *RSC* 2009.136, obs. A. Giudicelli, *Droit pénal* 2009, n°5, Études, François Rousseau

Cass. Civ. 1^{ère} 25 juin 2009, Epoux X, pourvoi n°08-15.560.

Cass. Crim. 16 décembre 2009, *Dalloz* 2010.471, note Jean Pradel, *Dalloz* 2010.144, note M. Léna, *RSC* 2010.129, obs. Elisabeth Fortis, *JCP G* 2010, n°1-2, 15, obs. Detraz, et n° 5, 117, note Mistretta ; *Gaz. Pal.* 2010. 1. Jur. p. 807, note Roets, et p. 946, note Detraz

Cass.Crim. 13 janvier 2010, *Bull. Crim.* 2010 n°6, *JCP* 2010, n°18, 500, note J. Lasserre Capdeville ; *Droit pénal* 2010, comm. 61, obs. M.Véron ; *Gaz. Pal.* 24-25 mars 2010, p. 24, obs. E. Dreyer.

Cass. Crim. 19 janvier 2010, *Bull. Crim.* 2010 n°11, *Droit pénal* 2010, comm. 43, obs.

M. Véron, *Gaz. Pal.*, 24-25 mars 2010, p. 22, obs. S. Détraz.

Cass. Civ. 3^{ème}, 3 mars 2010, pourvoi n°09-19108

Cass. Ass. Plén. 15 avril 2011, n°10-17.049, n°10-30.342, n°10-30.313, n°10-30.316, JCP G 2011, act. 483, obs. S. Detraz.

Cass. 3^{ème} civ. 18 mai 2011, 10-17645, « Groupement Agricole d'Exploitation en Commun », publié au bulletin

Cass. Crim. 15 juin 2011, *Bull. Crim.* 2011, n°127, *D.*2011, p. 2258, note J. Pradel. *Droit pénal* 2011, comm. 133, obs. M. Véron.

Cass. Crim. 31 janvier 2012, n°11-84.985, *JurisData* n°2012-001300

Cass. Crim. 1^{er} février 2012, n°11-87.021, *JurisData* n°2012-003602

Cass. Crim. 8 août 2012, n°12-90,037, 4703 : *JurisData* n°2010-018787.

ARRÊTS DU CONSEIL D'ÉTAT

CE, 9 avril 1993

CE, Ass. 26 mai 1995 « Consorts N'Guyen, M. Jouan, Consorts Pavan », *RFDA*, juillet-août 1995, pp. 748-763, conc. Serge Dael

CE, 17 mars 1997 « Commune de Pierrelongue », *Juridique Lamy*

CE, 25 septembre 1998, « Association Greenpeace France », n°194338, conclusions Jacques-Henri Stahl, *JCP* 1998.II, p. 10216, note J ; de Malafosse ; *Droit administratif*, octobre 1998, p.10, n°310.

CE, 24 février 1999 « Société Pro-nat », *Juridique Lamy*

CE, 14 avril 1999, « Commune de la Petite Marche et autres » non publié, Conclusions de Laurent Touvet, Commissaire de Gouvernement

CE, 29 décembre 1999, « Perches du Nil »

CE, 22 novembre 2000 « Association Greenpeace France et autres »

CE, 1^{er} octobre 2001 « Association Greenpeace France », n°225008.

CE, 22 mai 2002, société SFR, n°236226. Conclusions d'Emmanuelle Mignon, Commissaire de Gouvernement

CE, ass. 3 mars 2004 « Ministre de l'emploi et de la solidarité », *AJDA*, 204, p. 974, chron. F. Donnat et D. Casas ; *RDP*, 2004, p. 1431, note M. F. Delhoste ; *RFDA*, 2004, p. 612, concl. E. Prada-Bordenave

CE, 20 avril 2005 n°248233 « Société Bouygues Télécom »

CE, 3^{ème} et 8^{ème} sous-sections réunies, 05 juillet 2010, n°309632

CE, 3^{ème} et 8^{ème} sous-sections réunies, 05 juillet 2010, n°309635 inédit au *recueil Lebon*

CE, 3^{ème} et 8^{ème} sous-sections réunies, 05 juillet 2010, n°309633,

CE, 3^{ème} et 8^{ème} sous-sections réunies, 05 juillet 2010, n°309634

CE, 19 juillet 2010 n°328687

CE, 21 octobre 2011, n°332707. Section française de l'Observatoire International des Prisons

CE, 12 avril 2013, Association coordination interrégionale Stop THT et autres, n°342409, 342569, 342689, 342740, 342748, 34821.

CE, (assemblée du contentieux) 12 avril 2013, n°342409, *Gaz. Pal.* 15 avril 2013, « Principe de précaution et déclaration d'utilité publique ».

ARRÊTS DE LA COUR EDH

CEDH, Cour plénière, 26 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, req. 6538/74.

CEDH, 7 octobre 1988, *Salabiaku contre France*, n° 10519/83, *RSC* 1989, p. 167.

CEDH, 25 septembre 1992, *Pham Hoang c/ France*, DS 1993 SC 386 note Renucci.

CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c./Grèce*, série A, n°260-A, §52.

CEDH, 9 février 1995 *Welch c/ RU*, § 27, série A n°307-A.

CEDH, 15 novembre 1996, *Cantoni c/ France*, *Bull. Inf. C. cass* 1997. 241 ; *D.* 1997, Somm. 202, obs. Henry ; *JCP* 1997. II. 22836, note Fouassier et Vion ; *ibid.* 1997. I. 4000, n° 31, obs. Sudre ; *Dr. Pénal* 1997. 11, obs. J. H. Robert ; *RSC* 1997, p. 462, obs. Koering-Joulin, et p. 646, obs. Delmas Saint-Hilaire.

CEDH, 5^{ème} Sect. 13 janvier 2011, quatre arrêts, *Haidn c/ All*, req. n°6587/04.

CEDH, 17 mars 2009, *Ould Dah c/ France*, *D.* 2009, Jur. p. 1573, note Renucci, et Pan., p. 2826, obs. Roujou de Boubée ; *JCP* 2009, n° 28, 114, p. 38, note C. Madelaine ; *Gaz. Pal.* 2009. 1. Somm. 1400, note Zarka ; *RSC* 2009. 659, obs. Roets.

CEDH, 10 octobre 2006, *Pessino c/ France*, *D.* 2007, p. 124, note Roets, et Pan., p. 400, obs. Roujou de Boubée ; *JCP* 2007. II. 10092, note Zerouki-Cottin.

CEDH, 17 décembre 2009, n° 5335/06, *Bouchacourt c/France*, *D.* 2010, *AJ*, p. 93, obs. Gachi. Crim. 11 juin 1953, *JCP* 1953.II.7708, note Brouchet, obs. Légal, *RSC*, 1954, p. 117

CEDH, 17 décembre 2009, *G. c/ France*, n°16428/05, *Droit pénal* 2010, chron. 3, n°24, obs. Dreyer.

CEDH, 17 décembre 2009 ; *M. C/ Allemagne*, *RSC* 2010, p. 228, obs. D. Roets, *AJ pénal* 2010, p. 129 étude J. Leblois-Happe, *D.* 2010, p737, note J. Pradel, *DP* mai 2010, note L. Grégoire et F. Boulan.

CEDH, 4^{ème} section, 17 janvier 2010, *Vinter et autres c/ Royaume-Uni*, req. N°66069/09, 130/10 et 3898/10

CEDH, 13 janvier 2011 *Kallweit c/ All*, req. N°17792/07, *D.* 2011.379, obs. O. Bachelet

CEDH, 13 janvier 2011 *Mautés c/ All*. Req. N°2008/07

CEDH, 13 janvier 2011, *Schummer c/ All*. Req. N°27360/04 et 4225/07

CEDH, 14 avril 2011, *Jendrowiak c/ All.*, req. N°30060/04.

CEDH, 4^{ème} section, 17 janvier 2012, *Harkins et Ewards c/ Royaume-Uni*, req. N°9146/07 et 32650/07.

DÉCISIONS UE

CJCE, 21 avril 2000, Association Green Peace France et autres c/ Ministère de l'agriculture et de la pêche, *Rec.* 2000, p. I-1651, *AJDA* 20 mai 2000, note H. Lega et R. Romi.

CJCE, 3 mai 2005, Silvio Berlusconi et autres, *Gaz. Pal.* 2005. 1. Somm. 2081, note Soulard ; *JCP* 2006. II. 10020, note Dubos.

TPICE, 26 novembre 2002, Affaire Artégodan, T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00 à T-141/00, *Rec.*, 4975, pt 183.

CJUE, 10 novembre 2011, Özlen Garenfeld, *JCP* éd. G 2011, n° 1293, obs. F. Picod.

XIV- PRINCIPAUX TEXTES EUROPÉENS

Communication de la Commission européenne, Direction générale XXIV, Politique des consommateurs et protection de leur santé, Lignes directrices pour l'application du principe de précaution, HB /hb D (98), 1998.

Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution adoptée le 2 février 2000, COM (2000) 1

Règlement européen n°178/2002 du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2002

XV- PRINCIPAUX TEXTES DU CONSEIL DE L'EUROPE

Recommandation n°R 92/16 du Conseil de l'Europe relative aux règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté.

Recommandation n°R 97/12 du Conseil de l'Europe sur le personnel chargé de l'application des sanctions et mesures

Recommandation n°R 2000/22 du Conseil de l'Europe concernant l'amélioration de la mise en œuvre des règles européenne sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté

Recommandation n°R 2003/22 du Conseil de l'Europe concernant la libération conditionnelle

Recommandation n°R 2006/2 sur les règles pénitentiaires européennes.

Règles pénitentiaires européennes du 11 janvier 2006

Recommandation n°R 2010/1 du Conseil de l'Europe relative à la probation.

XVI- PRINCIPAUX TEXTES INTERNATIONAUX

Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, 1992.

ONU, Conseil économique et social, résolution 2002/13 du 24 juillet 2002.

XVII- PRINCIPAUX SITES INTERNET

www.developpement-durable.gouv.fr

<http://discours.vie-publique.fr>

www.senat.fr

www.assemblee-nationale.fr

www.champpenal.revues.org

<http://conference-consensus.justice.gouv.fr>

www.maitre-eolas.org

www.laurent-mucchielli.org

www.arnaudgossement.com

<http://blog.dalloz.fr>

<http://droitcriminel.free.fr>

<http://arpenter-champ-penal.blogspot.com>

<https://criminocorpus.org/sources>

<http://www.cnle.gouv.fr>

INDEX

A

Action civile 781, 1071
Action publique 781, 1299
Actuariat 14, 413 à 423, 436, 443, 452, 525, 560, 972, 1043
Antennes de téléphonie mobile 28, 69, 74, 77, 79
Anticipation 15, 17, 28, 593, 743, 979, 1023, 1290, 1326, 1336, 1350 à 1353
Application de la loi pénale dans le temps 1269 à 1382
Assurance 30, 109, 411 à 416

C

Capacité pénale 875, 879, 887, 918, 1070, 1243, 1252
Causalité indirecte 909 à 916
Causes de la délinquance 49, 304, 361, 374, 545, 563
Charte de l'Environnement 63, 64, 76, 746, 918, 973, 1286, 1368
Clarté de la loi pénale 918, 958, 1031, 1361
Ciblage 441 à 447, 594, 615, 616, 629, 640, 643, 614, 628
Commission d'application des peines 230
Commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté 233, 519, 628, 629, 643, 1136, 1204, 1231
Comportements à risque 425 à 440
Contrainte pénale 361, 724, 730, 748, 1075, 1087 à 1095, 1098, 1218, 1262, 1378
Contrôle judiciaire 591, 1108, 1204
Contrôle (pénal/social) 619, 670, 1343 à 1349, 1357, 1360, 1366
Criminologie 15, 244, 425
Culpabilité 865, 866, 869 à 874, 887, 918, 922

D

Dangerosité 6, 98, 214, 244, 246 à 261, 272 à 277, 289 à 308, 317, 318, 320 à 322, 324, 325, 328, 330, 335, 342, 360, 362, 364, 373 à 376, 457, 459, 482, 485, 868 à 874, 966, 967, 972, 1143, (**criminologique**) 452, 870, 968, (**psychiatrique**) 250, 452, 686, 870, 968
Déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental 901, 1159, 1163, 1236, (**arrêt de**) 895, (**audience de**) 223, (**ordonnance de**) 1299
Défense sociale 273 à 276
Défense sociale nouvelle 211, 272 à 281, 367, 389, 567, 539, 558, 856, 887, 1086, 1364, 1375
Délation 699
Détention de sûreté allemande 342, 1254 à 1257
Détention provisoire 183, 591, 592
Devoir de précaution 91, 104, 120, 123 à 127, 129, 136, 145, 147, 152, 186, 202, 235, 238, 240 à 242, 396, 736, 739, 749, 754, 893, 1345, 1366, 1371
Dichotomisation de la société 205, 374, 392, 737, 738, 1379
Dignité 364, 670, 1055, 1227, 1238, 1373
Discernement 717, 718, 859, 866, 877, 879, 882, 887, 890 à 892, 894, 895, 309, 319, 1135, 1138, 1343, 1261, 1334
Dol éventuel 84 à 87, 429, 826 à 837
Domage virtuel (virtualité du dommage) 407, 787, 864, 976, 986, 1068, 1168, 1362
Droit à l'oubli 1313 à 1325, 1350 à 1352
Droit à la sécurité 135 à 145, 358, 364, 739, 754, 1349, 1371, 1372, 1379
Droit de punir/volonté de punir/devoir de punir 193, 211, 212, 240, 551, 659, 935, 1055, 1067, 1069 à 1071, 1361
Droit pénal de l'ennemi 15, 17, 324, 328 à 346, 353, 391, 392, 670

Droits de la défense 233, 1001, 1014, 1015, 1019

E

École classique 251, 252, 269, 274, 375, 379, 769, 778, 780

École néo classique 211, 757, 893, 1361

Élément matériel de l'infraction 766, 769 à 773, 785, 792, 795, 805, 811, 814, 838 à 842, 850, 864, 917 à 924

Élément moral de l'infraction 717, 718, 766, 768, 811, 817, 842, 864 à 868, 874, 885, 907, 917 à 924

Éloignement 250, 270, 324, 360, 361, 392

Entreprise individuelle d'actes terroristes 810 à 812, 815, 872, 924, 985

Environnement 1, 5, 8, 27, 61, 117 à 119, 126, 129, 236, 238, 247, 394, 466, 470, 687, 742, 1099, 1286, 1367, 1368, 1377, (**droit pénal de l'**) 873, 875

État absolu de sécurité 339, 341

État dangereux 247, 257 à 261, 269, 274 à 276, 285, 317, 325, 389, 390, 509, 510, 512, 842, 868, 1140, 1160, 1290

État de droit 339, 670, 757, 1035

État de nécessité 89, 711 à 715

État totalitaire 349, 657, 670, 683, 746

État d'urgence 713

Évaluation de la dangerosité 45, 451, 542, 549, 471 à 475, 509 à 527, 533, 642 à 644, 966, 967, 1023 à 1025

Exception 330, 331, 335, 340 à 346 (**état d'exception**) 713

Excuse de minorité 636, 862, 880, 884, 885, 888

F

Facteurs de passage à l'acte 48, 304

Fautes non intentionnelles 82, 84, 429, 907 à 916

Fichiers 294, 483, 486, 504, 678, 1163, 1204, 1282, 1346, 1352

Figure de la victime 164, 166, 179 à 188, 192, 225, 242, 243

Figures de dangerosité 284, 309 à 315,

446, 447

FIJAIS 294, 504, 1159, 1174, 1204, 1282

Finalités de la peine 1049 à 1100

FNAEG 486

Fonctions de la peine 158, 852, 1076, 1077

G

Généralisations futures 23, 394, 470, 1099, 1286, 1376,

Gestion des risques 22, 27 à 31, 34, 596, 671, 1367

H

Hospitalisation 224, 896 à 899, 912

Humanisation 280, 281

Humanisme (de la défense sociale) 276, (**de la défense sociale nouvelle**) 278, (**abandon de l'**) 17, 365 à 369, 670

I

Idéologie précautionniste 343, 345, 354, 358 à 395, 679, 1370 à 1372, 1375

Imprescriptibilité 1321, 1323

Imputabilité 865 à 867, 874 à 916, 918, 919, 922, 1015, 1248 à 1252, 1328

Imputation (matérielle) 866, 867, 898, 922, 1246 à 1250 (**psychologique**) 916, 866

Incapacitation 498 à 501

Incertitude 7, 22 à 26, 47, 49, 50, 96, 98, 121, 194, 240, 303, 387, 393, 450, 455, 456, 460, 461, 468, 469, 471, 472, 485, 491, 522, 532, 751, 763, 787, 927, 928, 933, 960, 968, 973, 976, 991, 1005, 1009, 1030, 1034, 1036, 1142 à 1246, 1289, 1353, 1355, 1357, 1365, 1367, 1368, 1373

Indétermination 28, 116, 494, 1144 à 1149, 1332, 1355

Individualisation des peines 413, 638, 846 à 854

Inflation législative 951 à 953, 158 à 163, 1340, 1341

Infraction (de précaution) 838, 918 (**de prévention**) 813 à 818 (**formelle**) 430, 431, 434, 531, 772, 788, 790, 794 à 804, 872

(**obstacle**) 432 à 434, 804 à 812, 872
(**ouverte**) 978, 1032 (**routière**) 435
(**subliminale de dangerosité**) 870, 1179

Injonctions de soins 693, 1091, 1108, 1111, 1112, 1119, 1122, 1125 à 1137

Intention 770, 796, 801, 842, 866, 868, 869, 875, 904, 905

Interdictions 498, 909, 1020, 1091, 1210 à 1217, 1219, 1262

Interprétation stricte de la loi pénale 81, 910, 942

Irresponsabilité 223, 725, 879, 882, 890 à 898, 1159, 1163, 1236, 1248 à 1251

J

Juge d'application des peines 516, 520, 693, 1092, 1125, 1128, 1204, 1231, 1299, 1344

Juridiction nationale de la libération conditionnelle 230

Juridiction nationale de la rétention de sûreté 1204, 1205

Justice actuarielle 14, 408, 417

Justice restaurative 231, 232

L

Légalité 81, 212, 264, 403, 404, 529, 926, 928 à 992, 1030 à 1032, 1035, 1266, 1289, 1354, 1361, 1362, 1373

Libération conditionnelle 230, 516, 630, 643, 644, 693, 1128, 1131, 1133, 1136, 1154

Libre arbitre 252, 258, 266, 384, 389, 868, 887, 1361

Lien de causalité (en droit civil) 72, 74 à 76, (**en droit pénal**) 787, 789, 801 à 803, 807, 810, 817, 829, 835 à 837, 907, 913

M

Maladie mentale 349, 117 (**trouble mental**) 223, 640, 889, 890 à 893

Management 14, 151, 1094

Mendicité agressive 436 à 439, 680

Mesures ante delictum 279, 576

Mesures de précaution 8, 64, 66, 70, 472, 473, 488 à 507, 514, 533, 534, 615, 622,

725, 728, 739, 745, 751, 765, 829, 910, 1032, 1290 à 1292, 1330, 1332, 1346, 1359, 1369, 1374

Mesures de sûreté 270, 286, 287, 294, 314, 319, 342, 390, 404, 479, 488 à 527, 685, 962 à 965, 1101 à 1165, 1176 à 1182, 1183 à 1188, 1189 à 1239, 1245 à 1259, 1330 à 1333, 1352, 1357, 1359, 1363 (**application dans le temps des**) 1281 à 1283, 1290 à 1292, 1356, 1360

Mesures éducatives 162, 558, 879, 880, 883, 887, 1103, 1164

Mineurs 162, 291, 292, 307, 591, 612, 633, 636, 855 à 864, 879 à 889, 1074, 1164

Modèle de politique criminelle 655 à 667 (**précautionniste**) 672 à 741, 742, 746 à 749, 752, 756

Moratoire 494, 514, 533

N

Nécessité (état de) 89, 711 à 715 (**principe de**) 139, 711, 847, 986

Non-rétroactivité 883, 900, 1186, 1256, 1262, 1264, 1268 à 1292, 1355, 1356, 1359, 1365

Non-lieu 223, 912, 915, 1299

O

Obligations de soins 224, 366, 1098, 1108 à 1111, 1116, 1135, 1224, 1229

Occupation illicite d'hall d'immeuble 816, 837, 918

P

Pardon 1321 à 1325, 1352, 1360, 1366

Participation citoyenne à la sécurité 696 à 699, 702, 746, 863, 1377

Partie civile 193, 233, 895, 1058, 1059

Pédophilie 156, 188, 304, 3010, 3015, 349, 355, 429

Peines 1047 à 1100, (**alternatives**) 1208, 1210, 1342, (**complémentaires**) 630, 859, 899, 1026, 1152, 1153, 1208, 1210, 1217, 1344, (**plancher**) 313, 632 à 639, 649 à 651,

850, 851, 855, 862, 864, 888, 1177, 1180

Pénologie (nouvelle, actuarielle) 408, 418 à 520 (**précautionniste**) 1046, 1166 à 1253

Personnalité dynamique 277, 280

Politique criminelle 283, 320, 324, 374, 379, 384, 398, 535 à 542, 557, 559, 571, 588, 594, 613, 653 à 741, 742, 746, 748, 750, 752, 753, 755, (**axée sur la personne, positiviste**) 268, 271, (**de l'acte**) 705, 715 à 717, 840 à 850, 854 à 857, 1068, (**des États autoritaires**) 657, 670, 676, 680 à 683, 717, 721, (**mouvements de**) 668 à 671 (**volontaire**) 705, 715 à 717

Populations à risque, problématiques 424, 440, 441, 531

Positivisme 246 à 271, 325, 369, 371 à 387

Précautionnisme 245, 323, 345, 358 à 364, 620, 465, 860, 1071, 1140, 1165, 1379

Prédiction 412, 421, 441, 490, 530, 593, 743, 1064

Prélèvement ADN (refus de) 436, 837

Prescription 1278, 1302 à 1325, 1358, 1360, 1366

Présomption d'innocence 927, 992, 993 à 1028, 1033 à 1036, 1361, 1362

Présomption de culpabilité 1012 à 1021

Présomption de dangerosité 289, 314, 871, 966, 1011, 122 à 1028, 1034

Prévention 556 à 570, (**de la récidive**) 623 à 652, (**et précaution**) 590, 596 à 622, (**situationnelle**) 420, 530, 563, 564, 567, 604, 610, 613, 615 (**spécialisée**) 554

Prévisibilité 955, 956, 958, 972, 979, 1031

Proportionnalité (des mesures de précaution) 25, 44, 533, (**des peines**) 883, 1186, 1221

Prostitution 154, 1018

Protection de la société (chez les positivistes) 263 à 267, (**dans idéologie précautionniste**) 316 à 322

PSEM 296, 629, 631, 1152, 1159, 1160, 1204, 1213, 1231

Psychiatrie 1105, 1106, 1108 à 1122, 1250

R

Rational choice (théorie du) 407, 487, 1060

Rationalité de précaution 467 à 478, (**pénale**) 456 à 466, 479 à 527, 529, 532 à 534, 573, 970, 971, 983, 987, 1108, 1109, 1287

Rationalité moderne 403, 754, 762, 918, 930 à 944, 997 à 999, 1268, 1292 à 1301

Récidive 634 à 637, 1330, (**prévention de la**) 623 à 652, 648, 1081 à 1089, 1094, 195, 1123, 1137, 1158, 1160, 1176 à 1178, 1260, 1261, 1364, 1374, 1375

Réinsertion, resocialisation 323, 358, 370, 419, 505, 628, 1061, 1064, 1065, 1073 à 1078, 1081 à 1096

Réparation (en droit civil) 72, 73, 77, (**en droit pénal**) 190, 231, 781, 1058, 1059, 1070, 1072

Répression 379, 540 à 555, 559, 571 à 576, 584, 586 à 694, 611, 618, 633, 635, 640, 641, 652, 743, 744, 746, 752, 757, 848, 883

Responsabilisation 114, 115, 214, 375, 399, 577, 578, 592, 618, 628, 631, 644, 724 à 728, 730, 745, 748, 858, 887, 894, 1377 (**a posteriori**) 726 à 729 (**des professionnels**) 485, (**des condamnés**) 1065, 1096, 1097 à 1099, (**parentale**) 578, 581, 586, 744, (**sur-**) 90, 675, 729, 748, 752, 1096, 1097 à 1099

Responsabilité (administrative) 63 à 71, (**civile**) 72 à 80, (**collective**) 617, 618, 635, 1099, 1375, (**individuelle**) 617, 618, 635, 914, 1099, (**pénale**) 81 à 91, 762, 766, 788, 866, 876, 887, 892, 893, 906, 1140, 1196, 1241, 1247, (**sociale**) 266

Résultat (de l'infraction) 423, 429, 430, 432, 434, 531, 772, 776 à 787, 788, 790, 793, 794, 796, 799 à 808, 810, 814, 815, 817, 819, 858,

Rétention de sûreté 143, 153, 156, 202, 222, 297, 342, 458, 479, 494, 496, 498, 499, 501, 506, 516, 643, 648, 650, 651, 739, 755, 962, 963, 968, 1113, 1118, 1138, 1141, 1145, 1159, 1167, 1174, 1200, 1204, 1208, 1209, 1213, 1221, 1223 à 1235, 1238, 1253, 1258, 1281, 1290, 1348, 1357, 1363, 1374,

Rétribution 279, 1054, 1055, 1069, 1081, 1094, 1163, 1300,

Risque (culture du) 9, 10, (**délinquant**) 51, 104, 120 à 127, 129, 237, 395, 399, 406, 414, 531, 532, (**de récidive**) 143, 506, 515, 628, 1137, (**gestion du**) 22 à 33, 104, 164, 114, 242, 395, 401, 410, 414, 419, 465, (**moderne**) 8, 117, 165, (**rationalité de**) 407

à 465, 529, 531, 532, 746, (**société de**) 2, 4, 1365

S

Sanction (disciplinaire) 1230, 1231, (**éducative**) 292, 859, 863, 879, 881, 883, (**paradoxe**) 583, 618, 620, 621, 644, (**pénale**) 16, 81, 368, 615, 759, 1041, 1043, 1080, 1106, 1111, 1115, (**précautionniste**) 1189 à 1237, 1245, 1248, 1253

Santé 31, 36, 64, 70, 167, 225, 236, 241, 247, 394, 395, 470, 1113, 1368

Sécurité 139, 205, 326, 377, (**droit à la**), 137 à 145, 238, 242, 335, 358, 364, 371, 396, 513, 706, 736, 739, 741, 749, 754, 1013, 1349, 1371, 1372, 1379, (**juridique**) 941, 956, 975, 987, 991, 1035, 1036, 1271, 1289, 1356, 1361

Sentiment d'insécurité 129 à 135, 238, 746

Soins 362, 366, 903, 1108 à 1121

Spécialisation de la justice des mineurs 854 à 864, 880, 888,

Suivi des personnes sous main de justice 678, 735, 746, 749, 1027, 1333

Suivi socio-judiciaire 290, 296, 495, 503, 506, 518, 520, 630, 1098, 1113, 1122 à 1137

Sûreté 139, 140, 192, 713, 896, 993, 1028, 1035, 1356, 1361, 1373

Surveillance de sûreté 495, 506, 516, 520, 640, 648, 900, 962, 1141, 1159, 1206, 1282

Surveillance judiciaire 296, 506, 518, 520, 627, 628, 630, 631, 640, 962, 1131, 1134, 1138, 1141, 1159, 1160, 1174, 1204, 1217

Substituts pénaux 269

T

Tentative 820 à 825, 837,

Terrorisme 309, 318, 329, 689, 714, 810, 811, 985, 1020, 1034,

Traçabilité 502, 505, 534, 678, 709, 710, 1346, 1370

Traitement 14, 414, 418, 419, 497, 693, 1091, 1098, 1101, 1103, 1105 à 1109, 1116 à 1118, 1127 à 1130, 1132 à 1137, 1158, 1217, 1223 (**dans la défense sociale**) 276 (**dans la défense sociale nouvelle**) 278, 362, 367, 368, (**dans l'idéologie précautionniste**) 329, 362, 367, 368, 375, 392

Trouble mental 223, 640, 889, 890 à 893

Troubles de la personnalité 314, 1109, 1117,

U

Urgence (culte de l') 147 à 157, (**état**) 713 (**législative**) 951 à 953, 158 à 163, 1340, 1341

Utopie (de la précaution) 746, 323, 509, 576, (**du risque zéro**) 25, 98, 465

V

Victimation 165, 170

Victimes 168 à 234 (**droits des**) 183, 206, 226 à 234

Victimisation 167, 171, 175, 180

Victimologie 170

Vidéo surveillance, vidéo protection 420, 565, 567

ANNEXES

Annexe n°1 : Notes relatives au tableau « Les mesures de précaution par sévérité décroissante ».

Annexe n°2 : Notes relatives au tableau sur le protocole d'évaluation

Annexe n°3 : Commentaire TC Marseille 18 décembre 2012

Annexe n°1 : Notes relatives au tableau « Les mesures de précaution par sévérité décroissante »

Tableau p. 235

* **Selon l'article 706-53-13 CPP**, la rétention de sûreté peut être ordonnée à des personnes dont il est établi « qu'elles présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité ». Cette mesure « consiste dans le placement de la personne intéressée en centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel lui est proposée, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure » (dernier aliéna). **L'article 706-53-16 CPP** dispose que « La décision de rétention de sûreté est valable pour une durée d'un an. / La rétention de sûreté peut être renouvelée, après avis favorable de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté [...] pour la même durée [...] ». Aucune limite aux renouvellements successifs n'est posée par le législateur.

Certains professionnels expriment, à propos de ces dispositions, des doutes quant à l'évaluation qui doit se faire avant le renouvellement, et des craintes que la rétention de sûreté, une fois prononcée, soit renouvelée à l'infini²⁸⁵¹.

.....

** **Selon l'article 723-29 CPP**, « Lorsqu'une personne a été condamnée à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à dix ans pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru, le juge de l'application des peines peut, sur réquisitions du procureur de la République, ordonner à titre de mesure de sûreté et aux seules fins de prévenir une récidive dont le risque paraît avéré, qu'elle sera placée sous surveillance judiciaire dès sa libération et pendant une durée qui ne peut excéder celle correspondant au crédit de réduction de peine ou aux réductions de peines supplémentaires dont elle a bénéficié et qui n'ont pas fait l'objet d'une décision de retrait. » La surveillance judiciaire peut comporter, aux termes de l'article **723-30 CPP, une série d'obligations**²⁸⁵².

2851N. D'HERVÉ, A. MORICE, *Justice de sûreté et gestion des risques: Approche pratique et réflexive*, L'Harmattan, 2010 p. 129. Entretien avec Mme Delhaye, Juge d'application des peines, au TGI de Caen.

2852« La surveillance judiciaire peut comporter les obligations suivantes : /1° Obligations prévues par l'article 132-44 et par les 2°, 3°, 8°, 9°, 11°, 12°, 13° et 14° de l'article 132-45 du code pénal ; /2° Obligations prévues par l'article 131-36-2 (1°, 2° et 3°) du même code ; /3° Obligation prévue par l'article 131-36-12 du même code ; /4° Si la personne a été condamnée à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour l'un des crimes mentionnés à l'article 706-53-13 du présent code, obligation d'assignation à domicile, emportant pour l'intéressé l'interdiction de s'absenter de son domicile ou de tout autre lieu désigné par le juge en dehors des périodes fixées par celui-ci. Les périodes et les lieux sont fixés en tenant compte : de l'exercice d'une activité professionnelle par le condamné ; du fait qu'il suit un enseignement ou une formation, effectue un stage ou occupe un emploi temporaire en vue de son insertion sociale ; de sa participation à la vie de famille ; de la prescription d'un traitement médical. /Sauf décision

L'article 723-31 CPP précise que « Le risque de récidive mentionné à l'article 723-29 doit être constaté par une expertise médicale ordonnée par le juge de l'application des peines conformément aux dispositions de l'article 712-16, et dont la conclusion fait apparaître la dangerosité du condamné et détermine si le condamné est susceptible de faire l'objet d'un traitement. Cette expertise peut être également ordonnée par le procureur de la République ».

L'article 723-32 CPP ajoute que « La décision prévue à l'article 723-29 est prise, avant la date prévue pour la libération du condamné, par un jugement rendu conformément aux dispositions de l'article 712-6. Lorsqu'est prévue l'obligation mentionnée au 3° de l'article 723-30, la décision intervient après avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté. Lors du débat contradictoire prévu par l'article 712-6, le condamné est obligatoirement assisté par un avocat choisi par lui, ou, à sa demande, désigné par le bâtonnier. / Le jugement précise les obligations auxquelles le condamné est tenu, ainsi que la durée de celles-ci ».

L'article 723-33 CPP : « Le condamné placé sous surveillance judiciaire fait également l'objet de mesures d'assistance et de contrôle destinées à faciliter et à vérifier sa réinsertion. / Ces mesures et les obligations auxquelles le condamné est astreint sont mises en œuvre par le juge de l'application des peines assisté du service pénitentiaire d'insertion et de probation, et, le cas échéant, avec le concours des organismes habilités à cet effet ».

.....

*** Selon l'Article 706-53-19 du code de procédure pénale : « Si la rétention de sûreté n'est pas prolongée ou s'il y est mis fin [...] et si la personne présente des risques de commettre les infractions mentionnées à l'article 706-53-13, la juridiction régionale de la rétention de sûreté peut, par la même décision et après débat contradictoire au cours duquel la personne est assistée par un avocat choisi ou commis d'office, placer celle-ci sous surveillance de sûreté pendant une durée d'un an. La surveillance de sûreté comprend des obligations identiques à celles prévues dans le cadre de la surveillance judiciaire mentionnée à l'article 723-30, en particulier une injonction de soins prévue par les articles L.3711-1 à L.3711-5 du code de la santé publique et le placement sous surveillance électronique mobile dans les conditions prévues par les articles 763-12 et 763-13 du présent code. [...] / A l'issue de ce délai, la surveillance de sûreté peut être renouvelée dans les mêmes conditions et pour la même durée. / [...] ». Le dernier alinéa de cet article précise qu'en cas de violation par la personne des obligations de la surveillance de sûreté, un placement en rétention de sûreté est possible. Ainsi, on peut lire à travers ses dispositions que si le risque redevient très persistant (un risque plus important que celui qui a conduit à la surveillance de sûreté se révèle dans la violation d'une obligation de cette mesure), il convient de prendre une mesure plus contraignante, à savoir la rétention de sûreté, qui, elle, suppose un enfermement.

contraire du juge de l'application des peines, le condamné placé sous surveillance judiciaire est soumis à une injonction de soins, dans les conditions prévues aux articles L. 3711-1 et suivants du code de la santé publique, lorsqu'il est établi, après expertise médicale prévue à l'article 723-31, qu'il est susceptible de faire l'objet d'un traitement ».

Le décret n°2008-1129 du 4 novembre 2008 précise : « une surveillance de sûreté d'une durée de deux ans peut être prononcée et, le cas échéant, renouvelée par la juridiction régionale de la rétention de sûreté, à l'égard des personnes mentionnées à l'article 706-53-13, à la suite d'une surveillance judiciaire, d'un suivi socio-judiciaire ou d'une rétention de sûreté, conformément aux articles 723-37, 763-8 et 706-53-19 [...]. / La juridiction régionale de la rétention de sûreté statue sur proposition de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté» (article R53-8-44 du code de procédure pénale). Le décret poursuit : « L'avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté proposant le placement sous surveillance de sûreté ou le renouvellement de cette mesure est rendu au vu des éléments figurant dans le dossier individuel de la personne tenu, selon le cas, à l'établissement pénitentiaire ou par le juge de l'application des peines et d'une expertise médicale constatant la persistance de sa dangerosité, sans qu'il soit nécessaire de procéder à l'évaluation pluridisciplinaire dans le service spécialisé prévu par le deuxième alinéa de l'article 706-53-14 4 » (article R53-8-45 du code de procédure pénale).

.....

****** Article 706-53-4²⁸⁵³** : « Sans préjudice de l'application des dispositions des articles 706-53-9 et 706-53-10, les informations mentionnées à l'article 706-53-2 concernant une même personne sont retirées du fichier au décès de l'intéressé ou à l'expiration, à compter du jour où l'ensemble des décisions enregistrées ont cessé de produire tout effet, d'un délai de : / 1° Trente ans s'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni de dix ans d'emprisonnement ; / 2° Vingt ans dans les autres cas. /L'amnistie ou la réhabilitation ainsi que les règles propres à l'effacement des condamnations figurant au casier judiciaire n'entraînent pas l'effacement de ces informations. /Ces informations ne peuvent, à elles seules, servir de preuve à la constatation de l'état de récidive./ Les mentions prévues aux 1°, 2° et 5° de l'article 706-53-2 sont retirées du fichier en cas de décision définitive de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement. Celles prévues au 5° sont également retirées en cas de cessation ou de mainlevée du contrôle judiciaire.

Article 706-53-5²⁸⁵⁴: Toute personne dont l'identité est enregistrée dans le fichier est astreinte, à titre de mesure de sûreté, aux obligations prévues par le présent article. /La personne est tenue, soit auprès du gestionnaire du fichier, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, soit auprès du commissariat de police ou de la gendarmerie de son domicile, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou en se présentant au service : / 1° De justifier de son adresse une fois par an ; / 2° De déclarer ses changements d'adresse, dans un délai de quinze jours au plus tard après ce changement. / Si la personne a été définitivement condamnée pour un crime ou pour un délit puni de dix ans d'emprisonnement, elle doit justifier de son adresse une fois tous les six mois en se présentant à cette fin soit auprès du commissariat ou de l'unité de gendarmerie de son domicile, soit auprès du groupement de gendarmerie départemental ou de la direction départementale de la sécurité publique de son domicile ou auprès de tout autre service désigné par la préfecture. Si la dangerosité de la personne le justifie, la juridiction de jugement ou, selon les modalités prévues par l'article 712-6, le juge de l'application des peines peut ordonner que cette présentation interviendra tous les

2853Modifié par la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 - art. 28 (V) JORF 13 décembre 2005.

2854Modifié par la loi n°2007-297 du 5 mars 2007 - art. 42 JORF 7 mars 2007.

mois. Cette décision est obligatoire si la personne est en état de récidive légale. / Le fait, pour les personnes tenues aux obligations prévues par le présent article, de ne pas respecter ces obligations est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

Article 706-53-6²⁸⁵⁵ : Toute personne dont l'identité est enregistrée dans le fichier en est informée par l'autorité judiciaire, soit par notification à personne, soit par lettre recommandée adressée à la dernière adresse déclarée. / Elle est alors informée des mesures et des obligations auxquelles elle est astreinte en application des dispositions de l'article 706-53-5 et des peines encourues en cas de non-respect de ces obligations./ Lorsque la personne est détenue, les informations prévues par le présent article lui sont données au moment de sa libération définitive ou préalablement à la première mesure d'aménagement de sa peine.

Article 706-53-7²⁸⁵⁶ Les informations contenues dans le fichier sont directement accessibles, par l'intermédiaire d'un système de télécommunication sécurisé : / 1° Aux autorités judiciaires ; / 2° Aux officiers de police judiciaire, dans le cadre de procédures concernant un crime d'atteinte volontaire à la vie, d'enlèvement ou de séquestration, ou une infraction mentionnée à l'article 706-47 et pour l'exercice des diligences prévues aux articles 706-53-5 et 706-53-8 ; / 3° Aux préfets et aux administrations de l'État dont la liste est fixée par le décret prévu à l'article 706-53-12, pour les décisions administratives de recrutement, d'affectation, d'autorisation, d'agrément ou d'habilitation concernant des activités ou professions impliquant un contact avec des mineurs ainsi que pour le contrôle de l'exercice de ces activités ou professions. / Les autorités et personnes mentionnées aux 1° et 2° du présent article peuvent interroger le fichier à partir de plusieurs critères fixés par le décret prévu à l'article 706-53-12, et notamment à partir de l'un ou plusieurs des critères suivants : identité de la personne, adresses successives, nature des infractions. / Les personnes mentionnées au 3° du présent article ne peuvent consulter le fichier qu'à partir de l'identité de la personne concernée par la décision administrative. / Les officiers de police judiciaire peuvent également, sur instruction du procureur de la République ou du juge d'instruction ou avec l'autorisation de ce magistrat, consulter le fichier à partir de l'identité d'une personne gardée à vue dans le cadre d'une enquête de flagrance ou d'une enquête préliminaire ou en exécution d'une commission rogatoire, même si cette procédure ne concerne pas une des infractions mentionnées au 2° du présent article. / Les maires, les présidents de conseil général et les présidents de conseil régional sont également destinataires, par l'intermédiaire des préfets, des informations contenues dans le fichier, pour les décisions administratives mentionnées au 3° concernant des activités ou professions impliquant un contact avec des mineurs ainsi que pour le contrôle de l'exercice de ces activités ou professions.

2855Modifié par la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 - art. 28 (V) JORF 13 décembre 2005.

2856Modifié par la loi n°2008-174 du 25 février 2008 - art. 15.

Article 706-53-8²⁸⁵⁷ Selon des modalités précisées par le décret prévu à l'article 706-53-12, le gestionnaire du fichier avise directement le ministère de l'intérieur, qui transmet sans délai l'information aux services de police ou de gendarmerie compétents, en cas de nouvelle inscription ou de modification d'adresse concernant une inscription ou lorsque la personne n'a pas apporté la justification de son adresse dans les délais requis. / Les services de police ou de gendarmerie peuvent procéder à toutes vérifications utiles et toutes réquisitions auprès des administrations publiques pour vérifier ou retrouver l'adresse de la personne. / S'il apparaît que la personne ne se trouve plus à l'adresse indiquée, le procureur de la République la fait inscrire au fichier des personnes recherchées.

2857Modifié par la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 - art. 28 (V) JORF 13 décembre 2005.

Annexe n°2 : Notes relatives au tableau sur le protocole d'évaluation

Tableau p. 243

* **Article 706-53-14 CPP²⁸⁵⁸** : « La situation des personnes mentionnées à l'article 706-53-13 est examinée, au moins un an avant la date prévue pour leur libération, par la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté prévue par l'article 763-10, afin d'évaluer leur dangerosité. / A cette fin, la commission demande le placement de la personne, pour une durée d'au moins six semaines, dans un service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues aux fins d'une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité assortie d'une expertise médicale réalisée par deux experts. / Si la commission conclut à la particulière dangerosité du condamné, elle peut proposer, par un avis motivé, que celui-ci fasse l'objet d'une rétention de sûreté dans le cas où : / 1° Les obligations résultant de l'inscription dans le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes, ainsi que les obligations résultant d'une injonction de soins ou d'un placement sous surveillance électronique mobile, susceptibles d'être prononcés dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire ou d'une surveillance judiciaire, apparaissent insuffisantes pour prévenir la commission des crimes mentionnés à l'article 706-53-13 ; / 2° Et si cette rétention constitue ainsi l'unique moyen de prévenir la commission, dont la probabilité est très élevée, de ces infractions. / Si la commission estime que les conditions de la rétention de sûreté ne sont pas remplies mais que le condamné paraît néanmoins dangereux, elle renvoie le dossier au juge de l'application des peines pour qu'il apprécie l'éventualité d'un placement sous surveillance judiciaire ».

.....

** **Article 706-53-16 CPP²⁸⁵⁹** : « La décision de rétention de sûreté est valable pour une durée d'un an. / La rétention de sûreté peut être renouvelée, après avis favorable de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, selon les modalités prévues par l'article 706-53-15 et pour la même durée, dès lors que les conditions prévues par l'article 706-53-14 sont toujours remplies ».

.....

*** **Article 706-53-18 CPP²⁸⁶⁰** : « La juridiction régionale de la rétention de sûreté ordonne d'office qu'il soit immédiatement mis fin à la rétention de sûreté dès lors que les conditions prévues par l'article 706-53-14 ne sont plus remplies ».

2858Créé par la loi n°2008-174 du 25 février 2008 - art. 1.

2859Créé par la loi n°2008-174 du 25 février 2008 - art. 1.

2860Créé par la loi n°2008-174 du 25 février 2008 - art. 1.

**Première condamnation d'un psychiatre pour des faits commis par l'un de ses patients
Application rétrospective du principe de précaution en droit pénal ?**

TC Marseille 18 décembre 2012

Depuis l'année 2000, Joël Gaillard est suivi par le psychiatre Danièle Canarelli. Entre février 2000 et février 2004, il a été hospitalisé en hôpital psychiatrique quatre fois, dont trois sous le régime de l'hospitalisation d'office (ci-après HO) et une sous celui de l'hospitalisation à la demande d'un tiers. Sa dernière hospitalisation, en 2004, l'a été d'office, décidée par les autorités judiciaires après une déclaration d'irresponsabilité pénale dans le cadre d'une affaire pénale. De 2000 à 2004, Joël Gaillard a également été en contact avec les services de police et la justice pénale pour plusieurs faits dont des agressions. En 2004, alors qu'il est donc à nouveau hospitalisé d'office, il bénéficie de sorties d'essai de courte durée qui, rapidement, deviennent des congés d'essai longue durée d'un mois. Au cours du dernier congés d'essai, le 17 février 2004, il se blesse à la main dans des conditions troubles. Il se rend au service d'urgence où la lettre d'admission note chez lui un état délirant. Il sera opéré le 18 février 2004 du doigt et ramené le lendemain chez sa psychiatre. Lorsque cette dernière rencontre le patient, le 19 février 2004, elle lui annonce qu'elle met fin à son congé d'essai et le ré-hospitalise. Celui-ci s'enfuit. Moins d'un mois après, le 9 mars 2004, Joël Gaillard assassine le compagnon de sa grand-mère, Germain Trabuc, à coups de hache devant leur domicile.

Une information pénale a été ouverte à l'encontre de Joël Gaillard. Le 5 janvier 2005, une ordonnance de non-lieu a été rendue constatant son irresponsabilité pénale. Le fils de Germain Trabuc, Michel Trabuc, dépose alors une plainte simple entre les mains du procureur de la République du TGI de Gap le 27 février 2007. Il est auditionné par les

gendarmes sur le fondement d'un soit transmis du 26 mars 2007. Il dépose ensuite une plainte avec constitution de partie civile le 23 août 2007. Cette plainte sera déclarée irrecevable pour défaut de consignation, alors que Michel Trabuc avait obtenu un délai supplémentaire. Le 21 août 2008, il dépose une nouvelle plainte visant le préfet des Bouches-du-Rhône, le Directeur du Centre hospitalier, le Dr Canarelli et le Dr Guinard (qui a validé le projet thérapeutique de Danièle Canarelli dans un rapport du 31 mars 2003, en autorisant des sorties régulières de courte durée) ainsi que la sœur, la mère et la grand mère de Joël Gaillard.

Le 7 février 2008, une information judiciaire est ouverte du chef d'homicide involontaire. Après avoir été entendu sous la qualité de témoin, puis de témoin assisté, Danièle Canarelli est mise en examen le 22 juin 2010. En revanche, la poursuite des autres personnes visées par la plainte de Michel Trabuc est abandonnée. Le 28 avril 2011, le Juge d'instruction rend une ordonnance de renvoi devant le Tribunal correctionnel. A l'audience, un des autres fils de la victime, Claude Trabuc, se constitue partie civile.

Le Tribunal correctionnel de Marseille rend un jugement en date du 18 décembre 2012, condamnant Danièle Canarelli à un an d'emprisonnement avec sursis pour homicide involontaire.

Deux problèmes juridiques sont soumis au Tribunal correctionnel de Marseille compétent pour juger l'affaire : une question procédurale concernant la prescription de l'action publique, Danièle Canarelli invoquant l'exception de prescription ; un problème de fond relatif à la culpabilité du Dr Canarelli dans les faits d'assassinat commis par son patient, Joël Gaillard . Danièle Canarelli est poursuivie du chef d'homicide involontaire.

Nous présenterons ces deux problématiques, en relation avec les faits, avant de commenter la décision rendue par le Tribunal correctionnel de Marseille.

◆ **Le problème procédural relatif à la prescription de l'action publique**

L'action publique était-elle prescrite au moment du dépôt de la seconde plainte le 21 janvier 2008, sachant que les faits se sont déroulés le 9 mars 2004 et que l'homicide involontaire, soit un délit en droit français, se prescrit par 3 ans²⁸⁶¹ ?

2861Article 8 CPP.

Mme Canarelli soulève l'exception de prescription de l'action publique, estimant que la plainte de 2008 est intervenue alors que l'action publique était prescrite. Entre les faits datant de 2004 et le dépôt de plainte en 2008, se sont écoulés quatre ans, alors que la prescription de l'homicide involontaire est de trois ans.

Le Ministère public et la partie civile estiment que la prescription de l'action publique n'était pas acquise au jour du dépôt de plainte. Ils invoquent la **théorie de l'indivisibilité** (entre les actes relatifs à la poursuite de Joël Gaillard et ceux relatifs à la poursuite de Danièle Canarelli) et s'appuient sur l'**effet interruptif de l'ordonnance de non-lieu du 5 janvier 2005 et du soit transmis du 26 mai 2007**.

Le Tribunal correctionnel de Marseille affirme qu'il était « *nécessaire d'attendre qu'il soit statué sur la responsabilité du patient [Joël Gaillard] avant de pouvoir examiner l'homicide involontaire reproché au Dr Canarelli* », consacrant ainsi la thèse de l'indivisibilité développée par le Ministère Public et la partie civile. En outre, le Tribunal rappelle que la jurisprudence constante reconnaît un effet interruptif aux soit transmis aux fins d'audition et d'enquête. Par conséquent, **le Tribunal rejette l'exception de prescription soulevée par la défense**.

◆ **Le problème de fond sur la culpabilité de Danièle Canarelli**

Danièle Canarelli s'est-elle rendue coupable d'homicide involontaire dans l'assassinat de Germain Trabuc commis par Joël Gaillard, un de ses patients ?

Il est reproché à Danièle Canarelli « *d'avoir [...] par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, involontairement causé la mort de Germain Trabuc, en créant ou en contribuant à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage et en omettant de prendre les mesures permettant de l'éviter, par la commission de fautes caractérisées qui exposaient la victime à un risque d'une particulière gravité qu'elle ne pouvait ignorer (en l'occurrence son assassinat par Joël Gaillard), en refusant de poser le moindre diagnostic de maladie mentale à l'égard de Joël Gaillard, privant ainsi l'intéressé de soins adaptés, alors*

même qu'un diagnostic de schizophrénie paranoïde avait été arrêté par l'ensemble des experts et psychiatres ayant eu à examiner l'intéressé, en ne prenant aucune disposition effective pour ramener à exécution de manière contraignante la mesure d'hospitalisation d'office de Joël Gaillard alors même qu'elle disposait des moyens en personnel pour le faire, alors que ce patient avait multiplié par le passé des manifestations de dangerosité croissante, qu'elle avait été alertée par la famille d'un risque de passage à l'acte dans le cadre d'un conflit familial et que son patient avait été hospitalisé dans un service d'urgences pour une blessure à l'arme blanche dans des conditions particulièrement troubles ».

Michel Trabuc, la partie civile, soutient qu'alors que « la dangerosité délirante et manifeste » de Joël Gaillard était établie et connue, des aménagements de l'hospitalisation de ce dernier avaient été prévues (accords de sorties et congés d'essai, mainlevée de soins sous contrainte envisagée). **Selon la partie civile, ceux qui ont proposé de tels aménagements doivent répondre de leur responsabilité pénale.**

Le Juge d'instruction a relevé les charges suivantes depuis la première hospitalisation d'office de Joël Gaillard datant du 10 février 2000 :

- **refus de poser le moindre diagnostic de maladie mentale** (privant Joël Gaillard de soins adaptés alors qu'un diagnostic de schizophrénie paranoïde a été arrêté par les experts et psychiatres qui l'ont examiné)

- **absence de mesures prises pour ramener à exécution de manière contraignante la mesure d'HO** alors que la prévenue disposait de moyens en personnel pour le faire et que Joël Gaillard avait manifesté une dangerosité croissante, que sa famille avait alerté la prévenue d'un risque de passage à l'acte et que Joël Gaillard avait été hospitalisé en urgence pour une blessure à l'arme blanche dans des conditions troubles.

Le magistrat instructeur estime, par conséquent, que Danièle Canarelli a commis **des fautes caractérisées créant ou contribuant à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage en exposant la victime, Germain Trabuc, à un risque d'une particulière gravité qu'elle ne pouvait ignorer.**

Le Tribunal correctionnel rejoint l'accusation et la thèse du juge d'instruction. Il déclare Dr Canarelli coupable d'homicide involontaire et la condamne, en conséquence, à un an d'emprisonnement avec sursis et à verser à Michel Trabuc la somme de 7 500 euros et à

Claude Trabuc la somme de 1 000 euros au titre de l'article 475-1 du code de procédure pénale relatif aux frais engagés par la partie civile.

Cette décision est **la première condamnation d'un psychiatre pour des faits commis par l'un de ses patients**. Elle a soulevé beaucoup d'inquiétudes de la part des psychiatres, qui y entrevoit les risques d'une responsabilisation à outrance de leur travail. D'un point de vue socio-juridique, cette décision marque la volonté de désigner un responsable lorsqu'un dommage a été occasionné. D'un point de vue strictement juridique, elle est l'illustration de **l'influence souterraine du principe de précaution dans l'engagement de la responsabilité pénale, qui invite à un assouplissement des conditions restrictives de la responsabilité pénale de l'auteur indirect afin que la responsabilité soit envisagée de manière toujours plus précoce**.

Il apparaît que la condamnation d'un auteur indirect, et précisément, ici, dans cette affaire tragique, permet de contourner le principe de la personnalité en droit pénal selon lequel on n'est responsable que de son propre fait (I). Toutefois, cette condamnation n'a pu être prononcée que parce qu'un lien certain a été établi entre les agissements de Danièle Canarelli et l'assassinat commis par son patient (II). Ce qui ne nous empêchera pas d'adopter un point de vue critique à propos de cette décision judiciaire d'inspiration précautionniste, qui est susceptible de bouleverser la notion de responsabilité pénale.

I- Un contournement du principe de la personnalité en droit pénal

En principe, l'on n'est responsable pénalement que de son propre fait selon l'article 121-1 du code pénal²⁸⁶². Le principe de personnalité en droit pénal implique principalement deux séries d'effets. D'abord, le droit pénal repose sur l'idée de personnalité de la peine qui signifie qu'une personne étrangère à l'infraction ne peut subir de peine, laquelle ne peut être infligée qu'au seul coupable²⁸⁶³. Ensuite, le droit pénal, contrairement au droit civil, implique donc la prohibition de la responsabilité du fait d'autrui²⁸⁶⁴. Alors qu'en droit civil, selon l'article 1384 alinéa 2 du code civil, on peut être responsable du fait d'autrui dans certaines conditions prévues par la loi, le droit pénal n'admet pas ce type de responsabilité.

2862 L'article 121-1 CP dispose : « *Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* ». Voir *supra*, dans la présente thèse, à propos de ce principe de personnalité en matière pénale.

2863 MERLE et VITU, *Traité de droit criminel*, Tome 1, 7^{ème} édition, n° 661, p. 832 .

2864 *Ibidem*, n° 525, p. 663s.

Dans le cas présent, les faits commis sont constitutifs d'un assassinat. Après avoir attendu dans son véhicule la victime, Germain Trabuc, Joël Gaillard lui a asséné des coups de hache, provoquant sa mort. Ces faits sont tragiques et violents. Ils ont d'ailleurs largement été relayés par les médias, comme la plupart des affaires criminelles mettant en cause un auteur souffrant de maladie mentale. Joël Gaillard a été examiné par des experts qui ont décelé chez lui une schizophrénie le rendant inaccessible à une sanction pénale. Le juge d'instruction a donc rendu un ordonnance de non-lieu à son égard. Ainsi, après cette ordonnance, il n'existait pénalement pas de responsable de la mort de Germain Trabuc. La poursuite de Danièle Canarelli peut alors apparaître comme révélatrice de **la quête d'un coupable** à des faits horribles. Dans cette mesure, la condamnation de cette dernière peut, en effet, être regardée comme un palliatif à l'irresponsabilité pénale de l'auteur direct, Joël Gaillard (**A**). En reconnaissant une responsabilité relativement éloignée de la commission des faits, cette condamnation pourrait entraîner une sur-responsabilisation de toutes les personnes qui auraient pu, d'un moyen ou d'un autre, éviter la réalisation du dommage, par l'admission d'une sorte de responsabilité du fait d'autrui, pourtant interdite en droit pénal (**B**).

A. Un palliatif à l'irresponsabilité pénale de l'auteur direct

La décision du Tribunal correctionnel de Marseille semble consacrer un palliatif à l'irresponsabilité pénale de Joël Gaillard, auteur direct, en condamnant Danièle Canarelli, auteur indirect, après que le premier ait été déclaré pénalement irresponsable (1). Elle admet de manière sous-jacente une responsabilité du fait d'autrui incompatible avec le principe de personnalité en droit pénal (2).

1. La postériorité de la condamnation de la psychiatre par rapport à la déclaration d'irresponsabilité pénale de son patient

Quatre années après l'assassinat de Germain Trabuc et quatre années avant la décision du Tribunal correctionnel de Marseille du 18 décembre 2012, le président de la République, Nicolas Sarkozy, s'était exprimé à propos de l'ordonnance de non-lieu. L'ordonnance de non-lieu, selon ce dernier, signifierait alors que « les faits n'ont pas eu lieu »²⁸⁶⁵. Ces propos avaient été prononcés dans le contexte particulier de la déclaration d'irresponsabilité pénale de Romain Dupuy, un jeune schizophrène, poursuivi pour l'assassinat

2865A propos de ces déclarations de Nicolas Sarkozy, voir *supra* dans la présente thèse.

de deux infirmières et dont la culpabilité a été avérée. Depuis, la loi du 25 février 2008 a créé une nouvelle ordonnance, l'ordonnance de déclaration d'irresponsabilité pénale pour trouble mental, ordonnance qui doit désormais être rendue publiquement, instaurant, pour juger les malades mentaux pourtant pénalement irresponsables, un simulacre de procès destiné à apaiser la souffrance des victimes et de leurs proches²⁸⁶⁶.

Au moment de l'affaire impliquant Joël Gaillard, cette procédure n'avait pas encore vu le jour. Poursuivi pour l'assassinat de Germain Trabuc, Joël Gaillard a été examiné par des experts qui ont conclu à une schizophrénie paranoïde. Le Juge d'instruction a donc rendu une ordonnance de non-lieu, le déclarant pénalement irresponsable. Ce n'est qu'après cette ordonnance que la famille de la victime a porté plainte. Sans remettre en cause la douleur des proches de Germain Trabuc, il est intéressant de noter que la première plainte déposée, une plainte simple, ne l'a été que le 27 février 2007, soit environ deux ans après l'ordonnance de non-lieu du 5 janvier 2005. Cette chronologie démontre à notre sens la recherche d'un coupable qui n'a pu être trouvé chez l'auteur matériel des faits, celui-ci ayant été déclaré pénalement irresponsable. Les proches de Germain Trabuc auraient-ils déposé plainte contre Danièle Canarelli si Joël Gaillard avait été accessible à une sanction pénale ? La culpabilité de Danièle Canarelli aurait-elle été discutée si un coupable avait déjà été désigné par la justice ?

Le fait que **l'indivisibilité entre les faits reprochés à Joël Gaillard et ceux reprochés à Dr Canarelli** ait été consacrée par le Tribunal correctionnel nous conduit à répondre par la négative aux interrogations ci-dessus. En effet, si la responsabilité de Dr Canarelli avait été considérée comme indépendante et due à ses seules négligences, l'action aurait été prescrite au jour de la plainte soit quatre ans après les faits commis le 9 mars 2004. **Attendre que la justice se prononce sur la responsabilité pénale de l'auteur direct crée un lien de subsidiarité entre la condamnation de l'auteur direct et celle de l'auteur indirect.** Il en ressort, que la condamnation de la psychiatre est intervenue subsidiairement à celle de Joël Gaillard. En d'autres termes, si Joël Gaillard n'avait pas été déclaré irresponsable pénalement, Danièle Canarelli n'aurait peut-être pas été inquiétée.

2866 Voir *supra* dans cette thèse, et not. CH. LAZERGES in L. MUCCHIELLI (dir.), *La frénésie sécuritaire*, *op.cit.*

En outre, le fait que le Tribunal correctionnel n'accorde pas de dommages et intérêts aux parties civiles mais prononce seulement le paiement par Dr Canarelli des frais de justice engagés démontre bien qu'il s'agit seulement de désigner officiellement un responsable sans que l'on puisse toutefois imposer à ce responsable désigné de réparer un dommage qu'il n'a pas véritablement provoqué²⁸⁶⁷.

2. Une condamnation ouvrant un nouveau cas de responsabilité du fait d'autrui ?

Aussi, reconnaître la responsabilité dans cette situation où le patient a commis une infraction intentionnelle revient à reconnaître une sorte de responsabilité du fait d'autrui, concept étranger au droit pénal en raison du principe de personnalité sus-évoqué. Dans un tout autre domaine, il a été écrit que la loi du 9 août 2010 avait créé une sorte de responsabilité du fait d'autrui, ou complicité par abstention, pour les supérieurs hiérarchiques n'ayant pas pris les dispositions nécessaires afin que leur subordonnés ne commettent pas de crimes de guerre²⁸⁶⁸. Mais dans ces deux situations, qui certes rendent responsables une personne pour le fait commis par une autre, il ne s'agit pas, pour Merle et Vitu, proprement de responsabilité du fait d'autrui : « la responsabilité du fait d'autrui n'est ici qu'apparente, car à côté du fait matériel d'autrui il y a une faute du tiers en relation causale avec le dommage ; et cette faute réunit isolément tous les éléments constitutifs du délit d'homicide ou de blessures par imprudence »²⁸⁶⁹. Si cette analyse est convaincante dans les cas de responsabilité d'un supérieur négligeant du fait de son préposé qui a commis involontairement un dommage²⁸⁷⁰, elle est discutable s'agissant du cas d'espèce dans lequel Danièle Canarelli, qui ne dispose d'aucune supériorité hiérarchique sur l'auteur matériel, Joël Gaillard, est déclarée responsable d'un fait « volontairement » commis par ce dernier.

Comme le soulignent Merle et Vitu, les rares cas de « responsabilité du fait d'autrui » admis en droit pénal concernent les hypothèses où un salarié a commis involontairement une infraction en raison du non-respect de la réglementation par son

2867Certes, Joël Gaillard a dû être condamné civilement à réparer le dommage causé mais puisque Dr Canarelli est jugée responsable pénalement d'une faute caractérisée, elle aurait dû en toute logique être aussi redevable de dommages-intérêts à l'égard des proches du Germain Trabuc.

2868E. VERGÈS, « La loi n°2010-930 du 9 août 2010, portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale : une avancée marquante de la répression en France des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité », *RSC*, 2010-4, p. 896.

2869MERLE et VITU, *op.cit.*, p. 667.

2870Les cas décrits par Merle et Vitu sont ceux d'un dommage réalisé par un préposé, acte matériel qui trouverait « sa source directe dans la faute personnelle du patron », pour défaut de surveillance ou inobservance de règlements. Le chef d'entreprise « emprunte l'élément matériel de l'infraction commise par son préposé » (STÉFANI et LEVASSEUR, *Droit pénal général*, I, n° 301, 12^{ème} édition, cités p. 668) mais moralement, « il a commis réellement la même faute que son préposé ».

supérieur ou du défaut de surveillance et de contrôle de la part de ce dernier. Aussi l'infraction commise par l'auteur matériel doit-elle répondre à certains critères : elle doit correspondre à la violation d'une disposition réglementaire que le supérieur avait obligation de faire respecter ; surtout, elle doit être non intentionnelle²⁸⁷¹.

Or, en l'espèce, le dommage qui a été causé est la mort par assassinat, soit une infraction typiquement intentionnelle. Quand bien même l'auteur s'est avéré pénalement irresponsable, l'infraction qu'il a commise est juridiquement intentionnelle. Ainsi, déclarer Danièle Canaralli coupable d'une faute indirecte ayant conduit à un assassinat est une solution qui ne correspond ni à l'esprit du législateur (la loi du 10 juillet 2000 ayant été motivée par une trop grande facilité, auparavant, à mettre en cause des dirigeants publics et privés dans des dommages causés indirectement et involontairement), ni à la jurisprudence.

Ainsi, si elle n'est pas infirmée en appel ou, le cas échéant, par la Cour de cassation, cette décision du Tribunal correctionnel de Marseille peut ouvrir **la voie à un nouveau cas de responsabilité pénale du fait d'autrui très critiquable car extensible**.

B) Les risques de la reconnaissance d'une responsabilité éloignée de la commission des faits

Il faut noter que la dernière plainte du 21 janvier 2008, qui a ouvert la procédure, visait initialement plusieurs personnes : le préfet des Bouches-du-Rhône en poste depuis 2003, le Directeur du Centre hospitalier, Dr Canarelli et Dr Guinard, la sœur, la mère et la grand mère de Joël Gaillard. Si on considère que la responsabilité peut être engagée dès lors que l'on n'a pas su empêcher la commission des faits, toutes ces personnes auraient pu être condamnées. Le préfet pour avoir pris trois arrêtés préfectoraux (le 15 avril, le 27 mai et le 25 juin 2003) autorisant des sorties de courtes durées et mentionnant que les modifications des modalités de sorties ne seraient subordonnées qu'à l'envoi d'un certificat médical. Le Directeur du Centre hospitalier pour n'avoir pas remis en question, de manière active, la stratégie thérapeutique de Dr Canarelli alors même qu'il a constaté dans un certificat du 22 août 2003 des troubles psychiatriques de Joël Gaillard. Dr Guinard, qui a été sollicité par Dr Canarelli dans le cadre d'une demande de sorties d'essai de courte durée, pour avoir estimé que ces sorties étaient envisageables. La sœur, la mère, la grand-mère de Joël pour n'avoir pas su

²⁸⁷¹ Même si les auteurs relèvent des solutions jurisprudentielles contraires qu'ils trouvent critiquables.

s'occuper de leur proche et n'avoir pas suffisamment alerté les services compétents de la dangerosité de ce dernier ?

On peut craindre que reconnaître une responsabilité aussi éloignée dans le temps (la dernière consultation de Joël Gaillard date du 19 février 2004, la dernière fois qu'elle l'a aperçu du 20 ou 21 février²⁸⁷² et l'assassinat du 9 mars) et dans les faits (aucune proximité factuelle entre le fait de suivre un patient et le fait d'assassiner autrui à coups de hache) peut **ouvrir la porte à la responsabilisation d'autres intervenants**. Dans le cas présent, à l'occasion de l'information judiciaire, le magistrat instructeur n'a finalement retenu que Danièle Canaralli. Mais il n'est pas exclu que dans une future affaire similaire, d'autres mis en cause par la plainte de la partie civile soient mis en examen puis condamnés²⁸⁷³.

Dans le jugement qu'il rend le 18 décembre 2010, le Tribunal correctionnel rappelle qu'il s'agit d'étudier « *un comportement individuel* », celui de Danièle Canarelli, et non de la profession dans son ensemble²⁸⁷⁴. Certes le Tribunal de Marseille juge d'une affaire précise, mais le cas d'espèce n'est pas unique en psychiatrie et semble voué à se représenter. Ainsi, à moins que tous les malades mentaux soient indéfiniment enfermés, ce cas de figure se reproduira sans doute (bien que la proportion de crimes commis par des malades mentaux ne soit pas plus élevée que celle des crimes commis par des personnes non atteintes de troubles mentaux²⁸⁷⁵). A présent que la justice pénale se déclare compétente pour juger de l'approche thérapeutique d'un psychiatre et pour affirmer que ce dernier n'a pas fait preuve d'assez de précaution, **on peut craindre une judiciarisation du traitement psychiatrique et une responsabilisation subséquente des psychiatres, à défaut de pouvoir appliquer une sanction pénale au véritable auteur des faits**.

Et cette crainte est d'autant plus légitime que le lien de causalité retenu en l'espèce, et nécessaire à la démonstration d'une faute non intentionnelle, est particulièrement distendu et que le recours massif par la jurisprudence à la notion de faute caractérisée permet d'outrepasser l'absence de violation de règles précises de prudence ou de sécurité²⁸⁷⁶.

2872 Dans une audition du 8 avril 2004, Dr Canarelli raconte que Joël Gaillard est revenu au centre hospitalier pour réclamer des papiers et qu'il s'est enfui dès qu'il l'a vue.

2873 Voir par exemple CA Grenoble 6 novembre 2013 évoqué *supra* dans cette thèse (n°915).

2874 Page 6 du jugement .

2875 Voir les chiffres évoqués *supra*, dans cette thèse.

2876 Sur la distinction faute délibérée/faute caractérisée, voir *supra* dans cette thèse.

II-La reconnaissance d'un lien entre le comportement du psychiatre et les faits de son patient

En droit, depuis la loi du 10 juillet 2000, la responsabilité pénale de l'auteur indirect d'une faute non intentionnelle suppose la réunion de deux conditions : un lien de causalité certain et la démonstration d'une faute délibérée ou d'une faute caractérisée.

S'agissant du **lien de causalité**, celui-ci doit être certain même s'il est indirect. L'existence de ce lien de causalité n'est pas discuté devant le Tribunal correctionnel de Marseille. Ce dernier admet qu'il existe un lien de causalité entre, d'une part, l'absence de soins adéquats de Joël Gaillard (absence caractérisée par le refus de Dr Canarelli de poser un diagnostic) et l'absence de mesures rendant effective sa ré-hospitalisation et, d'autre part, l'errance de ce dernier et enfin l'assassinat qu'il commet le 9 mars 2004. Signalons que cette application de la théorie de l'équivalence des conditions au détriment de celles de la causalité adéquate est habituelle en matière de fautes pénales non intentionnelles²⁸⁷⁷.

Concernant la seconde condition évoquée (la démonstration d'une faute délibérée ou caractérisée), deux aspects particulièrement relevés dans l'attitude du psychiatre constituent, selon le Tribunal, des **fautes caractérisées : le refus de poser un diagnostic de maladie mentale et l'absence de prise de mesures effectives** pour exécuter la décision de mettre fin au congés d'essai de Joël Gaillard, qui se trouvait à ce moment sous le régime de l'hospitalisation d'office. Pour le Tribunal, **ces deux comportements imputables à Danièle Canarelli la rendent coupable d'homicide involontaire**. A notre sens, ces deux faits relevés dans le travail mené par la psychiatre avec son patient soulèvent deux problèmes distincts méritant, d'un point de vue de la responsabilité pénale, des interrogations et des solutions différentes. Nous traiterons, dans un premier temps, l'erreur de diagnostic, qui, selon nous, ne peut constituer à elle seule une faute pénale (**A**) et dans un second temps, l'absence de prises de mesures effectives pour mettre à exécution la décision de ré-hospitalisation (**B**).

2877 Voir *supra* dans cette thèse sur ce point.

A. L'erreur de diagnostic : l'impossibilité de la judiciarisation du diagnostic psychiatrique

Le Tribunal relève à maintes reprises les complexités relatives à la pose de diagnostic. En matière psychiatrique, l'établissement d'un diagnostic stable soulève des difficultés particulières et supplémentaires. Les symptômes ne se manifestent pas toujours de la même manière et avec la même intensité, et parfois n'existent pas au moment de l'examen médical. D'ailleurs, beaucoup de professionnels critiquant le DSM 4 comme le DSM 5 suggèrent de tenir compte, dans le diagnostic psychiatrique, du caractère mouvant et évolutif des maladies mentales. En l'espèce, Dr Canarelli a toujours affirmé qu'aux jours de consultations de Joël Gaillard, celui-ci ne présentait pas de symptômes permettant de conclure à une maladie mentale.

Le diagnostic psychiatrique peut toujours être sujet à discussion et une erreur dans celui-ci (d'autant que le diagnostic pris pour certains pourra toujours être remis en cause dans l'avenir que ce soit en raison de la nature des troubles eux-mêmes, de l'évolution du patient ou de sa stabilisation etc.) ne devrait pas constituer un critère de responsabilité pénale. Selon nous, l'« erreur » dans le diagnostic psychiatrique doit être insusceptible de constituer une faute caractérisée engageant la responsabilité personnelle du psychiatre.

Dans un rapport déposé le 16 février 2009, le Dr Archambaud, expert près la Cour de cassation, réquisitionné pour donner son avis sur l'état de santé de Joël Gaillard et sur l'approche thérapeutique de Dr Canarelli, mentionne les diagnostics effectués par les autres experts et psychiatres ayant eu à examiner Joël Gaillard. Les docteurs Jullier et Gleizer, notamment, ont rendu un rapport en 2001 alors qu'ils étaient désignés par le Juge d'instruction pour examiner Joël Gaillard, en détention provisoire (puis transféré au SMPR) après avoir commis une agression. Les experts avaient conclu que Joël Gaillard était « à l'évidence atteint d'une psychose chronique schizophrénique marquée par des épisodes délirants féconds [...] ».

Dans un second rapport déposé le 14 septembre 2009, Dr Archambaud relève que Dr Canarelli, dans la majorité des certificats dont elle est l'auteur, fait mention de l'absence de pathologie psychotique. Il note aussi le « décalage important », entre le diagnostic établi par Danièle Canarelli « et les certificats explicites, détaillés, motivant les hospitalisations sous contrainte, les rapports d'expertise concluant à l'irresponsabilité et les rapports de l'expert nommé par la DDASS ». Dr Archambaud conclut que Danièle Canarelli « n'avait jamais

considéré Monsieur Gaillard comme un malade mental dans la mesure où elle n'avait jamais constaté de processus délirant durant les hospitalisations - pourtant de longue durée » dans son service »²⁸⁷⁸.

Si l'on en croit le Tribunal correctionnel, qui a rendu sa décision au visa des rapports précités, les diagnostics établis par les autres psychiatres et experts ayant eu à examiner M. Gaillard aurait dû interroger la prévenue sur la pertinence de son propre diagnostic. Le Tribunal affirme qu'elle a au contraire « *négligé les diagnostics de ses confrères* » mais également l'importance des événements s'étant déroulés depuis 2000 (les différents actes hétéro agressifs et la blessure au doigt dans des conditions non expliquées), ainsi que les alertes données par la famille et par le CMP²⁸⁷⁹ qui le recevait hebdomadairement pendant ses congés d'essai longue durée. Certes, ces éléments rappelés par le Tribunal auraient pu susciter des interrogations de la part de Dr Canarelli sur son approche du patient. Mais étaient-ils suffisants à ce qu'elle modifie son diagnostic ? La chronicité propre aux troubles mentaux ne lui permettait-elle pas de conclure, sur le moment présent, à l'absence de symptômes²⁸⁸⁰ donc à l'absence de dangerosité avérée ? Précision que l'expression « défaut de diagnostic » utilisé par les juges est impropre : le diagnostic n'est pas exclusivement celui d'une maladie, il peut révéler aussi l'absence de symptômes.

Dans tous les certificats que Dr Canarelli a émis, à l'exception de deux, cette dernière fait état de l'absence de symptômes, de l'absence de troubles du comportement, et de l'absence de signe de dangerosité. La personne qu'elle avait à examiner ne présentait donc pas de pathologie mentale à ses yeux puisqu'elle paraissait tout à fait « normale » durant les consultations. Dr Canarelli évoque aussi à plusieurs reprises la participation active de Joël Gaillard au soin. Au vu des constats que pouvait faire Dr Canarelli, pourquoi aurait-elle dû modifier son diagnostic ? Selon le Tribunal, Dr Canarelli disposait des moyens d'établir le diagnostic de schizophrénie. Et il a déjà été jugé que commet une faute caractérisée le médecin expérimenté qui, disposant des compétences et moyens pour exercer ses fonctions, n'a pas procédé à l'interrogatoire sur les antécédents médicaux et à un examen médical

2878Page 22 du jugement. L'expert Dr Archambaud va plus loin encore dans son analyse de l'approche thérapeutique de Mme Canarelli et dans le diagnostic porté par elle : Dr Canarelli « de manière insidieuse mais persistante au fil des années, malgré son expérience de praticien hospitalier, semble être rentrée en résonance avec son patient qui était en total déni par rapport à sa pathologie ».

2879Centre médico psychologique.

2880Voir les critiques formulées par nombre de psychiatres à propos de l'établissement d'un diagnostic définitif, figé, et ne tenant pas compte de l'évolution de la maladie mentale et de son caractère chronique, ce type de diagnostic ayant pour effet de stigmatiser l'intéressé.

complet de son patient, qui auraient permis d'établir un bon diagnostic²⁸⁸¹. Mais en l'espèce, rien n'indique que Dr Canarelli n'a pas mené les consultations dans « les règles de la psychiatrie ».

A notre sens, le diagnostic psychiatrique ne peut qu'être libre et ne peut être remis en cause judiciairement et constituer un élément permettant d'engager la responsabilité pénale, à moins que l'erreur ait été commise intentionnellement pour en retirer un profit. Et ce cas de figure est difficilement envisageable en l'espèce. **Si l'erreur de diagnostic en psychiatrie pouvait à elle seule conduire à la responsabilité pénale de son auteur, nombre de psychiatres pourraient être condamnés lorsqu'elle est découverte *a posteriori*.** En outre, cela conduirait, pour les psychiatres, à privilégier le diagnostic le plus lourd afin d'éviter d'éventuelles poursuites pénales, avec toutes les conséquences en terme de stigmatisation et de privation de liberté que cela encourt.

La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur l'erreur ou l'absence de diagnostic en matière psychiatrique et de conclure au non-engagement de responsabilité du psychiatre : dans une autre affaire, une jeune femme souffrant de dépression post-partum n'avait pas été diagnostiquée comme telle par son psychiatre. Suite à son suicide, le psychiatre a été poursuivi. La Cour de cassation a affirmé que, compte tenu de la difficulté à diagnostiquer le trouble en question, le psychiatre n'avait pas, en n'ayant pas découvert l'existence de ce trouble chez sa patiente, engagé sa responsabilité pénale dans le décès cette dernière²⁸⁸².

Si l'erreur ou l'absence de diagnostic ne peut selon nous et la jurisprudence rappelée constituer une faute caractérisée de la part de Danièle Canarelli, le fait de n'avoir pas pris les mesures nécessaires pour réintégrer Joël Gaillard dans l'établissement correspond davantage aux conditions traditionnelles d'engagement de la responsabilité pénale.

2881Cass.crim. 18 octobre 2011.

2882Arrêt précité.

B) L'absence de mesures effectives pour faire exécuter une décision : l'opportunité d'une réglementation en matière de signification de décision d'HO

Dans les fautes caractérisées relevées à la charge du Dr Canarelli, se trouve l'absence de prises de mesures pour faire réintégrer l'établissement par Joël Gaillard au moment où elle a décidé de mettre fin au congé d'essai, suite à la blessure dans des conditions troubles de la main du patient.

Le Tribunal relève que **Dr Canarelli n'a rien entrepris pour empêcher la fuite de Joël Gaillard** le 19 février aux alentours de 15h. Selon les différentes auditions, Dr Canarelli aurait dit à ses collègues que Joël Gaillard « était mal » et qu'il pouvait « faire mal ». Un infirmier a réussi à le retenir quelques minutes mais affirme n'avoir pu le maîtriser. Le DRH précise qu'il est possible de demander l'aide de deux personnels à tout moment, lorsqu'un patient « pète les plombs ». Un avis de recherche a été transmis aux services de police vers 17h. Pour expliquer ce retard, Dr Canarelli explique qu'elle pensait que Joël Gaillard reviendrait car il avait rendez-vous avec le chef d'établissement. Le lendemain ou le surlendemain, Joël Gaillard s'est présenté au bureau de l'accueil afin de réclamer des papiers. Le personnel administratif l'a fait patienter pour prévenir Dr Canarelli. A peine celle-ci arrivée sur les lieux, Joël Gaillard a de nouveau pris la fuite. Un nouvel avis de recherche a été transmis aux services de police et à la DDASS.

Il est donc reproché à Dr Canarelli de n'avoir pas utilisé les moyens en personnel dont elle disposait pour empêcher Joël Gaillard de fuir. Effectivement, Dr Canarelli, lors de la dernière consultation datant du 19 février 2004, avait averti Joël Gaillard qu'elle mettait fin à son congé d'essai et qu'elle le ré-hospitalisait. En ayant pris cette décision, elle aurait dû prendre également les mesures nécessaires à l'exécution de celle-ci.

Cette absence de prises de mesures adéquates a été sanctionnée par le Tribunal correctionnel qui y voit là encore une faute caractérisée. A notre sens, l'absence de mesures effectives est susceptible de constituer une faute caractérisée certes, mais à la double condition que la décision d'hospitalisation ait été définitive (prise et signalée à l'intéressé) et que la possibilité de mobiliser du personnel pour retenir l'intéressé soit réelle. Mais se pose alors **une difficulté relative à la nécessité d'établir une relation de confiance entre le patient et son médecin**, et plus particulièrement en psychiatrie. Le choix de faire intervenir d'autres personnels afin de maintenir de force le patient est un choix difficile à prendre

d'autant que dans le moment de l'action, il s'agit de choisir entre privilégier la relation de confiance et user de la force pour contraindre le patient, tout en sachant qu'on le suivra par la suite et qu'il faudra alors restaurer la confiance perdue.

C'est pourquoi il semblerait plus **opportun d'officialiser la procédure de décision de ré-hospitalisation** (prise par un psychiatre, suite à la volonté de mettre fin à un congé d'essai) **en rendant systématique la mise à disposition de personnel** quand ce type de décision est susceptible d'être arrêté. Dans cette hypothèse, **on basculerait alors de la faute caractérisée à la faute délibérée s'il n'est pas fait application de la nouvelle règle de prudence**. Le protocole pourrait être le suivant : la décision serait toujours signifiée à l'intéressé en présence de deux infirmiers. Cette solution aurait le double mérite, pour la justice, de faciliter la démonstration et la caractérisation de la faute dès lors que celle-ci serait établie en cas de violation du protocole, et pour les psychiatres, de se mettre à l'abri de poursuites sur la base de leur approche personnelle du patient, car cette approche est largement tributaire du diagnostic antérieurement établi et que ce diagnostic ne peut lui-même caractériser une faute en raison des particularités du trouble mental et des complexités de la psychiatrie.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
I. Un principe de gouvernance des risques transposable en matière de lutte contre la délinquance.....	14
II. Un principe d'action universaliste.....	25
III. De la dimension morale du principe de précaution à une nouvelle conception de la responsabilité.....	31
PARTIE 1 : L'INEVITABLE ADHESION DU DROIT PENAL AU PRINCIPE DE PRECAUTION.....	53
TITRE 1 : LA LEGITIMATION DE L'APPLICATION DU PRINCIPE DE PRECAUTION EN DROIT PENAL.....	55
CHAPITRE 1 : LA LÉGITIMATION SOCIOPOLITIQUE DE L'APPLICATION DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT PÉNAL.....	57
SECTION 1 : LE RÔLE DE L'ÉTAT DANS L'INTÉGRATION DE LA NOTION DE PRÉCAUTION EN MATIÈRE PÉNALE.....	58
I. LA RÉACTION ET LE RÔLE DE L'ÉTAT FACE AUX RISQUES PROTÉIFORMES.....	58
A. La prise en compte par l'État des risques liés au progrès.....	59
B. Une assimilation du risque délinquant au risque du progrès.....	64
1) La naissance d'un devoir étatique de contrôler tous les types de risques.....	65
2) L'application d'un devoir de précaution face au risque délinquant.....	66
II. LA REVENDICATION POLITIQUE D'UN DEVOIR DE PRÉCAUTION FACE AU RISQUE DÉLINQUANT.....	68
A. L'usage pragmatique du sentiment d'insécurité dans l'introduction d'un devoir de précaution en matière pénale.....	69
1) Réalité de la délinquance et discours politique : une imbrication provoquant un climat d'insécurité.....	69

2) De la revendication d'un droit à la sécurité à celle du devoir de précaution.....	73
B. L'utilité électorale du devoir de précaution en matière pénale.....	78
1) Un devoir de précaution permettant de donner des réponses immédiates -	78
2) De l'immédiateté à la « frénésie sécuritaire » sous le paradigme de la précaution.....	84
SECTION 2 : LE RÔLE DE L'IDÉOLOGIE VICTIMAIRE DANS L'INTÉGRATION DE LA NOTION DE PRÉCAUTION EN MATIÈRE PÉNALE.....	91
I. L'EXTENSION DE LA PLACE DE LA VICTIME DANS LA SOCIÉTÉ, TERREAU DE L'ESSOR DE LA PRÉCAUTION EN DROIT PÉNAL.....	95
A. La place prépondérante de la « figure de la victime » dans la société actuelle.....	96
1) La victimisation concurrente.....	96
2) De la sacralisation de la victime au devoir de précaution.....	97
B. Une nouvelle conception sociale de la justice pénale : la justice comme remède à l'incertitude..	99
1) L'évolution de la conception sociale de la justice pénale (au regard de la place de la victime).....	100
2) La justice pénale perçue comme débitrice de l'insécurité et responsable de la souffrance	102
II. L'EXTENSION DE LA PLACE DE LA VICTIME DANS LA LOI, FERMENT DE L'ESSOR DE LA PRÉCAUTION EN DROIT PÉNAL.....	106
A. Une société de victimes, nouvelle destinataire de la politique criminelle.....	106
1) L'invocation de la victime par le législateur au soutien de la logique de précaution.....	106
2) Des « lois déclaratives » au service d'une idéologie victimaire.....	111
a) Les fonctions classiques de la loi pénale sous le paradigme de précaution.....	111
b) La prééminence de la fonction déclarative de la loi.....	113
3) La survalorisation du fait divers au service de la précaution.....	118
B. La propension à l'extension de la place de la victime dans le processus pénal : un phénomène parallèle à l'émergence de la précaution en matière pénale.....	121
CONCLUSION.....	126
CHAPITRE 2 : LA LÉGITIMATION IDÉOLOGIQUE DE L'APPLICATION DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT PÉNAL.....	131
SECTION 1 : L'USAGE DE LA NOTION DE DANGÉROSITÉ.....	132
I. LA NOTION DE DANGÉROSITÉ DANS LES DOCTRINES PÉNALES MODERNES.....	133
A. La création de la notion de dangerosité par l'École positiviste au 19ème siècle.....	133
1) La dangerosité perçue comme un état quasi immuable.....	136
a) La témébilite.....	136
b) L'adaptabilité.....	140
2) Les mesures préconisées à l'encontre des criminels dangereux par les positivistes et la prévalence de l'éloignement.....	141
a) La défense de la société pour unique objectif.....	141
b) Une politique criminelle axée sur la personne du criminel.....	143
B. La dangerosité revisitée par la Défense sociale nouvelle au 20ème siècle.....	145
1) De la Défense sociale à la Défense sociale nouvelle : l'intégration des notions de dangerosité et d'anti-socialité.....	146
2) Les mesures recommandées par la Défense sociale nouvelle et la prééminence du traitement.....	150
II. LA NOTION DE DANGÉROSITÉ AUJOURD'HUI.....	151
A. La ré-émergence de la notion de dangerosité.....	152
1) Les évolutions des rapports entre le droit pénal et la dangerosité.....	153

2) Les menaces favorisant le recours à la dangerosité.....	162
a) L'identification approximative des dangerosités.....	162
b) La désignation de figures de dangerosité.....	164
B. La recrudescence du souci de protéger la société face à la dangerosité.....	167
1) La dangerosité au cœur de la défense de la société.....	167
2) L'extensibilité de la notion de dangerosité au profit d'une maximisation de la protection de la société.....	170
SECTION 2 : L'ÉMERGENCE D'UNE IDÉOLOGIE PÉNALE PRÉCAUTIONNISTE.....	171
I. LA GENÈSE D'UNE NOUVELLE IDÉOLOGIE PÉNALE PRÉCAUTIONNISTE.....	173
A. Une pratique discursive politico-juridique axée sur la dangerosité et sur d'autres concepts voisins.....	174
1) La réapparition de la dangerosité dans le langage politico-juridique : le passage d'une logique pacificatrice des rapports sociaux à une logique guerrière du droit pénal.....	175
2) L'impact du langage sur la conception sociale de la justice pénale.....	187
B. La définition de l'idéologie pénale de précaution.....	191
1) Le triptyque lutte-éloignement-traitement.....	192
2) Vers un abandon des thèses humanistes relatives à la délinquance ?.....	193
II. L'IDÉOLOGIE PÉNALE PRÉCAUTIONNISTE ENTRE RÉTROGRADATION ET INNOVATION.....	195
A. L'hypothèse d'un retour au positivisme.....	196
1) Une évidente réappropriation politique actuelle de la pensée positiviste : la remise au jour de la dangerosité et du déterminisme.....	196
2) Vers une radicalisation du positivisme?.....	198
B. La distinction entre l'idéologie précautionniste et la doctrine positiviste : vers l'édification d'un nouveau positivisme ?.....	200
CONCLUSION.....	202
CONCLUSION DU TITRE 1.....	207
TITRE 2 : VERS UNE THEORISATION DE L'APPLICATION DU PRINCIPLE DE PRECAUTION EN DROIT PENAL ET EN POLITIQUE CRIMINELLE.....	209
CHAPITRE 1 : L'IDENTIFICATION D'UNE NOUVELLE RATIONALITE PENALE.....	213
SECTION 1 : LE PROCESSUS D'ÉLABORATION D'UNE RATIONALITÉ PÉNALE DE PRÉCAUTION. 214	
I. LA CONSTRUCTION D'UNE RATIONALITÉ DE RISQUE PRÉFIGURANT L'ÉMERGENCE D'UNE RATIONALITÉ DE PRÉCAUTION.....	215
A. L'élaboration d'une rationalité du risque en matière pénale.....	216
1) La montée en puissance d'un système assurantiel.....	217
2) L'introduction d'un nouveau type d'action pénale fondé sur une gestion actuarielle des risques.....	219
B. La concrétisation de la volonté d'enrayer le risque délinquantiel.....	223
1) L'incrimination de comportements à risque en l'absence de réalisation de dommages : en lien avec la rationalité de risque ?.....	224
a) L'infraction de mise en danger.....	225

b) Les infractions formelles.....	226
c) Les infractions obstacles.....	226
d) L'exemple des infractions routières.....	228
e) La pénalisation d'attitudes jugées porteuses de risques.....	228
2) Le ciblage de « populations dites à risque » ou la fabrication de « populations problématiques » par la rationalité de risque.....	231
II. LE PASSAGE DE LA RATIONALITÉ DE RISQUE À LA RATIONALITÉ DE PRÉCAUTION.....	233
A. La distinction du risque et de la précaution.....	233
1) Une rationalité de risque fondée sur des risques connus et prévisibles.....	234
2) Une rationalité de précaution fondée sur des dangers et des menaces.....	236
B. Le passage du risque à la précaution : une exacerbation sécuritaire pour un niveau optimal de sécurité.....	238

SECTION 2 : LA DÉFINITION DE LA RATIONALITÉ PÉNALE DE PRÉCAUTION.....240

I. LA RATIONALITÉ DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT POSITIF.....	241
A. La définition du principe de précaution en droit positif.....	241
1) Les critères d'imprévisibilité et d'irréversibilité.....	241
2) La méthodologie du principe de précaution : incertitude, évaluation, action.....	242
B. Du principe de précaution à la rationalité de précaution : l'extensibilité du principe de précaution.....	243
II. LA RATIONALITÉ PÉNALE DE PRÉCAUTION À L'AUNE DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION.....	245
A. Une identité des caractères des objets visés par le principe de précaution et par la rationalité pénale de précaution.....	245
1) Des risques non réalisés, souvent imprévisibles, objets du principe de précaution et de la rationalité pénale de précaution.....	245
2) Des risques incertains visés par le principe de précaution et par la rationalité pénale de précaution.....	246
B. Une similarité des préconisations du principe de précaution et de la rationalité pénale de précaution.....	247
1) La prescription de mesures préventives à l'encontre des risques virtuels et hypothétiques.....	248
2) La recommandation de mesures indéterminées et proportionnées au risque encouru.....	249
a) Des mesures indéterminées.....	249
b) Des mesures proportionnées au degré de risque envisagé.....	250
3) La prescription de mesures et d'évaluations.....	255
a) Les fondements de l'exigence d'évaluation.....	255
b) Le protocole d'évaluation.....	258
c) Le processus d'évaluation.....	263

CONCLUSION.....265

CHAPITRE 2 : L'IDENTIFICATION D'UN NOUVEAU MODÈLE DE POLITIQUE CRIMINELLE..269

SECTION 1 : LA MUTATION DE LA DISTINCTION PRÉVENTION/RÉPRESSION SOUS LE PARADIGME DE LA PRÉCAUTION.....271

I. LA DISTINCTION TRADITIONNELLE PRÉVENTION/RÉPRESSION.....	272
A. Les fondements de la distinction traditionnelle entre prévention et répression.....	272
1) Répression, prévention : une distinction temporelle.....	273
2) Répression, prévention : une distinction substantielle.....	274
B. La définition de la prévention.....	277

1) La prévention : une finalité inhérente à la politique criminelle.....	277
2) L'évolution du sens de la prévention.....	279
II. LA DICHOTOMISATION PRÉVENTION/RÉPRESSION DANS LA RATIONALITÉ PÉNALE DE PRÉCAUTION.....	283
A. La confusion par la rationalité pénale de précaution des deux aspects différenciés de la politique criminelle.....	283
1) La rationalité de précaution gouvernée par une volonté de fusion de la répression et de la prévention.....	283
2) La précaution : une forme de répression préventive ?.....	290
B. La précaution : une mutation de la prévention ?.....	294
1) La précaution comme prolongement ou modalité de la prévention.....	294
2) La précaution comme substitution de la prévention.....	298
a) La précaution cible des individus.....	301
b) La précaution responsabilise.....	302
c) La précaution sanctionne.....	303
3) La « prévention de la récidive » : emblème de l'application de la précaution dans des programmes dits de prévention.....	305
a) La loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales.....	306
b) La loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs.....	311
c) La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.....	314
d) La loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale.....	314
e) Dispositions de la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 visant à prévenir la récidive.....	315
f) La Conférence de consensus sur la récidive 2012/2013 et la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales : un possible revirement de politique criminelle.....	316

SECTION 2 : LA MUTATION DE LA POLITIQUE CRIMINELLE VERS UN MODÈLE PRÉCAUTIONNISTE

.....	319
I. LE MODÈLE FRANÇAIS DE POLITIQUE CRIMINELLE DÉFINI PAR LA DOCTRINE.....	319
A. La politique criminelle française conçue comme un « modèle libéral ».....	319
1) Les modèles de politique criminelle selon Mireille Delmas-Marty.....	320
2) Les différentes politiques criminelles selon Denis Szabo.....	321
B. Une métamorphose annoncée du modèle de la politique criminelle française.....	324
1) Les types de mouvements de politique criminelle répertoriés par la doctrine.....	324
2) Le passage du modèle libéral à un autre modèle issu de la classification traditionnelle... ..	325
II. LE MODÈLE FRANÇAIS DE POLITIQUE CRIMINELLE PRÉCAUTIONNISTE : UN MODÈLE INÉDIT.....	326
A. Une explosion des réponses au danger.....	328
1) Un accroissement des mesures pénales : le suivi judiciaire des délinquants et la pénalisation des déviances.....	328
2) Une tendance à l'assimilation de la déviance à l'infraction empruntée aux modèles autoritaires.....	330
3) Une participation accrue de la société à la gestion de la délinquance et de la déviance... ..	332
a) Le projet de code de la sécurité intérieure.....	333
b) Le secret partagé et l'augmentation des cas de signalement.....	335
c) La réserve civile et le service volontaire citoyen de la police nationale.....	337
d) La délation « déguisée » en surveillance.....	338
e) Vers un système d'auto-défense assumé.....	339
B. Essai de modélisation de la politique criminelle précautionniste.....	341
1) Les lignes directrices du modèle précautionniste de politique criminelle.....	341
a) Un dépassement de l'opposition liberté/sécurité.....	341

b) Une reconfiguration de la nécessité et de l'urgence.....	344
c) L'alternative opportuniste politique de l'acte/politique volontaire.....	346
d) L'élaboration d'une réponse réticulaire.....	348
e) Une responsabilisation à tous les niveaux.....	349
2) L'approche systémique du modèle précautionniste de politique criminelle.....	351
a) Le modèle type.....	352
b) Le modèle stéréotypé.....	354
c) Pérennité du modèle précautionniste.....	355
CONCLUSION.....	356
CONCLUSION DU TITRE 2.....	361
CONCLUSION DE LA PARTIE 1.....	363
PARTIE 2 : L'INACCEPTABLE SOUMISSION DU DROIT PENAL AU PRINCIPE DE PRECAUTION.....	367
TITRE 1 : DECONSTRUCTION DE L'ARCHITECTURE DU DROIT PENAL MODERNE PAR LE PRINCIPE DE PRECAUTION.....	369
CHAPITRE 1 : DÉCONSTRUCTION DES CONCEPTS DU DROIT PÉNAL MODERNE PAR LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION.....	371
SECTION 1 : L'ÉLÉMENT MATÉRIEL DE L'INFRACTION : ENTRE MUTATION ET SURREPRÉSENTATION.....	372
I. DE L'IMPORTANCE DU TROUBLE CAUSÉ À LA PRISE EN CONSIDÉRATION DU TROUBLE POTENTIEL.....	374
A. Le fait envisagé eu égard à ses conséquences dommageables.....	374
1) Le résultat, critère des infractions.....	374
2) Le résultat, critère de classification des infractions.....	376
B. Le fait envisagé sans égard à ses conséquences dommageables.....	380
1) Infractions-obstacles, infractions formelles, infractions de prévention.....	381
a) Infractions formelles.....	382
b) Infractions-obstacles.....	385
c) Infractions de prévention.....	390
2) La répression de la tentative : un cas d'application du principe de précaution ?.....	393
3) Le dol éventuel.....	396
II. LA PRÉÉMINENCE DE L'ÉLÉMENT MATÉRIEL EU ÉGARD AUX AUTRES ÉLÉMENTS DE L'INFRACTION.....	401
A. L'émergence d'une politique criminelle de l'acte.....	401
B. Les conséquences de la politique criminelle de l'acte sur certains principes du droit pénal.....	403
1) La « désindividualisation » de la sanction par le principe de précaution.....	403
a) Les atteintes au principe d'individualisation de la sanction par les peines plancher, emblématiques d'une politique criminelle de l'acte.....	403
b) La réaffirmation du principe d'individualisation par la loi du 15 août 2014.....	405

2) La « dé-spécialisation » de la justice des mineurs par le principe de précaution.....	407
a) Les atteintes au principe de spécialisation de la justice des mineurs par la politique criminelle de l'acte depuis 2002.....	407
b) Le retour mesuré à la spécialisation de la justice des mineurs opéré par la loi du 15 août 2014.....	410
SECTION 2 : L'ÉLÉMENT MORAL DE L'INFRACTION : ENTRE MUTATION ET EXTINCTION.....	411
I. VERS LA SUBSTITUTION DE L'ÉTAT DANGEREUX AU CRITÈRE DE L'INTENTION?.....	412
II. VERS LA DILUTION DU CRITÈRE D'IMPUTABILITÉ ?.....	415
A. Le cas du mineur délinquant.....	416
B. Le cas de l'auteur atteint de trouble mental.....	423
1) Le simulacre de procès pour les personnes pénalement irresponsables.....	426
2) L'hospitalisation d'office prononcée par le juge.....	427
3) Les mesures de sûreté applicables aux personnes déclarées pénalement irresponsables...	429
C. L'extension de la faute non intentionnelle.....	431
CONCLUSION.....	438
CHAPITRE 2 : DÉCONSTRUCTION DES PRINCIPES FONDATEURS DU DROIT PÉNAL PAR LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION.....	443
SECTION 1 : LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ : DE PRINCIPE CENTRAL A SIMPLE CRITÈRE DE RÉFÉRENCE.....	444
I. LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ : PRINCIPE CENTRAL DANS LA RATIONALITÉ PÉNALE MODERNE.....	445
A. Force du principe du principe de légalité dans la rationalité pénale moderne.....	445
1) Le contexte historique et spatial de la revendication d'un système fondé sur la légalité...	445
2) Les explications doctrinales en faveur du principe de légalité et sa consécration officielle	447
B. Déclin et/ou transformation du principe de légalité indépendants de l'influence directe du principe de précaution.....	451
1) La multiplication des sources du droit pénal aux côtés de la loi.....	451
2) L'inflation législative.....	454
3) Le nouveau sens donné à la légalité.....	455
II. LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ : SIMPLE CRITÈRE DE RÉFÉRENCE DANS LA RATIONALITÉ PÉNALE DE PRÉCAUTION.....	458
A. La loi demeurant la référence.....	458
1) Le principe de précaution s'activant en cas d'infractions redoutées.....	458
2) La dangerosité définie en rapport avec la violation de la loi.....	459
B. Un système s'éloignant de la rationalité légale.....	461
1) Le constat d'incompatibilités flagrantes entre les concepts directeurs de la précaution et le principe de légalité.....	461
a) Incompatibilité entre la notion de dangerosité et la légalité.....	461
b) Incompatibilité entre le principe de précaution et la légalité.....	462
2) Les caractéristiques du système précautionniste en retrait par rapport à la légalité.....	462
a) Un processus d'incrimination s'affranchissant des exigences de la légalité.....	463
b) Un système malléable au service de la sécurité et au détriment de la sécurité juridique....	467
SECTION 2 : LES ATTEINTES A LA PRÉSOMPTION D'INNOCENCE PAR LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION.....	469

I. UNE PRÉSUMPTION D'INNOCENCE PUISSANTE DANS LA RATIONALITÉ PÉNALE MODERNE DE LÉGALITÉ. . .	469
A. Consécration et valeur de la présomption d'innocence dans la rationalité pénale moderne.....	470
B. Incidences et statut de la présomption d'innocence.....	471
1) La présomption d'innocence : un principe matriciel.....	471
2) La présomption d'innocence : droit objectif et droit subjectif.....	472
3) La présomption d'innocence : un principe régissant le droit probatoire.....	473
4) La présomption d'innocence : un principe encadrant juridiquement l'incertitude.....	473
II. UNE PRÉSUMPTION D'INNOCENCE EN DÉCHÉANCE DANS LA RATIONALITÉ PÉNALE DE PRÉCAUTION.....	474
A. La présomption d'innocence et le principe de précaution : un affrontement de conceptions et de méthodes.....	474
1) Critique de la présomption d'innocence dans une rationalité pénale de précaution.....	474
2) Une portée diminuée de la présomption d'innocence dans une rationalité de précaution. . .	475
B. Des atteintes concrètes à la présomption d'innocence dans la rationalité pénale de précaution. . .	475
1) La présomption d'innocence affectée par des présomptions de culpabilité.....	476
a) Validation des présomptions de culpabilité au dépit de la présomption d'innocence.....	476
b) Exemples de présomptions de culpabilité.....	477
2) La présomption d'innocence affectée par des présomptions de dangerosité.....	480
a) Des présomptions de dangerosité insufflées par une attitude précautionniste.....	480
b) Des présomptions de dangerosité instaurées par le droit pénal précautionniste.....	481
c) Des présomptions de dangerosité quasi irréfragables.....	481
 CONCLUSION.....	482
 CONCLUSION DU TITRE 1.....	485
 TITRE 2 : DESTRUCTURATION DU SENS ET DE LA PORTEE DU DROIT PENAL MODERNE PAR LE PRINCIPE DE PRECAUTION.....	487
 CHAPITRE 1 : LA PÉNOLOGIE SOUS L'EMPRISE DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION.....	489
 SECTION 1 : LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION APPLIQUÉ AUX FINALITÉS DE LA PEINE ET IMPLIQUANT DE NOUVELLES MESURES.....	491
I. LES FINALITÉS TRADITIONNELLES DE LA PEINE ET LES FINALITÉS DE LA PEINE DANS LA RATIONALITÉ PÉNALE DE PRÉCAUTION.....	491
A. Les finalités traditionnelles de la peine.....	492
1) A l'égard de la société.....	492
a) La réprobation sociale.....	492
b) La rétribution.....	493
c) La protection de l'ordre public.....	493
2) A l'égard des parties privées.....	494
a) Une fonction réparatrice pour la victime.....	494
b) Une peine utilitariste, la dissuasion et la réintégration pour le condamné.....	495
B. Les finalités de la peine dans la rationalité de précaution.....	496
1) La prédominance de la fonction de protection de la société.....	497
a) La peine comme sanction de l'acte antisocial dans la politique criminelle de l'acte.....	497
b) Du droit de punir à la « volonté de punir ».....	498
c) La réparation.....	499
2) Le recul de l'intérêt porté à la resocialisation.....	499
a) La resocialisation en perte de vitesse.....	499
b) Un remise en avant de la resocialisation par la loi du 15 août 2014.....	500

3) L'accroissement paradoxal de la fonction préventive.....	502
a) La prévention par la neutralisation.....	502
b) La prévention par la réinsertion.....	503
La réinsertion conçue uniquement comme moyen de prévention de la récidive.....	503
4) La sur-responsabilisation.....	512
II. LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION IMPLIQUANT DE NOUVELLES MESURES.....	513
A. Des mesures de sûreté impératives dans la rationalité pénale de précaution.....	514
1) L'instauration du suivi socio-judiciaire augurant la création de nouvelles mesures de sûreté.....	515
a) La « psychiatisation » du pénal et ses conséquences.....	516
b) Le suivi socio-judiciaire : une peine inédite comportant une obligation de traitement ou première mesure de sûreté ?.....	523
2) L'intégration officielle de mesures de sûreté dans le code de procédure pénale.....	529
B. Le doublement de la peine suggéré par les mesures de sûreté dans la rationalité pénale de précaution.....	530
1) Les mesures de sûreté, mesures caractéristiques d'un système de précaution : la prise en considération de l'incertitude.....	531
a) Des mesures de sûreté liées à l'incertain.....	531
b) Des mesures de sûreté elles-mêmes porteuses d'incertitudes.....	532
α) L'indétermination du terme de la mesure de sûreté.....	532
β) L'indétermination du contenu de la mesure de sûreté.....	533
2) Des mesures de sûreté ambivalentes.....	533
a) Des mesures de sûreté difficilement classables.....	533
b) Des mesures de sûreté hybrides : entre prévention et sanction.....	535
 SECTION 2 : LA PÉNOLOGIE PRÉCAUTIONNISTE REDÉFINISSANT LES RAPPORTS PEINE/MESURE DE SÛRETÉ.....	539
I. LA DISTINCTION ENTRE PEINE ET MESURE DE SÛRETÉ : UNE DISTINCTION ARTIFICIELLE.....	540
A. La finalité : un critère de distinction inopérant dans la pénologie de précaution.....	541
B. Distinction opportuniste : le critère de l'application dans le temps (et autres principes constitutionnels).....	545
II. LA PEINE ET LA MESURE DE SÛRETÉ : DEUX TYPES D'UNE MÊME CATÉGORIE DE SANCTION PÉNALE.....	546
A. Une logique unifiée de la peine et de la mesure de sûreté.....	547
1) Une similarité des objectifs.....	548
2) Une proximité des régimes.....	550
a) Le prononcé de la mesure.....	551
b) L'application de la mesure : contenu, règles applicables, régime d'enfermement, inscription au casier.....	553
α) Le contenu de la sanction.....	553
β) La flexibilité de la sanction.....	557
γ) Le respect des dispositions constitutionnelles et le contrôle du Conseil constitutionnel.....	557
δ) Le régime d'enfermement.....	558
ε) L'enregistrement de la sanction.....	566
B. Le critère de choix de la sanction pénale entre mesures de sûreté et peine : le pragmatisme.....	566
1) La responsabilité critère incontournable de la peine.....	567
2) Les mesures de sûreté : sanction pénale des cas où la peine proprement dite est inapplicable.....	568
a) La sanction pénale de l'irresponsabilité pénale (de l'imputabilité matérielle).....	569
α) Le cas des majeurs pénalement irresponsables pour causes de trouble mental.....	570
β) Le cas des mineurs de moins de 13 ans.....	571
b) La sanction pénale de l'extinction de la peine (mesure post peine).....	571
 CONCLUSION.....	573

CHAPITRE 2 : DÉSTRUCTURATION DE LA PORTÉE DU DROIT PÉNAL PAR UNE REDÉFINITION PRÉCAUTIONNISTE DU TEMPS PÉNAL.....577

SECTION 1 : LE PRINCIPE DE NON RÉTROACTIVITÉ DANS LA RATIONALITÉ PÉNALE MODERNE ET DANS LA RATIONALITÉ PÉNALE DE PRÉCAUTION.....578

I. INTRANSIGEANCE DU PRINCIPE DE NON-RÉTROACTIVITÉ DANS LA RATIONALITÉ LÉGALE.....	579
A. Sens et consécration du principe de non-rétroactivité.....	579
B. Les tempéraments limités par la loi.....	580
1) La rétroactivité in mitius des lois de fond plus douces.....	581
2) L'application immédiate des lois de forme.....	582
C. Application immédiate des mesures de sûreté et compatibilité avec le principe de non-rétroactivité.....	583
II. LE NON-SENS DU PRINCIPE DE NON RÉTROACTIVITÉ DANS LA RATIONALITÉ DE PRÉCAUTION.....	585
A. Préoccupation du futur et non rétroactivité : antagonismes des objectifs.....	585
B. Mesures de précaution et non-rétroactivité : antilogie des méthodes.....	586

SECTION 2 : LA TEMPORALITÉ PÉNALE DE LA RATIONALITÉ MODERNE A LA RATIONALITÉ DE PRÉCAUTION.....588

I. LA TEMPORALITÉ DANS LA RATIONALITÉ PÉNALE MODERNE : UNE TEMPORALITÉ SE RÉFÉRANT À L'INSTANT DE L'INFRACTION.....	588
A. Le temps du procès pénal dans la rationalité pénale moderne.....	589
1) Les différentes étapes du processus pénal.....	589
2) Une temporalité fermée.....	590
B. La notion de prescription au cœur de la temporalité pénale moderne.....	591
1) La prescription : Un principe fondamental limitant l'action pénale dans le temps.....	591
2) Les fondements de la prescription.....	594
a) Les explications pratiques.....	594
α) Le dépérissement des preuves.....	594
β) La diligence des autorités de poursuite.....	595
b) Le « droit à l'oubli ».....	595
α) Le droit à l'oubli en faveur de la paix sociale.....	596
β) Le droit à l'oubli bénéficiant à l'auteur de l'infraction.....	597
II. LA TEMPORALITÉ DANS LA RATIONALITÉ PÉNALE DE PRÉCAUTION : UNE TEMPORALITÉ D'ANTICIPATION.....	599
A. La création d'une nouvelle étape dans le processus pénal : l'après peine qui « boucle la boucle ».....	600
1) Un droit pénal de précaution agissant indépendamment de la constatation d'une violation de la loi.....	600
a) L'amorce du processus pénal en amont de la commission d'une infraction.....	600
b) Les différentes mesures à caractère pénal applicables indépendamment de la commission d'une infraction.....	601
2) L'identification d'une nouvelle étape inconnue de la schématisation traditionnelle du procès pénal.....	601
B. Une temporalité ouverte dans la rationalité de précaution : entre illimitation et urgence paradoxale.....	602
1) L'accélération paradoxale du tempo pénal.....	603
a) Un procès pénal agissant sur un mode accéléré dans la rationalité pénale de précaution.....	603
b) L'urgence législative.....	604
2) L'illimitation du champ temporel pénal.....	604
a) L'objectif d'un contrôle pénal permanent.....	604

b) Un devoir d'anticipation concurrençant le droit à l'oubli.....	607
CONCLUSION.....	608
CONCLUSION DU TITRE 2.....	611
CONCLUSION DE LA PARTIE 2.....	613
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	617
BIBLIOGRAPHIE.....	625
INDEX.....	669
ANNEXES.....	675
Annexe n°1 : Notes relatives au tableau « Les mesures de précaution par sévérité décroissante ».....	679
Annexe n°2 : Notes relatives au tableau sur le protocole d'évaluation.....	685
Annexe n°3 : Commentaire TC Marseille 18 décembre 2012.....	687

Résumé

Le début du 21^{ème} siècle a vu s'ériger de profondes réformes législatives qui continuent de bouleverser le droit pénal et la politique criminelle. Elles prennent corps dans une société de risque caractérisée par l'accélération de la modernisation et la production de risques multiformes qui lui sont rattachés. Progressivement, le principe de précaution, emprunté de manière perversifiée à l'environnement, et sur un mode incantatoire et répétitif, s'immiscera dans ces matières jusqu'à produire des conséquences sur le principe de légalité qui structure la rationalité pénale moderne, imposer la révision de certains autres grands principes comme celui de la présomption d'innocence et celui de nécessité, et mettre au centre des décisions des notions critiques telle la dangerosité. Sous l'influence du principe de précaution, les concepts-mêmes d'infraction, de responsabilité pénale et de peine sont bousculés avec l'invitation à prendre toujours plus en considération le futur et sa potentialité de danger. Dans cette perspective, et comme pendant au principe de précaution, le droit à la sécurité tend à déplacer la focale sur une approche victimaire de la société au détriment d'une conception ancienne d'un droit pénal fondé sur un équilibre juridique entre sécurité et liberté. Et la politique criminelle guidant ces évolutions fonctionne sur un nouveau modèle qui, dans cette recherche poussée de la sécurité, fait de la précaution à la fois sa finalité interne et sa finalité externe.

Cette thèse est donc consacrée à l'étude du principe de précaution appliqué au droit pénal et à la politique criminelle qu'elle examine à la lumière de théories et d'approches pluridisciplinaires. Elle s'attache surtout à travers l'analyse de l'évolution du droit pénal et de certaines thèses criminologiques, à mettre en évidence l'émergence aujourd'hui, et au contact d'une idéologie précautionniste, d'une nouvelle rationalité pénale de précaution fonctionnant selon une méthodologie et avec l'usage d'une terminologie spécifiques.

Mots clés: principe de précaution, droit pénal, politique criminelle, dangerosité, sécurité, responsabilité pénale, peine, risque, prévention

Abstract

The beginning of the 21st century has seen the implementation of profound legislative reforms which have upset the criminal law and the criminal policy. They took place in a society of risk characterized by the acceleration of the modernity and the production of multiform risks which are linked to it. Gradually the precautionary principle, taken forcibly from the environmental perspective and as an incantation and a refrain, will interfere in those matters to such an extent as to generate consequences on the principle of legality which structures the modern legal rationality, to impose the revision of some other key principles like the presumption of innocence and the principle of necessity, and to place at the center of decisions critical notions such as the dangerosity. Under the influence of the precautionary principle, the very concepts of infraction, of legal responsibility and of punishment are being dislocated by the urgent appeal to take more and more into consideration the future and its potentiality of danger. In this perspective and under the growing pressure of the precautionary principle, the right to security tends to focalize upon a victimizing approach of the society at the expense of an old conception of criminal law founded upon the legal balance between security and liberty. And the criminal policy guiding those developments operate as a new model, which in its obsessionnal quest of security, makes of the precautionary principle both its internal and external finality.

This thesis is thus devoted to the study of the precautionary principle as it is applied to the criminal law and to the criminal policy which it examines through theories and multidisciplinary approaches. Its main objective is, by the examination of the evolution of the criminal policy and of some theories of criminology, and in contact with the ideology of precaution, to highlight the current emergence of a new legal rationality of precaution which operates according to a specific methodology and by the use of a specific terminology.

Key words : precautionary principle, criminal law, criminal policy, dangerosity, security, penal responsibility, penalty, risk, prevention.

CONTRIBUTION À L'ÉTUDE DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT PÉNAL ET EN POLITIQUE CRIMINELLE

Résumé

Le début du 21^{ème} siècle a vu s'ériger de profondes réformes législatives qui continuent de bouleverser le droit pénal et la politique criminelle. Elles prennent corps dans une société de risque caractérisée par l'accélération de la modernisation et la production de risques multiformes qui lui sont rattachés. Progressivement, le principe de précaution, emprunté de manière perversifiée à l'environnement, et sur un mode incantatoire et répétitif, s'immiscera dans ces matières jusqu'à produire des conséquences sur le principe de légalité qui structure la rationalité pénale moderne, imposer la révision de certains autres grands principes comme celui de la présomption d'innocence et celui de nécessité, et mettre au centre des décisions des notions critiques telle la dangerosité. Sous l'influence du principe de précaution, les concepts-mêmes d'infraction, de responsabilité pénale et de peine sont bousculés avec l'invitation à prendre toujours plus en considération le futur et sa potentialité de danger. Dans cette perspective, et comme pendant au principe de précaution, le droit à la sécurité tend à déplacer la focale sur une approche victimaire de la société au détriment d'une conception ancienne d'un droit pénal fondé sur un équilibre juridique entre sécurité et liberté. Et la politique criminelle guidant ces évolutions fonctionne sur un nouveau modèle qui, dans cette recherche poussée de la sécurité, fait de la précaution à la fois sa finalité interne et sa finalité externe.

Cette thèse est donc consacrée à l'étude du principe de précaution appliqué au droit pénal et à la politique criminelle qu'elle examine à la lumière de théories et d'approches pluridisciplinaires. Elle s'attache surtout à travers l'analyse de l'évolution du droit pénal et de certaines thèses criminologiques, à mettre en évidence l'émergence aujourd'hui, et au contact d'une idéologie précautionniste, d'une nouvelle rationalité pénale de précaution fonctionnant selon une méthodologie et avec l'usage d'une terminologie spécifiques.

Mots clés: principe de précaution, droit pénal, politique criminelle, dangerosité, sécurité, responsabilité pénale, peine, risque, prévention

CONTRIBUTION TO THE STUDY OF THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE IN CRIMINAL LAW AND IN CRIMINAL POLICY

Abstract

The beginning of the 21st century has seen the implementation of profound legislative reforms which have upset the criminal law and the criminal policy. They took place in a society of risk characterized by the acceleration of the modernity and the production of multiform risks which are linked to it. Gradually the precautionary principle, taken forcibly from the environmental perspective and as an incantation and a refrain, will interfere in those matters to such an extent as to generate consequences on the principle of legality which structures the modern legal rationality, to impose the revision of some other key principles like the presumption of innocence and the principle of necessity, and to place at the center of decisions critical notions such as the dangerousness. Under the influence of the precautionary principle, the very concepts of infraction, of legal responsibility and of punishment are being dislocated by the urgent appeal to take more and more into consideration the future and its potentiality of danger. In this perspective and under the growing pressure of the precautionary principle, the right to security tends to focalize upon a victimizing approach of the society at the expense of an old conception of criminal law founded upon the legal balance between security and liberty. And the criminal policy guiding those developments operate as a new model, which in its obsessionnal quest of security, makes of the precautionary principle both its internal and external finality.

This thesis is thus devoted to the study of the precautionary principle as it is applied to the criminal law and to the criminal policy which it examines through theories and multidisciplinary approaches. Its main objective is, by the examination of the evolution of the criminal policy and of some theories of criminology, and in contact with the ideology of precaution, to highlight the current emergence of a new legal rationality of precaution which operates according to a specific methodology and by the use of a specific terminology.

Key words : precautionary principle, criminal law, criminal policy, dangerousness, security, penal responsibility, penalty, risk, prevention.