



HAL
open science

Peines perpétuelles et exigences européennes

Caroline Fabre

► **To cite this version:**

Caroline Fabre. Peines perpétuelles et exigences européennes. Droit. COMUE Université Côte d'Azur (2015 - 2019), 2017. Français. NNT: 2017AZUR0040 . tel-03070790

HAL Id: tel-03070790

<https://theses.hal.science/tel-03070790>

Submitted on 16 Dec 2020

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.

École doctorale n° 513 DESPEG
Faculté de Droit et Sciences Politiques - Unité de recherche EA 1201

Thèse de doctorat

Présentée en vue de l'obtention du grade de Docteur en Droit

par

Caroline FABRE

PEINES PERPÉTUELLES ET EXIGENCES EUROPÉENNES

Soutenue le 15 décembre 2017 - Devant le jury composé de :

Monsieur André GIUDICELLI,

Professeur à l'Université de Corse « Pascal Paoli »,
Doyen honoraire de la Faculté de Droit de La Rochelle, Rapporteur.

Madame Valérie BOUCHARD,

Maître de conférences HDR à l'Université de Toulon,
Rapporteur.

Madame Christine COURTIN,

Maître de conférences HDR à la Faculté de Droit et Science politique - Université Côte d'Azur,
Directrice du Pôle Pénal du CERDP.

Monsieur Jean-François RENUCCI,

Professeur à la Faculté de Droit et Science politique - Université Côte d'Azur,
Directeur de thèse.

**PEINES PERPÉTUELLES
ET EXIGENCES EUROPÉENNES**

*L'Université n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans la présente thèse.
Celles-ci sont propres à leur auteur.*

REMERCIEMENTS

À Monsieur le Professeur Jean-François RENUCCI pour m'avoir fait l'honneur de diriger cette thèse, pour le temps accordé à mes travaux, pour sa confiance et son soutien apportés tout au long de mes recherches.

Aux membres du Centre d'Études et de Recherches en Droit des Procédures avec lesquels j'ai eu la chance d'échanger de pertinentes réflexions.

À ma famille, mes amis et à celles et ceux qui me sont chers pour leurs encouragements tout au long de la rédaction de cette thèse, pour tout leur soutien et pour toute leur affection.

RÉSUMÉ

Depuis l'abolition de la peine de mort en 1981, la peine perpétuelle s'est imposée comme une peine de substitution étant devenue la peine la plus sévère dans l'échelle des peines. Les questions relatives au sens de la réclusion criminelle à perpétuité, de sa compatibilité avec le principe de la dignité humaine, ont intéressé la Cour européenne des droits de l'homme qui n'a de cesse de mettre l'accent sur la nécessaire effectivité des droits garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La problématique repose sur la finalité de la réclusion criminelle à perpétuité, entre un droit ouvert à l'aménagement et une durée effective accrue par l'effet de très longues périodes de sûreté. Cette étude aura donc pour objet l'examen des directives d'interprétation mobilisées par le juge européen dans le contentieux de la privation de liberté perpétuelle afin d'identifier les différents paramètres pris en compte par ce dernier afin d'élaborer au regard des dispositions conventionnelles ses exigences en matière de protection des droits de l'homme des personnes privées de liberté à perpétuité. La nouveauté s'identifie dans le positionnement de la problématique au centre du contexte de la jurisprudence européenne. Tant par les tendances politiques que les garde-fous juridiques, le thème de la perpétuité permet de confronter les systèmes de droit étalonnés par le juge européen. Les analyses du droit pénal général, de la procédure pénale ainsi que du droit pénal post-sentenciel s'avèrent être rassemblées autour de la thématique de la réclusion à perpétuité, s'attardant en effet sur les nouveaux critères donnés par la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'atteinte, et subséquentement, de préservation des droits fondamentaux.

ABSTRACT

Since the death penalty was abolished in 1981, life imprisonment has established itself as an alternative sentence, thus becoming the most severe punishment in the spectrum of penalties. The questions of whether life imprisonment is useful and whether it is compatible with the notion of human dignity have interested the European Court of human rights which has indeed laid great emphasis on the necessity to preserve the rights enshrined in the European Convention of Human Rights. The issue lies in the very purpose of life imprisonment and the discrepancy between laws offering reduced sentences and the increase of established durations caused by the lengthening of unconditional imprisonment periods. This study will thus provide a review of the interpretative guidelines followed by European judges on the issue of life imprisonment so as to identify the various parameters taken into account by Judges when they set - in compliance with conventional dispositions - their requirements on the protection of the human rights of persons sentenced to perpetual imprisonment. This thesis will address the topic from a new standpoint in the context of European jurisprudence. Since it involves various political tendencies and juridical bulwarks, this topic allows us to confront perpetuity with the law systems calibrated by European Court of Human Rights. The issue of life imprisonment combines analysis of general criminal law, criminal procedure law as well as post sentence law which are indeed focused on the new criteria given by the European Court of Human Rights pertaining to the violation - and subsequently- preservation of basic rights.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE 1.

LA PEINE PERPÉTUELLE PRONONCÉE

TITRE 1. LA RÉALITÉ DE LA PEINE PERPÉTUELLE

Chapitre 1. La nature rétributive de la peine perpétuelle

Chapitre 2. La nature réparatrice de la peine perpétuelle

TITRE 2. LA CONSÉCRATION DE LA PEINE PERPÉTUELLE

Chapitre 1. L'effectivité conditionnée de la peine perpétuelle

Chapitre 2. L'efficacité subordonnée de la peine perpétuelle

PARTIE 2.

LA PEINE PERPÉTUELLE EXÉCUTÉE

TITRE 1. L'INFIRMATION SPÉCIALE D'UNE PERPÉTUITÉ RÉELLE

Chapitre 1. Une compressibilité de la peine perpétuelle exigée

Chapitre 2. Des progrès de la coopération internationale souhaités

TITRE 2. L’AFFIRMATION GÉNÉRALE DU RESPECT DES DROITS SUBSTANTIELS

Chapitre 1 La garantie du respect des droits fondamentaux

Chapitre 2. La gageure d'une réinsertion sociale

CONCLUSION GÉNÉRALE

TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>Adde</i>	<i>Addendum</i>
adm.	Administratif
ACDI	Annuaire de la Commission du droit international
AFDI	Annuaire français de droit international
Aff.	Affaire
AJ pénal	Actualité juridique pénal
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
al.	Alinéa(s)
Ann.	Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme
Art.	Article(s)
Bibli.	Bibliothèque
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Bull.	Bulletin
C. pén.	Code pénal
C. pr. pén.	Code de procédure pénale
<i>c/</i>	Contre
Cass.	Cour de cassation
CDE	Cahiers de droit européen
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CGLPL	Contrôleur général des lieux de privation de liberté
Ch.	Chambre
Chap.	Chapitre
chron.	Chronique
CIADH	Cour interaméricaine des droits de l'homme
Circ.	Circulaire
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
Coll.	Collection
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'homme
comm.	Commentaire
Comm. EDH	Commission européenne des droits de l'homme
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Conv.	Convention
CPT	Comité européen pour la prévention de la torture
CSP	Code de la santé publique
D. Actu.	Dalloz Actualité
D.	Recueil Dalloz
DC	Décision du Conseil constitutionnel
Décis.	Décision
dir.	Direction, directeur
Distrib.	Distribution
DR	Décisions et Rapports de la Commission européenne des droits de l'homme
Dr. Fam.	Revue Droit de la famille
Dr. pén.	Revue Droit Pénal
Dr. Soc.	Revue Droit Social
éd.	Edition(s), éditeur(s)
Ex.	Exemple
GACEDH	Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme
Gaz. Pal.	Gazette du palais
Gde. Ch.	Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme
<i>Ibid.</i>	Ibidem
In	Dans
<i>Infra.</i>	Ci-dessous
JAP	Juge de l'application des peines
JCP A	Juris-Classeur périodique – Edition administration
JCP G	Juris-Classeur périodique – Edition Générale
JCP	Juris-Classeur périodique (La semaine Juridique)
JDE	Journal de droit européen
JDI	Journal de droit international
JORF	Journal officiel de la République française
JNRS	Juridiction nationale de la rétention de sûreté
Jur.	Jurisprudence
L.	Loi
<i>loc. cit.</i>	<i>Loco citato</i>
LPA	Les Petites Affiches

n°	Numéro
obs.	Observation
occ.	Occurrence
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
p.	Page
Pan.	Panorama de jurisprudence (Dalloz)
pp.	De la page à la page
pr.	Procédures
préc.	Précité
Préf.	Préface
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RAE	Revue des affaires européennes
Rapp.	Rapport de la Commission européenne des droits de l'homme
RDP	Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger
Rec.	Recueil
rééd.	Réédition
Rép. eur.	Répertoire de droit européen Dalloz
Rep. Pen.	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz
Rép. Proc. Civ.	Répertoire de procédure civile Dalloz
Rép. intern.	Répertoire de droit international Dalloz
req.	Requête
Rev. int. crim. pol. tech.	Revue internationale de criminologie et de police technique
RFDA	Revue française de droit administratif
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDP	Revue internationale de droit pénal
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RPE	Règles pénitentiaires européennes
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD Eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
s.	Et suivants
S.	Recueil Sirey Dalloz

Somm.	Sommaires commentés Dalloz
Spéc.	Spécialement
ss. la. dir.	Sous la direction
<i>Supra</i>	Ci-dessus
Supp.	Supplément
t.	Tome(s)
TA	Tribunal administratif
TAP	Tribunal de l'application des peines
Th.	Thèse
trad.	Traduction
trib.	Tribunal
Univ.	Université
v.	Voir
V°	Voir mot
Vol.	Volume

INTRODUCTION

*« Chaque cellule est une île :
les habitants sont des matelots infortunés,
jetés dans cette terre isolée par un naufrage commun ».*
Jérémy BENTHAM¹.

1. Depuis l'abolition de la peine de mort en 1981 en France², la peine perpétuelle s'est imposée comme la peine de substitution³ la plus sévère dans l'échelle des peines⁴. Cette peine particulière est acquise au sein des législations européennes mais semble soulever de nombreuses difficultés qu'il s'agisse de ses fondements, de son prononcé, de son exécution, de son efficacité et particulièrement de son effectivité. Les questions relatives au sens de la réclusion criminelle à perpétuité, de sa compatibilité avec le principe de la dignité humaine, ont intéressé la Cour européenne des droits de l'homme qui n'a de cesse de mettre l'accent sur la nécessaire effectivité des droits garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Pourquoi appréhender la perpétuité en employant la formulation des « *peines perpétuelles* » ? Ce choix peut se justifier par la détermination des deux dimensions de la peine perpétuelle dans la mesure où il y a deux peines perpétuelles. Dans un premier temps, le choix du pluriel peut se justifier dans la mesure où il y a la perpétuité réelle⁵. Cette peine perpétuelle ne prévoit pas de possibilité de réexamen, l'individu ne pourra jamais sortir de

¹ J. BENTHAM, *Panoptique*, 1786, rééd., Mille et une nuits, Fayard, 2002. La réflexion de Bentham prend place dans le cadre d'un renouvellement des cadres de pensée concernant le droit pénal et le sens de l'enfermement. Il défend l'idée d'un isolement carcéral des individus et prône la réforme des prisons afin d'en faire des moyens d'amender le prisonnier.

² J.-M. CARBASSE, *La peine de mort*, coll. Que sais-je ?, PUF, 2016, p. 55. L'auteur a indiqué que « *l'histoire de la peine est celle d'une constante abolition* ».

³ *Ibid*, p. 108. L'auteur a rappelé que « *En 1983, le sixième protocole de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales franchit le pas décisif "La peine de mort est abolie. Nul ne peut être condamné à une telle peine ni exécuté", avec toutefois une réserve : "Un État peut prévoir dans sa législation la peine de mort pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre" (...). A l'heure qu'il est, l'Europe occidentale peut donc être considérée comme un continent abolitionniste* ».

⁴ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 25^e éd., 2017.

⁵ V. *infra* n° 8.

prison. Une telle peine pose des difficultés au regard de la jurisprudence européenne, puisqu'elle caractérise une violation de l'article 3 de la Convention européenne⁶. D'autant plus, qu'au regard des accords d'extradition⁷ conclus entre les Etats, cette notion de perpétuité réelle peut être un obstacle à l'exécution de la peine dans certains pays. Dans un second temps, le choix du pluriel peut se justifier dans la mesure où au regard des exigences européennes, il y a la perpétuité compressible⁸. Tout détenu condamné à la perpétuité réelle doit avoir au moins une perspective de libération. Dans l'arrêt *Hutchinson c/ Royaume-Uni*⁹, ladite Cour a confirmé le principe selon lequel « *pareille peine doit offrir une perspective d'élargissement et une possibilité de réexamen* ». En se fondant sur l'article 3 de la Convention, la Cour fait donc muter la perpétuité réelle en perpétuité compressible. La peine perpétuelle paraît en ce sens devenir plurielle. Par conséquent, au regard de la diversité des modalités de mise en œuvre de l'exécution de la peine perpétuelle et notamment concernant les difficultés juridiques posées par la combinaison de la peine perpétuelle à certaines mesures de sûreté¹⁰, un tel sujet de réflexion pouvait se formuler ainsi « *peines perpétuelles et exigences européennes* ». C'est ainsi, afin d'appréhender l'étude relative aux peines perpétuelles au regard des exigences européennes¹¹, qu'il conviendra d'identifier les exigences européennes garantes (I) permettant ainsi de constater l'évolution des enjeux internes (II) indispensables à la compréhension des questionnements actuels (III).

⁶ A cet égard, V. notamment, R. CHARVIN et J.-J. SUEUR, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, coll. Objectif droit, 5e éd., LITEC, 2007.

⁷ V. *infra* n°131 et s.

⁸ V. *infra* n°19.

⁹ CEDH, Gde ch. 17 jan. 2017, *Hutchinson c/ Royaume-Uni*, n° 57592/08.

¹⁰ V. *infra* n°124.

¹¹ J.-S. BERGE et S. ROBIN-OLIVIER, *Droit européen*, coll. Thémis, 2^e éd., PUF, 2011.

I. LES EXIGENCES EUROPÉENNES GARANTES

2. La protection offerte par le droit européen s'exprime à travers la Convention européenne des droits de l'homme qui constitue un moyen privilégié au service de la réalisation des buts du Conseil de l'Europe¹². C'est un instrument de référence et de défense des valeurs des démocraties d'Europe occidentale. La Convention se présente comme la traduction la plus tangible d'un patrimoine conventionnel et politique commun¹³. Les droits garantis par la Cour européenne des droits de l'homme ne constituent qu'un standard minimum. En effet, « aucune des dispositions de la Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette partie contractante est partie »¹⁴. De manière normative, la protection offerte par la Convention n'est donc que subsidiaire¹⁵. La réalité est néanmoins différente dans la mesure où le niveau de protection assuré par l'instrument européen équivaut « au standard de protection le plus élevé »¹⁶. Dans l'ordre juridique national, la détermination de la portée et de la signification exacte des engagements de l'État au titre de la Cour européenne des droits de l'homme a généralement obéi aux règles d'interprétation¹⁷ habituellement suivies par le juge national. C'est en ce sens qu'il peut être rappelé que la Commission européenne et la Cour européenne des droits de l'homme n'ont en effet eu de cesse de mettre l'accent à la fois sur la nécessaire effectivité¹⁸ des droits garantis par la

¹² J.-S. BERGE et S. ROBIN-OLIVIER, *Droit européen*, op. cit.

¹³ J.-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, coll. Conn. du droit, Dalloz, 7^e éd., 2016.

¹⁴ Art. 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹⁵ J.-P. COSTA, « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », D. 2010, p. 1364.

¹⁶ D. CHAGNOLLAUD et G. DRAGO, *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2010, p. 72. Ils précisent que « Les formules jurisprudentielles considérant la Convention comme constitutive d'un ordre public européen des droits de l'homme ont parfois été interprétés, en doctrine, trop hâtivement sans doute, comme illustratives de la création par la CEDH d'un véritable ordre juridique, au sens technique du terme ».

¹⁷ A cet égard, il convient de faire un rappel succinct concernant l'étendue du contrôle exercé sur la marge nationale d'appréciation. Le contrôle de proportionnalité pratiqué par la Cour européenne des droits de l'homme s'apparente selon les circonstances à un contrôle restreint, normal, maximum. La question posée par la Cour permet de contrôler si l'ingérence est proportionnée au but légitime poursuivi, si l'ingérence répond à un « besoin social impérieux » ou si elle a respecté un « juste équilibre » entre la sauvegarde des droits individuels et la défense de l'intérêt général invoquée par l'État.

¹⁸ CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c/ Irlande*, n° 6289/73, Série A, n° 32, § 26, CDE, 1980, p. 470, obs. G. COHEN-JONATHAN ; AFDI 1980, p. 323, obs. R. PELLOUX ; JDI 1982, p. 187, obs. P. ROLLAND ; in *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et M. LEVINET (ss la dir.), PUF, 8^e éd., 2017. La notion « d'effectivité » est familière au spécialiste de la Convention européenne des droits de l'homme, tant il est vrai que le souci de

Convention et sur le caractère *d'instrument vivant* de la Convention¹⁹. Par conséquent, ladite Convention est destinée à protéger les droits reconnus aux hommes en organisant une garantie effective²⁰. À cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme pose des exigences que se doivent de respecter les États quant au prononcé et l'exécution d'une peine perpétuelle. Cette étude aura donc pour objet l'examen des directives d'interprétation mobilisées par le juge européen dans le contentieux de la privation de liberté perpétuelle afin d'identifier les différents paramètres pris en compte par ce dernier afin d'élaborer au regard des dispositions conventionnelles ses exigences en matière de protection²¹ des droits de l'homme des personnes privées de liberté à perpétuité.

La Cour européenne des droits de l'homme est à l'origine de la construction proprement prétorienne d'une véritable norme européenne de protection des droits des personnes privées de liberté²². Cette norme est « *le reflet des multiples facettes du détenu, et dès lors, à la complexité statutaire des détenus, fait naturellement écho la complexité du mode d'élaboration de la norme européenne de protection des droits des détenus* »²³. La norme européenne de protection des droits de l'homme des détenus résulte d'une démarche interprétative du juge de Strasbourg, révélatrice alors de son pouvoir normatif. Par « *exigences européennes* », il convient alors d'indiquer qu'il s'agit d'examiner une norme élaborée par le juge européen sur le fondement des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme dont la teneur sera imposée aux États. En ce sens, l'étude sera consacrée à la fois aux textes conventionnels issus de la Convention européenne des droits de l'homme et à la fois aux développements et analyses prétoriens du juge de Strasbourg. À cet égard,

conférer aux droits garantis une véritable effectivité est au cœur du droit de la convention et au fondement de la démarche du juge européen. Il s'agit de « *protéger des droits non pas théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs* ».

¹⁹ M. LÉNA, « Aperçu du rapport annuel de la CEDH pour 2013 », AJ pénal 2014, p. 150. L'auteur énonce que « *L'instauration dans les ordres juridiques internes de recours effectifs permettent d'offrir des redressements adéquats et suffisants aux violations de la Convention* ». V. également, E. AUTIER, « Rapport annuel 2016 : pas de répit pour la CEDH », D. Actu., 14 févr. 2017. L'auteur précise que « *La Cour a affiné sa jurisprudence en matière de peines perpétuelles et la nécessité pour celles-ci d'être de facto compressibles au cours de son arrêt Murray c/ Pays-Bas* » ; CEDH, 26 avril 2016, *Murray c/ Pays-Bas*, n° 10511/10, D. 2016, p. 1542, note J.-F. RENUCCI ; AJ pénal 2016, p. 322, note D. VASILIKI VOULELI et D. VAN ZYL SMIT ; RSC 2016, p. 582, obs. D. ROETS.

²⁰ R. ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, 3e éd., Larcier, 2014.

²¹ P. LAMBERT, « Le sort des détenus au regard des droits de l'homme et du droit supranational », RTDH 1998, p. 291 et s.

²² L. BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, 2^e éd., coll. Systèmes Droit, LGDJ, 2015.

²³ B. BELDA, *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté, contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne de droits de l'homme*, thèse, coll. droit de la convention européenne des droits de l'homme, éd. Bruylant, 2010.

l'analyse portera sur le droit de la Convention européenne. Toutefois, le droit national et sa jurisprudence permettront d'aborder les questions relatives à la peine à perpétuité en démontrant dans quelle mesure le juge national s'aligne ou résiste au juge européen.

3. Les droits européens n'impliquent pas une « *authentique unification* »²⁴. La Convention européenne ne constitue pas une législation européenne des droits de l'homme applicable en bloc et uniformément à l'ensemble des États parties contractants. C'est un traité à géométrie variable et en ce sens les engagements souscrits par les États ne sont pas systématiquement identiques²⁵. Les États n'accordent pas le même poids et ne prêtent pas la même attention à la jurisprudence européenne²⁶. Si les ordres juridiques nationaux demeurent inégalement imprégnés par le droit de la Convention, ils doivent néanmoins faire face au « *rôle perturbateur* »²⁷ exercé par celui-ci. La conséquence première est l'insécurité juridique dans la mesure où la sécurité juridique est devenue un impératif que la Cour européenne des droits de l'homme s'évertue à imposer aux États, l'insuffisante précision apportée par la jurisprudence européenne implique un échange ardu avec les États²⁸. La Convention européenne n'a pas en effet vocation à harmoniser les droits nationaux, mais son application conduit aux particularismes constitutifs de l'identité nationale des États contractants dans la mesure où ladite Convention contribue à la juridictionnalisation des procédures nationales. C'est pourquoi, même dans le domaine des droits de l'homme, la marge d'appréciation de l'État s'impose, tout autant que la possibilité de contrôle des autorités européennes. Cette recherche d'équilibre est « *une nécessité pour que l'ensemble du système européen de protection soit viable* »²⁹. Le rayonnement international de la Cour de Strasbourg reflète l'interaction normative qui est devenue une pratique largement usitée³⁰.

²⁴ A.-J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, coll. Les voies du droit, PUF, 1991.

²⁵ Le statut de la Convention dans l'ordre juridique des États est aussi variable en fonction des règles nationales régissant les relations entre le droit interne et les traités relatifs aux droits de l'homme. En effet, la modulation des engagements des États tient d'abord à l'existence des clauses optionnelles et des protocoles additionnels.

²⁶ J.-S. BERGE, « Questionnement sur la place des normes internationales et européennes dans l'ordre juridique communautaire », *Chronique de droit européen*, LPA, 29 juillet 2002, n° 150.

²⁷ D. CHAGNOLLAUD et G. DRAGO, *Dictionnaire des droits fondamentaux*, *op.cit.*, p. 99.

²⁸ *Ibid.* Les auteurs énoncent que « *Il est vrai que le juge européen des droits de l'homme peine parfois à assumer pleinement une mission pédagogique, écartelé qu'il est entre son attachement à l'option juridictionnelle dite du "cas d'espèce" et sa volonté d'objectiver le contentieux européen, tout en évitant de donner l'impression qu'il se comporterait comme un juge qui gouverne* ».

²⁹ K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUAM, 2009.

³⁰ L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (ss la dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, 25^e éd., Economica, 1999.

L'approche de la peine perpétuelle est complexe en droit comparé dans la mesure où le panorama européen est hétérogène. Suivant les États membres du Conseil de l'Europe, la peine perpétuelle est en effet inexistante, inappliquée, usuelle ou automatique. Tout d'abord, au regard d'une minorité d'États, la peine perpétuelle est inexistante au sein de leur législation nationale. En Croatie, la peine maximale est fixée à 40 ans pour raisons exceptionnelles, dans le cas contraire la peine maximale est fixée à 20 ans. En Espagne, la peine maximale est limitée à 40 ans selon la loi d'exception antiterroriste. Le cas échéant, la peine est fixée à 20 ans³¹. Au Portugal, le *quantum* maximum est fixé à 30 ans pour des circonstances exceptionnelles, dans le cas contraire la durée maximum est fixée à 25 ans³². Par ailleurs en Slovénie³³, la peine la plus élevée est fixée à 30 ans et en Norvège³⁴ à 21 ans. L'Islande quant à elle prévoit la perpétuité dans sa législation, mais elle est inappliquée depuis 1940, ce qui permet d'indiquer que la peine perpétuelle alors peut être considérée comme un moratoire. Ensuite, au regard des États dans lesquels la peine perpétuelle est prononcée et s'exécute, il conviendra de préciser que cette dernière n'implique pas la détention jusqu'à la mort naturelle du condamné. En effet, comme il sera démontré dans l'analyse ultérieure, des procédures permettent le réexamen de la situation du condamné et il est possible d'accorder sous conditions une libération anticipée. La période durant laquelle le condamné ne peut bénéficier d'une telle mesure est désignée en France par la période de sûreté et ce délai est de 18 ans, voire 22 ans³⁵. À l'examen des différentes législations, il apparaît que ce délai est de 15 ans en Allemagne³⁶, au Luxembourg. Il est de 20 ans en Albanie, Grèce, République Tchèque, Roumanie, Suisse³⁷ et en Turquie. Il est de 25 ans en Pologne et Slovaquie, de 26 ans en Italie³⁸ et de 30 ans en Estonie. Ce délai peut tout à fait être prolongé par des mesures de

³¹ Le Code pénal espagnol de 1995 en son article 36 dispose que « *la peine privative de liberté aura une durée minimale de six mois et une durée maximale de vingt ans sauf exceptions prévues au présent Code* ». Cette fourchette et notamment le plafond de vingt ans est imposé par la Constitution.

³² L'article 41 alinéa 1^{er} du Code pénal portugais prévoit que le maximum est de vingt ans sauf à prévoir un maximum de vingt-cinq ans dans les cas prévus par la loi à l'article 41 alinéa 2 du Code pénal portugais.

³³ V. notamment les articles 37 et 127 du Code slovène.

³⁴ Le Code pénal norvégien adopte une position originale dans la mesure où se trouvent deux sanctions voisines : la réclusion avec un maximum de quinze ans (§ 17) et la détention avec un maximum de vingt ans (§ 22). L'homicide volontaire normalement puni d'une peine de réclusion de cinq ans (§ 228) peut l'être jusqu'à vingt-un ans si l'agent a agi selon un mode particulièrement dolosif ou avec un poison (§ 232).

³⁵ V. *infra* n° 60.

³⁶ En Allemagne, les atteintes à l'Etat ou à la nation sont punissables de la peine perpétuelle. L'article 80 du Code pénal allemand prévoit la peine perpétuelle pour l'auteur d'une haute trahison envers l'état fédéral.

³⁷ Selon l'article 40 du Code pénal Suisse, la peine privative de liberté maximale est de vingt ans au plus, mais elle peut être prononcée à vie lorsque la loi le prévoit expressément.

³⁸ L'« *Ergostalo* » est la plus grave des sanctions pénales existant dans le système italien prévu à l'article 17 du Code pénal italien et consiste en une peine de réclusion perpétuelle appliquée aux auteurs des infractions les plus

sûreté post-sentencielles. Enfin, la peine perpétuelle peut être prononcée automatiquement, notamment en Angleterre et au Pays de Galles pour lesquels le régime adopté est extrêmement répressif³⁹. À cet égard, dans une majorité d'États membres, l'incompressibilité des peines est en constante progression. Pour exemple, la Turquie a adopté une peine à perpétuité incompressible en cas de crimes terroristes. Cette disparité européenne⁴⁰ justifie l'intérêt de trouver un consensus au sein des États membres et ainsi de fixer des critères précis d'application et d'applicabilité par la Cour européenne des droits de l'homme afin de permettre une garantie effective des droits fondamentaux. En d'autres termes, la Cour européenne des droits de l'homme se sert d'éléments de droit comparé lors de son processus décisionnel, ce qui traduit la richesse du droit européen des droits de l'homme.

graves. L'article 22 du Code pénal précise qu'elle est purgée dans des établissements pénitentiaires spéciaux, avec l'obligation de travailler et l'isolement nocturne.

³⁹ La spécificité du droit anglais résulte du fait que l'homicide volontaire est puni de l'emprisonnement perpétuel et cela obligatoirement en conséquence de l'abolition de la peine capitale en 1965. La loi distingue deux cas au regard de l'âge de l'auteur des faits lors de la commission de l'infraction. Pour les personnes âgées de plus de 26 ans lors des faits, la peine est celle de l'emprisonnement à vie : *Murder Act*. 1965, art. 1. Pour les jeunes adultes ou personnes âgées de de 18 à 21 ans lors des faits, la peine est la même : *Criminal Justice Act* 1982, art. 8.

⁴⁰ V. notamment pour les autres Etats la législation prévue, J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 4^e ed., 2016, n° 26 et s.

II. LES ENJEUX INTERNES ÉVOLUTIFS

4. « *La peine est la contrepartie juridique⁴¹ de tout crime ou délit commis dans toute société humaine organisée, depuis le monde antique jusqu'au XXI^e siècle* »⁴². Il convient d'aborder l'évolution historique⁴³ de l'appréhension de la peine perpétuelle au sein des États membres du Conseil de l'Europe afin d'apporter une analyse rigoureuse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme. Il convient alors d'observer l'évolution historique des fonctions de la peine privative de liberté. En dehors de la peine de mort, le désir d'éliminer de la société un délinquant a existé sous des formes diverses dans toutes les sociétés⁴⁴. Au regard de l'application des droits fondamentaux de la responsabilité pénale, les crimes les plus graves étaient punis de la peine de mort⁴⁵ et des travaux forcés à perpétuité. Depuis l'abolition de la peine de mort en France en 1981⁴⁶, les auteurs de ce type de crimes encourent la réclusion criminelle à perpétuité, qui peut être assortie de périodes de sûreté⁴⁷. La peine de mort a disparu également des juridictions des États membres du Conseil de l'Europe qui ont en 1983 ratifié le Protocole n° 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, interdisant son utilisation. En ce sens, la peine ne va plus sanctionner le châtement d'une culpabilité, mais celui d'une dangerosité dont la détermination est floue.

La peine était déjà une sanction établie par la divinité pour ceux qui violaient la loi divine. « *Elle est instituée pour imposer une souffrance physique et morale à l'auteur d'un acte contraire aux interdits religieux et à la vie en société* »⁴⁸. La peine devait alors sanctionner ceux qui défiaient la loi divine en retirant la vie à leurs semblables, alors que

⁴¹ A cet égard, V. notamment, E. ROTMAN, « L'évolution de la pensée juridique sur le but de la sanction pénale », in *Mélanges Marc ANCEL*, T. II, éd. Pédone, 1975, p. 163 et s.

⁴² Y. JEANCLOIS, *La peine, miroir de la justice*, éd. Montchrestien, coll. Clefs Politiques, 2012, p. 10.

⁴³ J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, coll. Que sais-je ? PUF, 2^e éd., 1991.

⁴⁴ En ce sens, pour une approche de la notion de pénitence, v. R. MERLE, *La pénitence et la peine, Théologie, droit canonique, droit pénal*, Cerf-Cujas, 1985, p. 143.

⁴⁵ J.-M. CARBASSE, *La peine de mort, op. cit.*, p. 107.

⁴⁶ Loi n° 81-908 du 9 oct. 1981 portant sur l'abolition de la peine de mort. V. notamment, G. DU MESNIL DU BUISSON, « Justice et châtement : de nouvelles attentes pour la peine », RSC 1998, p. 255 ; S. MANACORDA, « L'abolition de la peine capitale en Europe : le cercle vertueux de la politique criminelle et les risques de rupture », RSC 2008, p. 563 ; J.-P. MARGUENAUD et D. ROETS « La peine de mort, peine inhumaine et dégradante », RSC 2010, p. 675.

⁴⁷ L'exécution d'une peine très longue peut être considérée comme insuffisante afin de supprimer la dangerosité des condamnés, alors des mesures de sûreté peuvent être décidées afin de prévenir la récidive.

⁴⁸ Y. JEANCLOIS, *La peine, miroir de la justice, op.cit.*, p. 10.

seule la divinité était « *comptable* » des vies humaines⁴⁹. Les théologiens ont considéré la peine comme un indispensable passage de purification religieuse et intellectuelle. Dans l'Empire romain au VI^e siècle ainsi que dans les États européens aux XVIII^e siècle et XIX^e siècle, la peine était aux mains des juristes qui instaurent la sécurité intérieure dans les États⁵⁰. La peine était définie comme « *un mouvement de sévérité qui devait s'appliquer à l'auteur d'un crime en réponse symétrique⁵¹ à l'infraction* »⁵².

Sous l'Ancien Régime, les peines reposaient, outre la mort ou le bannissement, sur les supplices, les châtimens corporels, les mutilations, car l'enfermement n'était que peu pratiqué. L'élimination des délinquants prenait la forme du bannissement qui était très souvent perpétuel⁵³. Dès 1764, un nouveau droit de punir émergeait en opposition avec la justice de l'ancien régime⁵⁴. L'utilité de la peine avait été pensée et l'idée développée reposait sur « *le but des châtimens ne peut être (...) que d'empêcher le coupable de causer de nouveaux dommages à ses concitoyens et de dissuader les autres d'en commettre de semblables* »⁵⁵. Le concept de liberté a été érigé comme principe fondamental et incontournable, car face à l'arbitraire du pouvoir monarchiste absolu est opposé le principe de légalité et de proportionnalité des délits et des peines. Avant 1789, l'enfermement n'était pas considéré en tant que peine, mais en tant que mesure administrative qui est appliquée aux accusés en instance de jugement et aux condamnés qui vont exécuter leurs peines⁵⁶. La Révolution a voulu apporter du renouveau dans la mesure où il a été considéré qu'il était nécessaire de réhabiliter l'homme coupable. Il convenait alors de protéger la société, sanctionner la faute et favoriser l'amendement des condamnés par la réclusion criminelle et le travail. Le Code pénal

⁴⁹ Y. JEAN-LOUIS, *La peine, miroir de la justice*, op.cit. L'auteur a précisé que « *La peine de Caïn est sans limite, puisqu'il a tué son frère Abel : Dieu le condamne au bannissement et à l'errance à perpétuité. La peine est alors la conséquence logique de la violation de la loi de Dieu délivrée aux hommes par les prophètes, intermédiaires entre Dieu et les hommes* ».

⁵⁰ B. BASDEVANT-GAUDEMET, *Eglise et Autorités, Etude d'histoire de droit canonique médiéval*, « Digeste, livre IX et Code, livre XLVIII, de Justinien », coll. Cahiers Instit. anthropologie Jurid., éd. Presses Universitaires Limoges, n° 14, 2006, p. 239.

⁵¹ La peine renvoie alors le juge à la balance, sur les deux plateaux de laquelle il pose d'un côté l'infraction et la souffrance de la victime et de l'autre la responsabilité pénale et la souffrance du condamné. Elle est un élément de rééquilibrage et de réparation sociale au regard du responsable de l'acte criminel.

⁵² Y. JEAN-LOUIS, *La peine, miroir de la justice*, op.cit, p. 11.

⁵³ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd., PUF 2014, p. 289 et s.

⁵⁴ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, 3^e éd., 1766 ; Flammarion, Paris, 1991 avec une préface de R. BADINTER.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ « *La prison ne répondait pas au besoin de " grand spectacle punitif " de cette époque et on lui préférait l'élimination par la peine de mort, le bannissement, les galères, les souffrances corporelles, les humiliations publiques et réprobations sociales ou les sanctions pécuniaires* », M. FOUCAULT, *Surveiller et punir, Naissance de la Prison*, Paris, éd. Gallimard, 1975.

de 1791 attachait à la peine privative de liberté « *une fonction que la période antérieure ne connaissait pas. Avant cette date, l'enfermement évitait simplement que la personne ne disparaisse dans l'attente de son jugement ou de son exécution. C'est seulement à partir de 1791 qu'il acquiert sa tonalité actuelle de sanction autonome, conséquence d'une condamnation pénale. La prison devient alors le lieu d'exécution d'une peine privative de liberté* »⁵⁷. Dans la même mesure, la peine de mort est limitée, les châtimens corporels abolis et les peines perpétuelles supprimées⁵⁸. En ce sens est recherché l'amendement du détenu⁵⁹.

À partir du XIX^e siècle, la question de la neutralisation du récidiviste sous l'influence des doctrines positivistes italiennes a été posée. Il sera constaté alors que le droit de punir s'est détaché de toute valeur morale, de la notion de culpabilité pour s'orienter vers la nécessité de protéger la société contre la dangerosité du délinquant. Les mesures de sûreté sont donc envisagées comme des mesures ayant une fonction préventive. Le Code pénal de 1810 a poursuivi une logique plus répressive en amplifiant la peine de mort et en réintroduisant les peines perpétuelles, les supplices corporels⁶⁰. En ce sens, la peine attachée aux travaux forcés, la peine perpétuelle, afflictive ou infamante avaient pour objectifs fixés l'élimination du condamné et le découragement de criminels potentiels⁶¹. Par la suite, la loi du 27 mai 1885⁶² a institué au sein de son article 1^{er} « *l'internement perpétuel sur le territoire des colonies ou possessions françaises des condamnés criminels ou récidivistes* ». La relégation éloignait et éliminait les multirécidivistes, perçus comme des criminels incorrigibles. Cette relégation⁶³ qui n'était à l'origine qu'une peine complémentaire s'est manifestée par la transportation en Guyane ou en Nouvelle-Calédonie. À la fin du XIX^e siècle, la prison est devenue la peine de référence et au regard de la législation de l'époque en dehors de la peine de mort, les crimes les plus graves étaient donc sanctionnés par les travaux forcés à perpétuité.

⁵⁷ J.-P. CÉRÉ, *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*, coll. Logiques juridiques, éd. L'Harmattan, 1999, p. 21.

⁵⁸ C'est un Code humaniste qui repose sur la réflexion des Lumières qui se réfère à la lettre de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui dispose que « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* ».

⁵⁹ J.-P. CÉRÉ, *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*, *op.cit.*, p. 25.

⁶⁰ F.-X. GERVASONI, « La peine privative de liberté de l'ancien droit au Code Pénal de 1791 », in *La dimension historique de la peine 1810-2010*, Y. JEANCLOIS (ss la dir.), Economica, 2013, pp. 142-156.

⁶¹ La volonté de Napoléon est d'établir une justice forte, efficace et redoutée. Les peines étaient exécutées dans les bagnes de Toulon, Rochefort et Brest, les forçats ont été ensuite transportés dans les bagnes d'outre-mer dans le but de faire baisser le taux de récidive sur le territoire. V. notamment, B. APPERT, *Bagnes, Prisons et criminels*, t. 3, Paris, 1836, p. 103.

⁶² La loi dite *Waldeck-Rousseau* du 27 mai 1885 impose de reléguer les récidivistes pour désencombrer les prisons et les éloigner du territoire national (JORF 28 mai 1885).

⁶³ J.-L. SANCHEZ, *À perpétuité. Relégués au bagne de Guyane*, Paris, Vendémiaire, 2013, p. 380.

Au XX^e siècle, l'ordonnance du 4 juin 1960 a remplacé les travaux forcés à perpétuité par la réclusion criminelle à perpétuité. La réclusion criminelle à perpétuité est devenue après l'abolition de la peine de mort, la peine la plus sévère dans l'échelle des peines. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, la peine de travaux forcés est devenue facultative et a été supprimée en 1970⁶⁴. L'intérêt de la protection des droits des détenus prend tout son sens après les actes de barbarie commis lors du second conflit mondial. L'objectif de l'instauration de la Convention européenne des droits de l'homme était de combattre les systèmes totalitaires et renforcer les démocraties au travers de la jurisprudence européenne. La défense des droits de l'homme a alors constitué une véritable priorité pour le mouvement européen. L'emprisonnement à perpétuité ne prive pas « *du bénéfice des droits universels et fondamentaux* »⁶⁵. Le système européen considère alors que « *la détention doit pouvoir être compatible avec la qualité d'être humain* »⁶⁶.

Au XXI^e siècle, la peine reçoit une mission nouvelle tendant à devenir une peine de rééducation professionnelle permettant au condamné de préparer son retour à la vie sociale normale. Pendant de nombreuses années, elle a été inspirée par une connotation rétributive⁶⁷. Cet aspect rétributif, en effet, a été formalisé par la considération de la privation de liberté comme un moyen de ramener le condamné sur le chemin de la resocialisation⁶⁸. Par la suite, les théories utilitaires ont été guidées par le souci de la défense de la société et ont prôné alors une peine ayant pour but d'empêcher le crime⁶⁹. Est recherchée alors l'utilité de la peine⁷⁰ pour

⁶⁴ Loi n° 70-643 du 17 juill. 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, JORF 19 juill. 1970. Lors des travaux parlementaires, la Commission des lois au terme d'une mission à Saint-Martin-de-Ré en 1969 a insisté sur « *la nécessité de mettre fin au caractère indéterminé de la durée de la relégation, source de désespoir pour les intéressés qui ne peuvent entrevoir avec certitude la date de leur retour à la liberté* ». V. <http://www.senat.fr/rap/107-174/107-1744.html>.

⁶⁵ C. ALLAIN, « Le droit des détenus, sens et probabilité », in *Le droit des détenus : sécurité ou réinsertion*, A. DEFLOU (ss la dir.), Dalloz, Paris, 2010, p. 11.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ V. *infra*, n° 10.

⁶⁸ M. CUSSON, *Pourquoi punir ?*, coll. Criminologie et droits de l'homme, Dalloz, 1987, p. 68. « *La fonction de rétribution présente dans l'esprit d'une partie de l'opinion publique, ne demande qu'à resurgir* ». Les mouvements d'opinion en faveur du rétablissement de la peine de mort qui se font jour après des crimes particulièrement odieux soulignent ce fait. De même que le durcissement de la législation suite à des événements particulièrement odieux comme par exemple le viol et le crime de jeunes enfants. Néanmoins le rétablissement de la peine de mort est juridiquement improbable en France. V. notamment, J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Le rétablissement de la peine de mort ? La réponse du droit pénal français », p. 73, et D. DE BECHILLON, « Le rétablissement de la peine de mort : aspect de droit public », p. 83, in *La peine de mort au seuil du troisième millénaire*, R. CARIO (ss la dir.), éd. Eres, 1993.

⁶⁹ V. *infra* n° 32. Cette théorie a été développée par Jérémy BENTHAM. Selon cet auteur, « *l'homme calcule le profit qu'il espère retirer du délit et le mal qui résultera du châtement. Tout délinquant se livre ainsi à de savants calculs, tendant à évaluer plaisirs et peurs* ».

⁷⁰ V. *infra* n° 31.

la société afin de prévenir la commission d'autres infractions en détournant les autres individus du chemin de la délinquance. La peine est en évolution constante en droit pénal français et européen. Elle connaît des mutations dues à de nouvelles perceptions de la société. Elle doit permettre l'extension du champ de la délinquance et de la criminalité, d'origine nationale et transnationale. La loi du 22 novembre 1978⁷¹ introduit la notion de période de sûreté rendant alors incompressible une période donnée, durant laquelle aucune modalité d'atténuation de la peine privative de liberté ne peut être prononcée. Dans ce contexte, la rétention de sûreté a vu le jour en tant que mesure de neutralisation pouvant s'appliquer alors même que la peine a déjà été exécutée. La France et l'Europe ont pour inquiétude et but de lutter et empêcher la récidive⁷². L'évolution historique de la peine perpétuelle l'a donc progressivement instituée comme étant le dernier échelon de l'arsenal pénal depuis l'abolition de la peine de mort, la peine à perpétuité est devenue la peine maximale encourue en droit français. Longtemps cantonnée à sa fonction de substitution à la peine de mort, la réclusion criminelle à perpétuité a connu un vif, mais contrasté, regain d'intérêt durant cette première décennie du XXI^e siècle⁷³. Par conséquent, la peine doit avoir un sens afin de reconnaître aux détenus des droits fondamentaux dont ils ne peuvent être privés. Les règles pénitentiaires européennes y veillent scrupuleusement. L'arrêt *Vinter et autres c/ Royaume-Uni*⁷⁴ est révélateur de la volonté de la Cour européenne des droits de l'homme de prendre en considération toutes les souffrances infligées aux personnes privées de liberté qu'elles soient causées par l'exécution de leur peine de par des conditions d'emprisonnement inacceptables ou par le prononcé même de la perpétuité.

5. Selon une approche contemporaine, le détenu, « *homme, citoyen et justiciable, est également un individu subordonné aux autorités étatiques, assujetti à des contraintes*

⁷¹ Loi n° 78-1099 du 22 nov. 1978.

⁷² B. SCHNAPPER, *La récidive, une obsession créatrice au XIX^e siècle, Rapport au XXI^e congrès de l'Association française de criminologie*, 1982, Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, t. 12, 1985 ; A. GIUDICELLI, *La prévention de la récidive dans sa dimension multi-partenariale*, PUR, 2017.

⁷³ G. MOUESCA, Président de l'Observatoire international des prisons a déclaré que « *depuis 1981 et l'abolition de la peine de mort, chaque condamné, même à perpétuité, est voué un jour à sortir* ». Site : 20 minutes.fr, entretien du 11 mai 2006.

⁷⁴ CEDH, Gde ch., 9 juill. 2013, *Vinter c/ Royaume-Uni*, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10 ; RSC 2013, p. 649, obs. D. ROETS ; AJ pénal 2013, p. 494, obs. D. VAN ZYL SMIT ; D. 2013, p. 2081, obs. M. LÉNA, note J.-F. RENUCCI ; RSC 2013, p. 625, chron. P. PONCELA ; D. 2013, p. 2713, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE, T. GARE, M.-H. GOZZI, S. MIRABAIL et T. POTASZKIN ; D. 2014, p. 1235, obs. J.-P. CÉRÉ, M. HERZOG-EVANS et E. PECHILLON.

particulières, et de fait, vulnérable »⁷⁵. Il paraît alors difficile de dégager un critère unique permettant de caractériser et de définir la peine⁷⁶. Le vocable de « *peine* » s'assimile, s'identifie en grec par « *poiné* » et en latin par « *poena* » qui sous-entend le « *prix d'un meurtre* », le « *prix du sang* » ou « *la rançon destinée à racheter un meurtre* », une « *expiation* », une « *vengeance* », un « *châtiment* »⁷⁷. La peine peut trouver en effet des synonymes dans les termes correction, punition ou châtement⁷⁸. Originellement, le mot peine pouvait s'appréhender comme une réponse à une souffrance physique et psychologique affligée à l'auteur d'une infraction, à la demande de vengeance réclamée par la victime ou sa famille⁷⁹. « *Elle répare le tort causé à la puissance publique ou à l'État par la violation de la règle de droit garante de la paix publique et de la sécurité intérieure* »⁸⁰. À cet égard, « *la peine a pour mission de punir le coupable d'un crime. Elle a également la mission d'apporter réconfort et dédommagement à la victime. Elle a enfin mission de rétablir la voie du droit et la sécurité de l'État* ». Il est possible alors d'appréhender la peine au regard de ses caractéristiques, elle est la rétribution religieuse, juridique et sociale « *d'un acte portant atteinte à l'existence ou à l'intégrité d'une personne ou d'une chose* »⁸¹. Il convient alors de distinguer la notion de peine religieuse de la peine judiciaire. La peine religieuse est en effet tournée vers « *la supplication* »⁸² adressée à la divinité d'absoudre le coupable ou de lui imposer une pénitence. « *Elle doit lui faire comprendre l'incompatibilité entre la pensée religieuse d'amour fraternel et de paix et l'acte odieux de meurtre ou de vol. Elle doit le conduire dans la voie de la rédemption divine par l'exécution d'actes de contrition de nature mystique ou physique-prières* »⁸³. La peine judiciaire est « *un poids pesant sur le corps et l'esprit du coupable, pour rééquilibrer, sur la balance du droit, le plateau affaibli par son infraction* »⁸⁴. Aussi, elle place de « *manière artificielle et purement intellectuelle l'auteur et la victime de*

⁷⁵ B. BELDA, *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté, contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne de droits de l'homme, op.cit.* p. 30.

⁷⁶ M. HERZOG-EVANS, « Qu'est-ce qu'une longue peine ? », LPA 2000, n° 235, pp. 4-9.

⁷⁷ V. MAGNIEN et M. LACROIX, *Dictionnaire grec-français*, Paris, Librairie classique Eugène Belin, s.d, p. 1478 ; A. BAILLY, *Dictionnaire grec-français*, Paris, Hachette, 1950, p. 1583 ; F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin-français*, nouvelle éd. Paris Hachette, 2000, p. 1208.

⁷⁸ V. occ. « *Peine* », in *Vocabulaire juridique G. CORNU*, Association Henri Capitant, 11^e éd., coll. Quadrige, PUF, 2016, p. 749.

⁷⁹ N. FRIZE, *Le sens de la peine. État de l'idéologie carcérale*, Paris, Lignes et Manifestes, 2004.

⁸⁰ Y. JEANCLOIS, *La peine, miroir de la justice, op. cit.*, p. 9.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

l'infraction sur un plan égalitaire »⁸⁵. En ce sens, la peine « rétablit la voie du droit provisoirement rompue par la commission de l'infraction »⁸⁶. Le législateur n'a jamais clairement défini la notion de peine de ce fait elle doit être exclusivement perçue comme appartenant à la matière pénale et définie par ses caractères afflictif et infamant⁸⁷ et comme « la rançon de l'acte antisocial commis »⁸⁸. À cet égard et au regard des principes fondamentaux de la responsabilité pénale, la peine sanctionne la commission d'un acte et la reconnaissance d'une imputabilité⁸⁹ et d'une culpabilité⁹⁰. La peine est une sanction pénale infligée au délinquant en réponse à l'infraction qu'il a commise permettant alors d'assurer la protection de la société contre l'inobservation des règles de conduite établies⁹¹. La peine risque de rester « en quête de sens »⁹², tant en quête de signification qu'en quête de justification⁹³. « Si la Cour européenne des droits de l'homme s'attache dans sa jurisprudence à contrôler la légalité et la proportionnalité des sanctions pénales qui lui sont soumises, elle n'a jamais été amenée à se prononcer sur le sens et les fonctions de la peine. [...] Sans définir explicitement le sens et les fonctions de la peine, l'ensemble des dispositions constitutionnelles

⁸⁵ Y. JEANCLOIS, *La peine, miroir de la justice*, op. cit.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ V. E. BONIS-GARÇON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, 2^e éd., coll. Manuel, Lexis Nexis, 2015, p. 31 s. ; E. BONIS-GARÇON, « L'identification de la sanction pénale. Le point de vue du pénaliste », in *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal*, F. HOURQUEBIE et V. PELTIER (ss la dir.), coll. Actes et Études, Cujas, 2013, p. 144 ; C. GHICA-LEMARCHAND, « Le sens de la peine », in *Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, S. BOUSSARD (ss la dir.), Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2013, p. 71 s., spéc. p. 89.

⁸⁸ B. BOULOC, *Droit de l'exécution des peines*, B. BOULOC, 5^e éd., Dalloz, 2017, p. 5.p. 5.

⁸⁹ Un individu peut être coupable mais pas nécessairement responsable dans la mesure où l'imputabilité n'est pas reconnue. En effet, il convient de rappeler qu'il existe des causes objectives d'irresponsabilité : l'ordre ou l'autorisation de la loi, le commandement de l'autorité légitime, la légitime défense, l'état de nécessité, et des causes subjectives d'irresponsabilité : le trouble psychique ou neuropsychique, la contrainte, l'erreur de droit, la minorité d'irresponsabilité. De ce fait, la volonté et la conscience de commettre l'acte sont absentes lorsqu'il y a irresponsabilité.

⁹⁰ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 5^e éd., coll. Droit fondamental, PUF, 2015.

⁹¹ D. FASSIN, « Punir, une passion contemporaine », RSC 2017, p. 432. Selon cet auteur, « le châtement n'est aucunement la restauration d'un ordre social juste, mais au contraire il favorise la réitération des infractions, conduit à punir à l'excès, à sanctionner en fonction du statut du coupable plus que de la gravité de l'infraction et il vise certaines catégories de la société définies comme punissables ».

⁹² Y. BAREL, *La quête du sens. Comment l'esprit vient à la cité*, coll. Empreintes, éd. Le Seuil, 1987.

⁹³ M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine, entre mythe et mystification*, publication des facultés universitaires de Saint louis, Bruxelles, 2009, p. 19 ; V. aussi, M. DELMAS-MARTY, « La "matière pénale" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal », RSC 1987, p. 837 ; V. aussi, C. ATIAS, *Philosophie du droit*, PUF, coll. Thémis, 4^e éd., 2016.

et européennes dessinent [sic], en creux, le sens d'une pénalité attachée à l'idée de légalité, de proportionnalité de la répression et d'amendement de la personne condamnée »⁹⁴.

L'appellation de peine perpétuelle varie selon les législations. La « *perpétuité* » s'assimile à « *perpetuitas* » en latin. Le terme même de « *perpétuité* » fait référence « *au caractère de ce qui est perpétuel* »⁹⁵. Ce terme renvoie alors à « *perpétuel* » qui signifie « *à vie, destiné à durer autant que la vie de la personne concernée* »⁹⁶. Aussi ces notions évoquent un infini relatif. « *L'éternité est sans mesure, comment pourrions-nous en parler ?* »⁹⁷. L'étymologie du terme « *perpétuité* » révèle un oxymore dans la mesure où il s'agit de définir une durée elle-même indéfinie. La peine perpétuelle est la sanction punitive entraînant l'incarcération en principe définitive de l'auteur d'un crime. La définition de la « *perpétuité* » permet de préciser qu'il y a une contradiction dans le sens où même si la perpétuité est initialement considérée comme infinie, elle n'est pas exclusive d'une interruption ou d'une fin. L'usage de ce terme s'est alors progressivement éloigné d'un infini absolu. Par ailleurs, il est nécessaire de confronter la peine perpétuelle aux mesures de sûreté qui peuvent être perpétuelles, mais n'ont pas de caractère définitif. En effet, « *la mesure de sûreté est fondée seulement sur la dangerosité du sujet et présente un caractère préventif alors que la peine perpétuelle a pour base une faute et tend à la punition du coupable* »⁹⁸. La distinction entre peine et mesures de sûreté n'est pas toujours aisée à établir au regard de la doctrine⁹⁹ et des décisions de la Chambre criminelle¹⁰⁰. La mesure de sûreté peut être prononcée afin de prévenir un état dangereux avant qu'une nouvelle infraction ne soit commise. La peine est une réponse pénale à la commission de l'infraction au regard du principe de la légalité criminelle¹⁰¹. De plus, il apparaît que la mesure de rétention de sûreté peut contrevenir à ce principe dans la mesure où « *la peine infligée pour la commission d'une infraction a été exécutée par l'ancien condamné et alors qu'il n'en a pas commis de nouvelle,*

⁹⁴ Étude d'impact, Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines (NOR : JUSX1322682L/Bleue-1), 7 oct. 2013, p. 16.

⁹⁵ V. occ. « *Perpétuité* » in *Vocabulaire juridique G. CORNU, op.cit*, p. 652.

⁹⁶ V. occ. « *Perpétuel* » in *Vocabulaire juridique G. CORNU, op.cit*, p. 651.

⁹⁷ L. GAUTHIER, *Voyage en Irlande avec un parapluie*, Montréal, VLB, 1984, éd. de l'homme, 1994.

⁹⁸ J. PRADEL, « La peine perpétuelle en droit comparé, », in *La Perpétuité perpétuelle, Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, Y. LECUYER (ss. la dir.), PUR 2012, p. 40 et s.

⁹⁹ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd., Cujas, 1981, not. p. 230 et s.

¹⁰⁰ Crim. 21 janv. 2009, *Bull. crim.* n° 24, D. 2009, p. 1111, note H. MATSOPOULOU ; RPDP 2009, pp. 147-149, obs. X. PIN (ces deux auteurs penchent en faveur de la qualification de peine). Crim. 16 décembre 2009, *Bull. crim.* n° 216, RPDP 2010, pp 122-123, obs. J.-Y. CHEVALIER ; D. 2010, p. 471, note J. PRADEL (ces deux auteurs considèrent que ces sanctions sont des mesures de sûreté, d'où leur application rétroactive).

¹⁰¹ A. GIUDICELLI, « Le principe de la légalité en droit pénal français », RSC 2007, p. 509.

de sorte que la société n'a plus rien à lui reprocher hormis sa dangerosité »¹⁰². Aussi, il est nécessaire de prévenir le renouvellement des infractions et de lutter contre la récidive¹⁰³. À cet égard, la privation de liberté peut alors en termes de gravité¹⁰⁴ se traduire par la privation perpétuelle de liberté. Par conséquent, la perpétuité peut être « *directement la mesure de la peine, mais peut également être l'une des modalités d'exécution* »¹⁰⁵.

III. LES QUESTIONNEMENTS ACTUELS SOUTENUS

6. Les prescriptions de la Cour européenne des droits de l'homme révèlent une question récurrente à laquelle doit répondre ladite Cour relevant de la compatibilité des peines à durée indéterminée avec la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰⁶. La première fois en 1978, lorsque la Commission fut confrontée à une telle question, elle répondit par la négative¹⁰⁷. Par la suite, la Cour a maintenu sa position concernant l'emprisonnement perpétuel et a dû se prononcer sur la perpétuité incompressible¹⁰⁸. La Cour resta longtemps « *circonspecte* »¹⁰⁹. Le temps était alors venu « *d'adopter une jurisprudence claire retenant le caractère inacceptable des peines incompressibles en Europe* »¹¹⁰. En 2008, la Cour dans l'arrêt *Kafkaris c/ Chypre*¹¹¹ a précisé que « *pour qu'une peine [fût] qualifiée de compressible, le système devait simplement accommoder une perspective de libération. Cela suffisait pour*

¹⁰² E. BONIS-GARÇON et V. PELTIER, *Droit de la peine, op. cit.*, p. 7.

¹⁰³ *Ibid.* Les auteurs affirment que « *La prévention du renouvellement des infractions, autrement dit la lutte contre la récidive, reste la caractéristique première de la mesure de sûreté* ».

¹⁰⁴ J. PRADEL, « Rapport introductif - Le droit de l'exécution des peines : une jurisprudence en mouvement », RDP, Numéro spécial 2007, p. 7, spéc. p. 8.

¹⁰⁵ C. MARIE, « Constats et réflexions autour de la notion de peine perpétuelle », in *La Perpétuité perpétuelle, Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, Y. LECUYER (ss la dir.), PUR 2012, p. 19.

¹⁰⁶ L.-E. PETTITI, « Conventionnalité d'une peine perpétuelle obligatoire », RSC 1994, p. 796.

¹⁰⁷ Comm.EDH, 6 mai 1978, *Kotälla c/ Pays-Bas*, n° 7994/77 ; DR 14, p. 238 s. La Cour a indiqué que « *toute peine d'emprisonnement régulièrement infligée peut soulever un problème sous l'angle de l'article 3 par la manière dont elle est exécutée et par sa durée* ».

¹⁰⁸ CEDH, 3 juill. 2001, *Nivette c/ France*, n° 44190/98, Rec. 2001 – VII ; RDP 2009, p. 901, obs. F. SUDRE ; CEDH, 16 oct. 2001, *Einhorn c/ France*, n° 71555/01. La Cour a indiqué que « *elle n'exclut pas que la condamnation d'une personne à une peine perpétuelle incompressible pût poser une question sous l'angle de l'article 3 de la Convention* » ; CEDH, 12 déc. 2002, *Stanford c/ Royaume-Uni*, n° 73299/01 ; CEDH, 16 oct. 2003, *Wynne c/ Royaume-Uni*, n° 67385/01, RSC 2004, p. 165, obs. F. MASSIAS.

¹⁰⁹ V. VASILIKI et D. VAN ZYL SMIT, « Réhabilitation et perspective de libération pour toute personne condamnée à la réclusion à perpétuité », AJ pénal 2016, p. 322.

¹¹⁰ D. VAN ZYL SMIT, « L'Europe à la veille de rendre illicite les peines incompressibles », in *La Perpétuité perpétuelle, Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, Y. LECUYER (ss la dir.), PUR 2012, p.103.

¹¹¹ CEDH, 12 fév. 2008, *Kafkaris c/ Chypre*, n° 21906/04, RSC 2008, p. 692, chron. J.-P. MARGUENAUD et D. ROETS ; RSC 2009, p. 431, obs. P. PONCELA ; RDP 2009, p. 901, obs. F. SUDRE ; Dr. pén. 2009, p. 19, obs. E. DREYER.

satisfaire la Cour, "même lorsque la possibilité d'une libération conditionnelle des détenus purgeant une peine perpétuelle était limitée" ». Puis cette logique strasbourgeoise a été reprise lors de l'arrêt *Vinter et autres c/ Royaume-Uni*¹¹², lequel a marqué un tournant, car la Cour a déclaré que « tout détenu condamné à la perpétuité réelle devait avoir au moins une perspective de libération, mais aussi qu'il avait le droit de savoir, dès le début de sa peine, ce qu'il devait faire pour que sa libération [fût] envisagée et ce qu'étaient les conditions applicables. Il avait le droit, notamment de connaître le moment où le réexamen de sa peine aurait lieu ou pourrait être sollicité ». La perpétuité incompressible devenait alors une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Puis dans l'arrêt *Murray c/ Pays-Bas*¹¹³, la Grande Chambre a apporté une précision sur les conditions formelles qu'une peine d'emprisonnement à perpétuité doit remplir afin de se conformer à l'article 3 de la Convention. « Une peine d'emprisonnement à perpétuité doit offrir à la fois une chance d'élargissement et une possibilité de réexamen, les deux devant exister dès le prononcé de la peine ». Le 17 janvier 2017, la Grande chambre s'est prononcée une nouvelle fois à l'occasion de l'affaire *Hutchinson c/ Royaume-Uni*¹¹⁴. Ladite Cour a rappelé que « la Convention n'interdit pas d'infliger une peine d'emprisonnement à vie à une personne condamnée pour une infraction particulièrement grave ». Il a été néanmoins confirmé le principe selon lequel, « pareille peine doit offrir une perspective d'élargissement et une possibilité de réexamen ». La particularité apportée par la Cour européenne des droits de l'homme quant à la législation du Royaume-Uni implique que cette dernière ait conclu que les peines de perpétuité réelle au Royaume-Uni pouvaient désormais être conformes à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la mesure où un réexamen de la situation du condamné était possible. Le questionnement relève donc du fait de savoir si la faculté offerte de libérer un détenu condamné à la perpétuité réelle suffit à rendre cette peine juridiquement et concrètement compressible.

La peine perpétuelle trouve en l'écho du droit de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales un intérêt remarquable. Tout d'abord, la nouveauté que propose le sujet s'identifie dans le positionnement de la problématique au centre du contexte de la jurisprudence européenne. Tant par les tendances politiques que les garde-fous juridiques, le thème de la perpétuité permet de confronter les systèmes de droit

¹¹² CEDH, Gde ch., 9 juill. 2013, *Vinter c/ Royaume-Uni*, préc.

¹¹³ CEDH, Gde ch., 26 avr. 2016, *Murray c/ Pays-Bas*, préc.

¹¹⁴ CEDH, Gde ch. 17 jan. 2017, *Hutchinson c/ Royaume-Uni*, préc. ; N. DEVOUEZE, « Royaume-Uni : Conformité du réexamen des peines de perpétuité réelle avec la convention européenne », D. Actu. 1er févr. 2017.

étalonnés par le juge européen. Les analyses du droit pénal général, de la procédure pénale ainsi que du droit pénal post-sentenciel s'avèrent être rassemblées autour de la thématique de la réclusion à perpétuité et participent à une analyse complète. L'intérêt théorique est évidemment porté au-devant de l'observation. Celle-ci s'attarde en effet sur les nouveaux critères donnés par la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'atteinte, et subséquemment, de préservation des droits fondamentaux. Ensuite, cette analyse permet également de voir dans quelle mesure l'application des règles attendues pour une sanction pénale classique peut être reconduite sur une peine de réclusion à perpétuité. En ce sens, des vertus prospectives sont portées par la thématique quant à l'adéquation du droit pénal national français eu égard des directions données par la Cour européenne des droits de l'homme alimentant la jurisprudence européenne¹¹⁵. Cette prospection s'étend alors sur les tenants pratiques que le sujet induit concernant l'efficacité des procédés mis en place dans le système de droit français et de leur adéquation avec les contraintes et l'encadrement de la réclusion à perpétuité. Cette dernière est guidée par l'évaluation du respect des droits, de l'efficacité de la loi telle qu'elle est rédigée pour l'heure ainsi que de celle qu'il serait souhaitable de voir écrite, et de l'efficace conduite par la rencontre de l'effectivité et de l'efficacité précitées. L'effectivité des arrêts se définit par « *le caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement* »¹¹⁶. Ce qui renvoie en ce sens à l'application, la mise en œuvre, la réalisation, l'exécution des arrêts. « *La métarègle qui gouverne la jurisprudence de la Cour de Strasbourg est donc le souci de conférer au système et aux droits garantis l'effectivité* »¹¹⁷. À cet égard, il conviendra de préciser que la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas attendu la procédure dite de « *l'arrêt pilote* »¹¹⁸ afin de préconiser à l'État condamné l'adoption de mesures de portée générale. Néanmoins, ladite procédure « *est terriblement réductrice puisqu'elle paraît limiter le pouvoir de la Cour de prescrire des mesures de portée générale à la seule hypothèse des affaires répétitives. Or l'enjeu de l'ordre public européen n'est pas là, il est de rendre des arrêts de principe - quand même ceux-ci ne concerneraient pas un contentieux de masse - par lesquels la Cour indique clairement à l'État*

¹¹⁵ J.-P. MARGUENAUD), *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, Mission de recherche « Droit et justice », La Documentation française, 2001, p. 228.

¹¹⁶ V. occ. « *Effectivité* », in *Vocabulaire juridique* G. CORNU, *op. cit.*, p. 323.

¹¹⁷ F. OST, « *Originalité des méthodes d'interprétation de la CEDH* », in *Raisonner la raison d'État*, M. DELMAS MARTY (ss la dir.), PUF, 1989, p. 410.

¹¹⁸ L. SERMET, « *L'absolue clarté de la notion prétorienne d'arrêt pilote* », *RGDIP* 2007, p. 863 ; E. LAMBERT ABDELGAWAD, « *La Cour européenne au secours du Comité des ministres pour une meilleure exécution des arrêts pilote* », *RTDH* 2005, pp. 203-224.

les mesures législatives qu'il doit prendre afin de mettre son droit interne en harmonie avec les exigences européennes »¹¹⁹.

7. En janvier 2006, la joute médiatique opposant Pascal Clément¹²⁰, garde des Sceaux, à un groupe de dix condamnés à perpétuité de la maison centrale de Clairvaux¹²¹ a constitué le paroxysme du débat concernant l'effectivité de la peine maximale du droit pénal français au regard du droit européen des droits de l'homme. La problématique repose sur la finalité de la réclusion criminelle à perpétuité, entre un droit ouvert à l'aménagement et une durée effective accrue par l'effet de très longues périodes de sûreté. Cette problématique générale de l'effectivité des exigences européennes conduit à adopter une démarche en deux temps. D'une part, la perpétuité est-elle et doit-elle rester perpétuelle ? Au regard du droit romain, les rapports entre pouvoirs publics et citoyens étaient réglementés, mais la perpétuité se prolongeait sans interruption et sans discontinuité. Toutefois, les compétences du prêteur à cette époque se définissaient pour un temps donné, c'est-à-dire que les règles qu'il déterminait pour l'administration de la justice ne s'appliquaient que durant la période où il exerçait ses fonctions. En d'autres termes, cela signifiait que la notion de durée perpétuelle pouvait être limitée dans le temps. En ce sens, dans la mesure où le droit romain pouvait mettre un terme à la perpétuité, la réclusion criminelle perpétuelle doit-elle de nos jours être sans limites bien définies ? À cet égard, il convient de préciser néanmoins qu'un temps d'épreuve minimum est requis afin de satisfaire aux exigences de rétribution et de prévention. D'autre part, la Convention européenne des droits de l'homme permet-elle de protéger efficacement une population vulnérable dans la mesure où les condamnés sont détenus, selon le verdict prononcé, à une peine à perpétuité ? Afin que le droit à la liberté ne soit pas un droit purement théorique pour une personne condamnée à perpétuité, il convient de préciser que la perpétuité

¹¹⁹ F. SUDRE, « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », RTDH 2008, p. 927.

¹²⁰ Déclaration de P. CLÉMENT, Ministre de la justice, Déplacement à la Maison centrale de Clairvaux, 31 janvier 2016. <http://www.vie-publique.fr/cdp/063000460.html>. « Je tiens à (...) répéter (...) que les condamnés ont vocation dans notre système pénal à être un jour libérés. Cela concerne également les condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité dès lors que les magistrats estiment qu'ils présentent des gages suffisants (...) ».

¹²¹ Communiqué du collectif des condamnés à perpétuité de Clairvaux le 16 janvier 2006. Cette réponse a été donnée suite à une pétition signée par dix réclusionnaires à perpétuité qui dénonçaient l'absence de perspective de libération à l'issue de leurs périodes de sûreté, réclamant ainsi le rétablissement effectif de la peine de mort. « Dès lors qu'on nous voue, en réalité, à une perpétuité réelle, sans aucune perspective effective de libération à l'issue de notre période de sûreté (...) sans espoirs d'aucun lendemain après bien plus de vingt années absolues ». www.prison.eu.org/IMG/doc/Communique_les_perpetuites_de_Clairvaux.doc.

ne doit pas être perpétuelle¹²². La réclusion criminelle à perpétuité doit être affectée d'un terme. Il serait opportun d'indiquer qu'il serait nécessaire de porter davantage d'intérêt aux législations excluant la peine perpétuelle ou à celles en déterminant le terme. Les sanctions pénales doivent alors être intégrées au sein de la Convention européenne des droits de l'homme. Or ladite Convention ne définit pas la peine perpétuelle. Seule la jurisprudence européenne apporte des précisions quant aux exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme au regard des sanctions pénales infligées aux détenus, mais seules sont stigmatisées les peines inhumaines et dégradantes. À cet égard, à partir du moment où il est admis que les exigences légitimes de la peine sont la réinsertion, un emprisonnement qui par sa nature met en péril cet objectif ne serait-il pas susceptible de constituer en lui-même un traitement inhumain et dégradant ? Cet instrument conventionnel revêt alors un caractère obligatoire dans la mesure où les États sont liés dès lors qu'ils ont ratifié les textes. Ladite Convention a pour objectif de protéger les droits de l'homme en organisant une garantie effective de ces droits. Si l'effectivité de la peine porte sur la fonction de réinsertion et de prévention de la récidive, elle se décline également sur sa fonction punitive dès son prononcé ou durant son exécution, en cas d'absence d'aménagement. Le souci d'effectivité conduit la Cour européenne des droits de l'homme à donner aux dispositions de l'instrument conventionnel tout son effet utile et à considérer qu'un certain nombre de notions figurant dans la Convention « *ne peuvent être interprétées par simple référence au droit interne de l'État défendeur - sauf à faire varier l'interprétation de la Convention au gré de ces qualifications juridiques nationales - mais doivent être dotées d'un sens "européen" valable pour tous les États contractants* »¹²³. Aucune disposition de la Convention ne prescrit aux États contractants une manière déterminée d'assurer dans leur droit interne l'application effective de cet instrument¹²⁴. En ce sens, par effectivité de la peine perpétuelle, il s'agira de voir la situation de la personne détenue ayant purgé son temps d'épreuve ou sa période de sûreté, mais ne bénéficiant d'aucun aménagement de peine, soit une peine « *dont l'exécution*

¹²² En d'autres termes, la réclusion criminelle à perpétuité doit être compressible. Elle doit être affectée d'un terme et offrir une possibilité d'élargissement. Cette phrase prononcée par Albert Camus : « *Nous n'en savons pas assez pour décréter que tel grand criminel soit ôté à son propre avenir, c'est-à-dire à notre commune chance de réparation* » afin de justifier l'abolition de la peine de mort aurait tout aussi bien pu être utilisée pour s'élever contre les peines perpétuelles incompressibles. Dans les deux contextes, c'est la question de la réintégration sociale du prisonnier qui est posée.

¹²³ F. SUDRE et H. SURREL, *Effectivité des droits*, Rép. intern. Dalloz, juillet 2017.

¹²⁴ En d'autres termes, cela signifie que l'insertion de la Convention dans l'ordre juridique national est demeurée pendant fort longtemps tributaire des règles, voire des traditions qui régissaient habituellement les rapports entre le droit interne et les traités.

devra tout simplement être conforme à son prononcé »¹²⁵. À cet égard, la peine perpétuelle n'en a que le nom, la détermination, dans la mesure où elle rejette les élargissements. Elle renvoie en effet davantage à une notion de fermeté de l'exécution du *quantum* qu'à une durée éternelle, infinie. Cette méconnaissance de la peine maximale de son terme à son régime juridique entretient le doute quant à son effectivité¹²⁶.

Le plan de la thèse se veut suivre la conception d'une peine, en particulier celle à perpétuité. Ce suivi est chronologique. À cet égard, il convient de souligner que cette chronologie ne retrace pas la chronologie du droit positif de la peine perpétuelle, mais la chronologie de la conception pratique et contemporaine d'une peine perpétuelle. Cette chronologie marque les temps de la conception, de la communication des charges desquelles la peine perpétuelle peut être prononcée, du jugement, de son exécution et enfin d'élargissements envisageables. La chronologie est ainsi voulue dans une démarche propédeutique. L'attribut principal de ce plan est l'intelligibilité, le suivi chronologique tel que défini permet prévisibilité et acquisition des savoirs afin de mobiliser ces derniers pour appréhender la suite du propos avec plus de facilité. En ce sens, la chronologie revêt un aspect pragmatique. De même, ce plan propose une meilleure lisibilité pour la recherche ultérieure d'informations à partir de la table des matières. Ce plan se veut donc pédagogique et présente toutefois d'autres intérêts d'analyse. Le regroupement d'informations par « *temps forts de la peine perpétuelle* » recoupe les divers pans du droit et de la politique tout en assurant une circonscription aux outils pertinents : droit pénal général, droit pénal spécial, procédure pénale, relations internationales et enjeux diplomatiques, droit post-sentenciel. Il peut, enfin être proposé une justification d'exclusion d'autres types de plan. Par exemple, le plan par thématiques assombrirait la lisibilité du sujet. Que les thématiques eurent été triées par droits européens invoqués (protection contre les traitements inhumains et dégradants, droit au respect de la vie privée), par institutions sollicitées (intervenants au procès, juridictions, organismes gravitant autour des problématiques du réclusionnaire) ou encore par idéologies avancées dans la doctrine (en faveur de la peine perpétuelle, contre celle-ci, en faveur

¹²⁵ P. COUV RAT, « De la période de sûreté à la peine incompressible », RSC 1994, p. 356.

¹²⁶ Les pétitionnaires de Clairvaux sont-ils voués à une « *perpétuité réelle, sans aucune perspective effective de libération ?* » La position des pétitionnaires dénote de l'opinion publique qui pense davantage la perpétuité comme une peine indéterminée qu'infinie. Aussi R. BADINTER, suite au prononcé du verdict dans le procès de P. HENRI n'envisageait pas une perpétuité effective. Il affirme que : « *il appartenait désormais à l'univers pénitentiaire. Nous savions que la perpétuité n'existait que dans les codes. Mais combien de décennies s'écouleraient avant qu'il puisse quitter la prison ?* ». R. BADINTER, *L'abolition*. Fayard, 2000, p. 122.

d'aménagement ou au contraire de plus de sévérité), ces types de découpages auraient rompu la dynamique souhaitée, que l'accompagnement chronologique asseyant la conception de la peine jusqu'à la fin de son exécution offre. L'organisation du plan par de telles thématiques aurait en effet induit la nécessité d'un rappel récurrent des diverses notions invoquées aux fins de chaque démonstration. Les ancrages théoriques occasionnés par chaque thématique étant indépendants, ces derniers auraient sollicité des lourdeurs introductives pour assurer la compréhension des enjeux qui, au final, auraient juré par leur importance quantitative avec l'importance qualitative de la démonstration. Quand le plan par thématiques engluerait la démonstration dans des rappels évitables, le plan chronologique maintient la dynamique de démonstration en se fondant sur les prérequis démontrés au fil de l'analyse. L'équilibre résultant, entre peine prononcée et peine exécutée, s'est avéré alors le plus approprié au confort de la consultation de cette thèse.

La terminologie incertaine de la peine perpétuelle entretient des paradoxes. Si l'effectivité de la peine porte sur la fonction de réinsertion et de prévention de la récidive, elle se décline également sur sa fonction punitive dès son prononcé ou durant son exécution, en cas d'absence d'aménagement. Une peine d'emprisonnement à perpétuité doit offrir à la fois une chance d'élargissement et une possibilité de réexamen, les deux devant exister dès le prononcé de la peine. Les deux situations sont alors au cœur de la conventionnalité justifiant de faire état de la « *peine perpétuelle prononcée* » et de la « *peine perpétuelle exécutée* » dans la mesure où la Cour européenne des droits de l'homme impose aux juridictions étatiques un encadrement afin d'assurer la meilleure considération des droits de l'individu sanctionné d'une réclusion à perpétuité, et cela dès le prononcé de la peine. La peine perpétuelle prononcée pose en effet la question de savoir si en soi la peine de perpétuité est conforme ou non à la Convention. La question est actuellement réglée par la Cour européenne des droits de l'homme qui estime qu'en soi la perpétuité n'est pas contraire à la Convention. Le débat n'est pas clos pour autant. Ceci étant la difficulté étant actuellement réglée, la question se déporte sur les modalités d'exécution de cette peine dans la mesure où c'est ce point qui permettra de préciser si les exigences européennes sont respectées. Soit les modalités imposées par la Cour européenne sont respectées et il y a une véritable possibilité de libération et cela ne pose alors pas de difficultés. Soit la sortie est théorique et le condamné à la perpétuité ne bénéficie d'aucun aménagement de peine. En ce sens, le paradoxe est à analyser. D'abord, parce que le prononcé de la peine nécessite au préalable d'en examiner l'existence légale. L'observation de ce dernier est divisée en une analyse des objectifs et des effets escomptés de la peine, à la fois

rétributive et réparatrice, et en une évaluation de l'effectivité de la peine, une sanction consacrée et modérée par le droit européen. La notion d'effectivité de la peine perpétuelle entretient l'incertitude. Une norme est dite effective quand elle est observée et appliquée par ses destinataires. L'effectivité mesure alors l'écart entre le droit et ses effets. Cette première partie tend à cerner l'encadrement que la Cour européenne des droits de l'homme impose aux juridictions étatiques afin d'assurer la meilleure considération des droits de l'individu susceptible d'être sanctionné d'une réclusion à perpétuité. Cet encadrement est de fait le résultat d'une observation des philosophies tenantes de la peine générale et de la peine perpétuelle, celles-ci étant distillées par la Cour européenne des droits de l'homme pour en rendre une application limitée par le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Partie 1). Ensuite, parce que l'exécution de la peine perpétuelle n'est pas observée de sorte à savoir si la peine a été mise à exécution, mais de quelle manière celle-ci a été exécutée au regard des exigences de la Cour européenne des droits de l'homme. Son efficacité est entrevue de manière prospective du fait du manque de recul sur les effets tangibles d'une telle peine sur les réclusionnaires¹²⁷. Entre effectivité du respect des règles européennes et efficacité des moyens alloués à l'exécution de cette peine, l'efficience s'introduit dans l'analyse. Cette deuxième partie invite en effet à s'interroger sur les questions qui surgissent au cours de l'exécution de la peine, telles que la durée minimale d'emprisonnement qui doit être assurée face aux règles d'élargissement qui pourraient être invoquées par l'individu ou encore la prise en compte de la dangerosité du réclusionnaire pour faire suite à de telles demandes d'élargissement. Le vécu de la peine se poursuit par une analyse de la coopération internationale à l'heure du transfèrement de l'individu. Enfin, le respect des droits substantiels et une analyse des garants de ces droits durant l'exécution de la peine amorcent la pierre d'achoppement que peut soulever cette étude. C'est la raison pour laquelle, la peine perpétuelle tend à s'interroger sur son efficience quant à son exécution (Partie 2).

Partie 1. La peine perpétuelle prononcée

Partie 2. La peine perpétuelle exécutée

¹²⁷ M. DELMAS-MARTY, « Sécurité et dangerosité », RFDA 2011, p. 1096 s.

PARTIE 1

LA PEINE PERPÉTUELLE PRONONCÉE

*« L'insécurité, l'électeur et l'homme
délinquant sont les trois
soucis inconciliables du législateur ».*

Christine LAZERGES¹²⁸.

8. La réclusion criminelle à perpétuité est source d'ambiguïté, de sa terminologie à son régime juridique. À l'appréciation de la « *perpétuité* »¹²⁹, il convient de rappeler que cela désigne « *une durée infinie ou indéfinie* »¹³⁰. Par la suite la « *perpétuité* » a été employée par extension pour qualifier « *une durée très longue et sans interruption* »¹³¹. Le terme perpétuité s'est alors éloigné de manière progressive d'un « *infini absolu et n'est plus exclusif d'une fin* ». La loi du 1^{er} février 1994¹³² instaurant « *une peine incompressible* » a marqué une rupture et a tenté de réaffirmer le caractère infini de la réclusion criminelle à perpétuité en instaurant une perpétuité réelle excluant toute possibilité d'aménagement. Aussi si l'une des fonctions de la peine est d'empêcher le condamné de récidiver, une question se pose quant au rôle dissuasif que le prononcé de celle-ci peut avoir sur de potentiels auteurs de crimes semblables. « *Certains sont persuadés que ces derniers sachant qu'ils se verront en pareille situation condamnés à la peine maximum hésiteront avant d'agir ; d'autres pensent au contraire que la perspective du châtement encouru est sans influence sur la détermination du criminel, qui est bien loin de penser au moment du passage à l'acte à la peine qu'il risque en*

¹²⁸ C. LAZERGES, *Introduction à la politique criminelle*, Traité de sciences criminelles, L'Harmattan, 2000, p. 64.

¹²⁹ A. REY, *Dictionnaire culturel en langue française*, Le Robert T. III – 2005.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.*

¹³² Loi n° 94-89 du 1^{er} fév. 1994, dite *Loi Méhaignerie*.

cas d'arrestation »¹³³. En ce sens, la peine se caractérise à la fois par sa nature rétributive et par sa nature réparatrice.

Dans une démocratie qui, depuis plus de deux siècles, fait systématiquement référence à l'humanisme des philosophes des lumières, « *le but de la peine ne saurait être la seule punition par l'élimination* »¹³⁴. Pour ce faire, la peine perpétuelle doit être consacrée¹³⁵. La finalité du prononcé de « *la sanction pénale doit être aussi, et surtout, la préparation à la réinsertion*¹³⁶ de celui à laquelle on l'inflige »¹³⁷. Sa consécration soulève alors des interrogations quant à son effectivité et son efficacité. Le prononcé d'une réclusion criminelle à perpétuité efface par sa définition même toute idée de réinsertion sérieuse en jetant le condamné dans un désespoir sans fin. À cet égard, il conviendra d'appréhender la réalité de la peine perpétuelle (Titre 1) et d'appréhender la consécration de cette dernière en analysant son effectivité et son efficacité (Titre 2).

¹³³ A.-M. BAUDON, « La réclusion criminelle à perpétuité vue par un magistrat », in *La Perpétuité perpétuelle, Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, Y. LECUYER (ss la dir.), PUR 2012, p. 157.

¹³⁴ J.-P. CHANTECAILLE, « La réclusion criminelle à perpétuité : le désespoir programmé », in *La Perpétuité perpétuelle, Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, Y. LECUYER (ss la dir.), PUR 2012, p. 163.

¹³⁵ Déclaration du collectif « Octobre 2001 » à l'occasion du XX^e anniversaire de l'abolition de la peine de mort en France, Paris, 13 février 2001 - <http://histoire-sociale.univ-paris1.fr/Sem/ASAJ.htm>. Le Collectif s'opposant à la peine de mort a appelé « à une véritable réflexion comparative, au niveau européen, sur les peines prononcées pour les crimes les plus graves, et ce dans la perspective de définir ce qui devrait être la peine maximale encourue, le dernier échelon de l'échelle des peines en Europe ».

¹³⁶ V. *infra* n° 178.

¹³⁷ J.-P. CHANTECAILLE, « La réclusion criminelle à perpétuité : le désespoir programmé », *loc.cit.*

TITRE 1

LA RÉALITÉ DE LA PEINE PERPÉTUELLE

*« Le crime seul doit placer l'être
qui l'a commis hors de la considération sociale.*

Et le châtement doit l'y réintégrer ».

Simone WEIL¹³⁸.

9. La volonté du législateur est de mettre en place tous les moyens afin d'empêcher, si faire se peut, tout nouveau passage à l'acte. Pour autant, il est difficile de prévoir, « *d'anticiper les réactions possibles du condamné quand il sortira de prison après des années et des années d'incarcération* »¹³⁹. C'est ainsi que la peine remplit différentes fonctions dans la mesure où même en cas « *de pronostic sombre* »¹⁴⁰ du condamné au moment où la peine est prononcée, celle-ci doit pouvoir permettre à ce dernier de retrouver une vie libre au sein de la société. Il convient alors de faire preuve de prudence au regard de la particularité de la peine perpétuelle. Si l'une des fonctions de la peine est d'empêcher le condamné de récidiver¹⁴¹, la question qui semble opportune repose sur la connaissance de la portée du rôle dissuasif que le prononcé de la peine peut avoir sur de potentiels auteurs de crimes semblables. La préoccupation principale d'un État est la sécurité des citoyens. « *Sanctionner les atteintes à la sécurité par un droit pénal surdimensionné a longtemps pris le pas sur les droits des justiciables* »¹⁴². Les instruments de la Cour européenne des droits de l'homme renvoient la question de la protection des droits de l'homme face à la sanction pénale eu égard l'interprétation de leurs dispositions relatives à l'administration de la justice¹⁴³. De surcroît,

¹³⁸ S. WEIL, *L'enracinement*, Paris, Gallimard, coll. Idées, 1949, rééd. Gallimard, 1968, p. 21.

¹³⁹ A.-M. BAUDON, « La réclusion criminelle à perpétuité vue par un magistrat », *loc. cit.*, p. 157.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ V. *infra* n° 194.

¹⁴² K. VASAK, « Préface », in *La Perpétuité perpétuelle, Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, Y. LECUYER, (ss la dir.), PUR 2012, p. 11.

¹⁴³ *Ibid.* L'auteur précise que « *Même au Conseil de l'Europe, par excellence Maison de la Liberté, la coopération dans le domaine criminel a été au point de départ plus poussée que la construction d'institutions appelées à protéger les droits de l'homme* ».

« punir consiste à infliger des souffrances ou des désagréments »¹⁴⁴. Aussi, quel est le sens donné à la peine perpétuelle ? Pour être en mesure d'appréhender la réalité de la peine perpétuelle, il doit être réalisé une analyse de la nature rétributive de la peine perpétuelle (Chapitre 1) et de la nature réparatrice de la peine perpétuelle (Chapitre 2).

¹⁴⁴ D. FASSIN, « Punir, une passion contemporaine », *loc. cit.*

CHAPITRE 1

LA NATURE RÉTRIBUTIVE DE LA PEINE PERPÉTUELLE

10. Le *rétributivisme* indique que l'accomplissement de l'infraction pénale constitue la condition à la fois nécessaire et suffisante pour justifier la peine, de même que la nature et la gravité de l'infraction constituent les seuls critères permettant de justifier la nature et l'intensité de la sanction pénale. L'idée que la peine puisse être de nature rétributive est ancienne. Les théories utilitaristes de la prévention ainsi que les doctrines de la défense sociale ont tenté de l'éclipser progressivement,¹⁴⁵ mais la nature rétributive de la peine est restée figée. La politique pénale des États-Unis illustre cette réapparition récente. En effet, il a été développé aux États-Unis, au milieu des années 1970, le « *justice model* » ou la théorie du « *just desert* » en matière pénale¹⁴⁶. En d'autres termes, la rétribution se fonde sur une idée certaine de la justice consistant en ce qu'un mal inhérent à une action appelle un bien correspondant à titre de récompense¹⁴⁷. La rétribution pourrait être définie comme « *ce que l'on donne en échange de ce que l'on reçoit* ». En d'autres termes, la peine rétributive sera celle qui sera donnée en échange d'un crime¹⁴⁸. L'idée de rétribution suppose le respect de l'équivalence entre l'infraction et la peine. La rétribution est guidée par un souci de « *justice et par la volonté de rétablir l'équilibre rompu par l'infraction* »¹⁴⁹. Il est nécessaire d'évaluer l'acte considéré en lui-même. Il ne s'agit pas en effet de s'attacher aux conséquences de l'acte même si ces dernières peuvent être prises en considération afin de déterminer l'illicéité et la gravité de l'acte. Il ne s'agit pas non plus de s'attacher à l'individu, encore que la responsabilité morale de ce dernier puisse être appréciée quant à la faute. L'approche rétributive, ainsi, entend justifier « *la prise en compte d'un mal consommé* » en raison de l'accomplissement même de l'infraction.

¹⁴⁵ P. PONCELA, « Eclipses et réapparition de la rétribution en droit pénal », in *Rétribution et justice pénale*, Paris, PUF, 1983, p. 11 et s.

¹⁴⁶ D. FOGEL, « ...We are the living proof... », in *The justice Model for Corrections*, Cincinnati, W.H. Anderson, 1975.

¹⁴⁷ H. KELSEN, « Justice et droit naturel », in *Le droit naturel, Annales de philosophie politique*, t. III, Paris, 1959, p. 28 ; M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, R. PICHON et R. DURAND-AUZIAS, 1960, p. 109.

¹⁴⁸ M. CUSSON, « Le sens de la peine et la rétribution », *Rev. int. crim. pol. tech.*, 1985, n° 3, p. 277.

¹⁴⁹ J.-P. CÉRÉ, *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*, *op cit.*, p. 22.

Concernant la nature et les contours de la peine¹⁵⁰, il apparaît difficile de dégager un critère unique permettant de la caractériser et de la distinguer de manière tranchée. Les recherches étymologiques ne permettent pas d'apporter une définition précise. Comme indiqué précédemment, le terme « *peine* » peut désigner le « *prix d'un meurtre* », le « *prix du sang* » ou « *la rançon destinée à racheter un meurtre* », une « *expiation* », une « *vengeance* », un « *châtiment* »¹⁵¹. Ces notions renvoient ainsi à la notion rétributive de la peine. La rétribution est guidée par un souci de justice et par la volonté de rétablir l'équilibre rompu par l'infraction. « *Aussi, bien qu'elle appelle une certaine concordance de la réaction avec le trouble provoqué, le lien entre son caractère rétributif et la vengeance a pu parfois paraître bien tenu* »¹⁵². Par ailleurs, au regard des principes fondamentaux de la responsabilité pénale, la peine sanctionne la commission d'un acte et la reconnaissance d'une imputabilité et d'une culpabilité. La peine est une sanction pénale infligée au délinquant en réponse à l'infraction qu'il a commise. Elle permet d'assurer la protection de la société contre l'inobservation des règles de conduite établies. À cet égard comment peut être appréhendée la peine perpétuelle ? L'idée première est celle selon laquelle la peine est inspirée pendant longtemps par une connotation rétributive, procédant de l'idée selon laquelle le malfaiteur devait subir une souffrance censée répondre au trouble causé. C'est ainsi que le domaine de la peine s'appréhende par la fonction de rétribution de la peine. La rétribution est guidée par un souci de justice et par la volonté de rétablir l'équilibre rompu par l'infraction. La peine doit être afflictive¹⁵³. Plus précisément, les peines afflictives désignent « *celles qui tendent à détruire le corps, ou à l'affliger de quelque manière, soit par la mutilation de ses membres, soit par l'état violent ou elles le réduisent* »¹⁵⁴. La peine afflictive « *procure au condamné une souffrance graduée en fonction de la gravité de l'infraction commise* »¹⁵⁵. En effet, « *la peine doit être proportionnelle au crime* », donc tout crime exige une peine afflictive proportionnelle au mal causé par le crime. La peine perpétuelle implique à la fois une

¹⁵⁰ B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit.

¹⁵¹ V. MAGNIEN et M. LACROIX, *Dictionnaire grec-français*, op. cit. ; A. BAILLY, *Dictionnaire grec-français*, op. cit. ; F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin-français*, op. cit.

¹⁵² M. CUSSON, *Pourquoi punir ?*, op. cit.

¹⁵³ J.P. CÉRÉ, *Sur la peine afflictive : les châtiments corporels imposés publiquement, permettent de traduire au grand jour toute la part de symbolique contenue dans ce mode affiché de répression*, Rep. pén. 2017.

¹⁵⁴ P.-J. MUYART DE VOUGLANS, *Institutes du droit criminel ou principes généraux en ces matières suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume. Avec un traité particulier des crimes*, Paris, Le Breton Imprimeur du Roi, 1757. L'auteur semble, néanmoins, apporter une nuance à la qualification de peines « *afflictives* » qui était réservée aux peines qui tendent à priver l'homme de sa liberté.

¹⁵⁵ L. DE CARBONNIÈRES, V. « *Peine* » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 1^{ère} éd., PUF, 2003, pp. 1138-1141.

souffrance morale se traduisant à travers une atteinte à la liberté de mouvement, mais également une souffrance matérielle se traduisant par une privation d'argent.

La peine privative de liberté perpétuelle est la plus sévère depuis l'abolition de la peine de mort dans un très grand nombre de législations. Ainsi, vont apparaître deux distinctions fondamentales. D'une part, il sera fait état de l'élimination définitive de délinquants présumés très dangereux de par la nature même de la fonction rétributive de la peine perpétuelle. D'autre part, il sera fait état de l'idée de resocialisation, d'humanisation. À cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que la Chambre criminelle précisent que la peine perpétuelle ne constitue pas une peine inhumaine ou dégradante au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dès lors qu'au terme d'une certaine période elle peut cesser¹⁵⁶. Le contrôle judiciaire de la Convention européenne des droits de l'homme a été complété et renforcé par un mécanisme non judiciaire à caractère préventif avec l'instauration de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants¹⁵⁷. Le « *coupable* » doit subir un mal proportionné à celui qu'il a causé à la société. Mais cette vision de la peine suppose que le condamné soit suffisamment doué de raison pour évaluer avec conscience le poids de sa faute. Il est ainsi nécessaire de déterminer le domaine de la peine rétributive (section 1) ainsi que les effets de cette dernière (section 2).

¹⁵⁶ CEDH, 11 avr. 2006, *Léger c/ France*, n° 19324/02, D. 2006, p. 1800, note J.-P. CÉRÉ ; AJ pénal 2006, p. 258, obs. ENDERLIN ; RSC 2007, p. 134, obs. F. MASSIAS ; D. 2009, p. 1453 s., obs. J.-F RENUCCI ; JDI 2007, p. 716, obs. E. DELAPLACE ; JCP 2006-I-164, n°2, obs. F. SUDRE. Crim., 20 janv. 2010, *Bull. crim.* n° 14 ; D. 2010, p. 585 ; Procédures 2010, n° 140, obs. J. BUISSON ; AJ pénal 2010, p. 252, obs. G. ROYER.

¹⁵⁷ E. DECAUX, « La Convention européenne pour la prévention de la torture », AFDI, 1988, n° 34, pp. 618-633.

Section 1

Le domaine de la peine rétributive

11. Il est difficile de définir précisément la sanction pénale. Seulement une définition partielle peut être donnée prenant en compte le critère apparemment le plus simple pour déterminer si une mesure a un caractère pénal ou non. De ce fait, il convient pour déterminer si une mesure a un caractère pénal ou non d'établir si cette dernière réside dans la qualification juridique qui lui est donnée par le système juridique auquel elle appartient. Ainsi la prise en compte de ce critère apparaît dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Depuis l'arrêt *Engel*¹⁵⁸, la Cour a en effet affirmé que, pour résoudre la question de savoir si une accusation relève de la « *matière pénale* » au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, « *il importe d'abord de savoir si le ou les textes définissant l'infraction incriminée appartiennent, d'après la technique juridique de l'État défendeur au droit pénal* »¹⁵⁹. Il convient alors de préciser que la peine perpétuelle signifie rarement l'incarcération pour le reste de la vie de la personne. La perpétuité est ainsi liée à un *quantum* temporel. Chaque peine doit prévenir et punir. Aussi les peines perpétuelles répondent-elles aux critères de prévention et de punition ? Il existe dans l'histoire des peines des fonctions traditionnelles qui encadrent toujours le droit « *plus ou moins remodelées selon les époques* »¹⁶⁰. Le domaine de la peine rétributive se traduit par l'étendue morale (§ 1) ainsi que par la moralisation entendue (§ 2).

§ 1. L'étendue morale de la peine

12. En dehors de la peine de mort abolie le 18 septembre 1981 en France, le désir d'éliminer de la société un délinquant a existé sous des formes diverses à toutes les époques et dans toutes les sociétés. La détermination de la peine perpétuelle implique de s'intéresser au sens de cette peine ainsi qu'à la fonction de cette dernière¹⁶¹. La peine rétributive ou plus

¹⁵⁸ CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c/ Pays-Bas*, n° 5100/71, Série A, n° 22, CDE 1978, p. 364, chron. G. COHEN-JONATHAN ; JDI 1978, p. 695, obs. P. ROLLAND.

¹⁵⁹ CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c/ Pays-Bas*, préc. ; CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Felle c/ Royaume-Uni*, n° 13590/88, Série A, n° 80 ; CEDH, 22 févr. 1996, *Putz c/ Autriche*, n° 18892/91.

¹⁶⁰ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 267-282.

¹⁶¹ P. PONCELA, « Par la peine, dissuader ou rétribuer », *Archives de philosophie du droit*, t. 26, 1981, p. 65.

communément appelée le « *juste mérite* » expose que les libérations conditionnelles sont devenues au fil du temps sélectives frôlant ainsi l'injustice à cause des grandes disparités entre les peines infligées en fonction de la juridiction ou de la politique menée par les juges des différents États contractants. La rétribution procède d'une fonction morale de la peine et privilégie la faute passée du délinquant se traduisant ainsi par une peine afflictive modérée (A) et une peine afflictive conditionnée (B).

A. Une peine afflictive modérée

13. « *L'emprisonnement perpétuel est préférable. Ce châtiment a une influence plus salubre et est un moyen efficace contre les crimes. La condamnation est plus certaine, et c'est la certitude plutôt que la nature du châtiment qui exerce une influence salubre. La durée de la peine en fait un châtiment plus sévère* »¹⁶². La peine est afflictive¹⁶³ et certaine, mais elle peut être modérée dans sa sévérité. Le Code pénal français a supprimé les qualificatifs de peines « *afflictives* » ou « *infamantes* », mais ces traits ne restent-ils pas néanmoins caractéristiques de la peine perpétuelle ? Le principe même de la peine n'est-il pas « *une sorte d'excommunications et c'est en cela qu'elle déshonore* »¹⁶⁴ ? La Cour européenne des droits de l'homme se fonde sur un certain nombre de critères permettant de déterminer si la mesure relève de la matière pénale. En d'autres termes, la qualification juridique attribuée à la situation permet de qualifier de peine la mesure ordonnée.

Concernant la nature afflictive de la sanction pénale, la Cour européenne se contente de l'évoquer incidemment à propos de l'interprétation de la notion de peine inhumaine et dégradante. Afin de donner une définition et de qualifier ce qu'est une peine inhumaine et dégradante, la Cour a affirmé à plusieurs reprises qu'est inhumaine la peine qui inflige une souffrance qui va « *au-delà de celle que comporte inévitablement une forme donnée de peine*

¹⁶² Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBRACK, (ss la dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Facultés universitaires de Saint Louis, coll. BRUYLANT, Bruxelles, 2007.

¹⁶³ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, tome 1, éd. Cujas, 7e éd., 1997, p. 78 ; M. CUSSON, *Pourquoi punir ?*, *op.cit.*, p. 78 et s. ; J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, *op. cit.*, p. 88 et s. ; E. ROTMAN, « L'évolution de la pensée juridique sur le but de la sanction pénale », *loc. cit.*, p. 163 et s.

¹⁶⁴ A. CERF-HOLLENDER, « L'article 3 et le droit répressif français », in *La portée de l'article 3 de la convention européenne des droits de l'homme*, C.-A. CHASSIN (ss la dir.), Bruxelles, Bruylant, coll. Rencontres européennes, 2006, p. 59. En ce sens, « *une peine, par nature présente un caractère afflictif, du fait qu'elle est subie et imposée et humiliante de par la réprobation sociale qu'elle engendre* ».

légitime »¹⁶⁵. Par conséquent, cette affirmation implique que toute peine, selon la Cour, comporte une souffrance, mais qui lorsqu'elle atteint un niveau particulier « *doit être qualifiée d'inhumaine* » et se trouve alors proscrite par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Par ailleurs, il convient de s'interroger quant à la portée de la peine à perpétuité. En effet, les États peuvent opter pour la sévérité et pour la certitude. À défaut d'un degré raisonnable de certitude, les États peuvent s'appuyer sur la sévérité. Par conséquent, une moindre certitude de la peine devrait être compensée par la plus grande sévérité.

14. La peine perpétuelle, jugée sévère peut être par ailleurs rattachée à la fonction morale de rétribution. En tant que fonction morale, il est opportun de considérer que la peine à perpétuité peut recouvrir une fonction de dissuasion. Il peut être opportun d'analyser par analogie la théorie avancée par Beccaria¹⁶⁶ concernant les arguments relatifs à la peine de mort. En effet, une partie de la doctrine a opté pour la théorie rétributive alors qu'une autre partie est contre une telle théorie. Emmanuel Kant¹⁶⁷ avait également indiqué que « *la loi de la rétribution devait être maintenue dans nos tribunaux (...)* »¹⁶⁸. Il a également ajouté que « *la peine juridique ne peut jamais être considérée simplement comme un moyen de réaliser un autre bien, soit pour le criminel lui-même, soit pour la société civile, mais doit uniquement lui être infligée pour la seule raison qu'il a commis un crime* »¹⁶⁹. La peine doit alors être prononcée lorsque cette dernière est « *méritée* »¹⁷⁰. Dans l'ancien droit, la peine était considérée comme la vengeance, telle la contrepartie du délit et de ce fait elle était tournée vers le passé. Il a été indiqué que « *le délinquant a lésé la justice, il a rompu une sorte d'équilibre global qui doit être rétabli en lui infligeant une sanction égale à celle subie par la*

¹⁶⁵ CEDH, Gde Ch., 26 oct. 2000, *Kudla c/ Pologne*, n° 30210/96, Rec. 2000-XI, RTD Civ. 2001, p. 442, obs. J.-P. MARGUENAUD ; JCP G 2001, I, p. 291, n° 6, chron. F. SUDRE ; RTDH 2002, p. 169, note J. F. FLAUSS ; D. Actu. 5 déc. 2006, obs. C. GIRAULT ; D. Actu. 14 févr. 2011, obs. L. PRIOU-ALIBERT ; JDE 2001, p. 49, obs. P. FRUMER. CEDH, 18 oct. 2001, *Indelicato c/ Italie*, n° 31143/96, § 31. CEDH, 29 avr. 2003, *Poltoratsky c/ Ukraine*, n° 38812/97, Rec. 2003-V.

¹⁶⁶ Théorie de dissuasion de Beccaria : « *Les arguments pour ou contre la peine de mort signifient que lorsqu'un acteur sélectionne l'un d'entre eux, il est impossible d'anticiper sa décision pour ou contre une telle peine. BECCARIA les a utilisés contre la peine de mort mais ce sont des arguments bidirectionnels qui en général divisent la théorie elle-même en deux équipes : l'une pour la peine de mort et l'autre contre la peine de mort. Le résultat de la théorie de la dissuasion est qu'elle peut se battre contre elle-même* ».

¹⁶⁷ À cet égard, V. W. NAUCKE, « *Le droit pénal rétributif selon Kant* », in *Rétribution et justice pénale*, op. cit., p. 73.

¹⁶⁸ E. KANT, *Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*, trad. par A. PHILONENKO, 2^e éd., Paris, 1979, p. 214.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ R. POLIN, « *La notion de peine dans la philosophie du droit de Hegel* », in *Rétribution et justice pénale*, op.cit., p. 89.

victime¹⁷¹. *La peine est un mal qui doit anéantir le mal illégitime de l'infraction* ». C'est ainsi que Beccaria et Bentham ont précisé que le concept de proportionnalité est rattaché à la théorie de la dissuasion en privilégiant l'image d'une législation ordonnée selon une échelle de gravité de crimes et de peines afflictives¹⁷². À travers la volonté de rétablir l'équilibre rompu par l'infraction, la rétribution est guidée par la volonté d'obtenir la justice.

B. Une peine afflictive conditionnée

15. La peine perpétuelle possède une fonction morale selon laquelle le condamné doit suffisamment être pourvu de discernement afin d'évaluer avec conscience le poids de sa faute. Par ailleurs, de quelle manière l'individu qui n'a devant lui que l'enfermement à vie peut-il avoir la volonté de changer moralement ? L'intérêt d'un point de vue social, sachant que l'individu est condamné à la réclusion à perpétuité, n'est que très peu perfectible. La Cour européenne a précisé, afin de justifier la fonction morale de l'emprisonnement, afin de prouver et de démontrer les bénéfices de l'espoir de libération quant au moral de l'individu, que si le prononcé d'une réclusion perpétuelle à l'encontre d'un criminel n'est pas prohibé par l'article 3 de la Convention¹⁷³, il peut le devenir si la peine apparaît incompressible, c'est-à-dire s'il n'existe aucune possibilité de libération conditionnelle.

Il convient d'indiquer alors que le critère de l'incrimination est invoqué comme critère suffisant, au moins comme critère nécessaire du caractère pénal d'une norme déterminée. Il est nécessaire d'ajouter deux exigences complémentaires. D'une part, la première exigence réside dans l'existence même d'une infraction. Cela signifie qu'il s'agit de la transgression d'une norme de conduite constituant l'hypothèse conditionnant l'application d'une peine. En d'autres termes, la peine est une sanction, et l'idée de sanction implique l'idée de transgression d'une norme de conduite. Ce postulat est alors consacré au sein de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, une mesure constituant une peine est imposée à la suite d'une condamnation pour une infraction pénale. D'autre part, la seconde exigence réside dans la nature de l'incrimination. La Cour européenne des droits de l'homme, en effet, a précisé que « *ce critère représente un élément*

¹⁷¹ C. MARIE, « Constats et réflexions autour de la notion de peine perpétuelle », *loc. cit.*, p. 253.

¹⁷² C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, *op.cit.* Il énonce que « *plus les délits sont nuisibles au bien public, plus forts doivent être aussi les obstacles qui les en écartent* », § 6, p. 15.

¹⁷³ P. PONCELA, « La logique modale de la peine dans la jurisprudence de la CEDH », in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Y. CARTYVELS (ss la dir.), RSC 2009, p. 431 et s.

d'appréciation d'un plus grand poids »¹⁷⁴ que celui de la qualification juridique adoptée par l'État concerné. En d'autres termes, il sera nécessaire de déterminer dans quelle mesure la norme transgressée est générale. Dans l'hypothèse où elle viserait tous les citoyens, elle aurait un caractère pénal. Au contraire dans l'hypothèse où elle ne viserait que certaines catégories, elle aurait un caractère purement disciplinaire¹⁷⁵.

16. La nature de l'infraction permet de déterminer ainsi l'intérêt protégé par la norme transgressée. Quand il s'agit d'une atteinte à l'intérêt général, la norme se voit reconnaître un caractère pénal. Par ailleurs, quand il s'agit d'une atteinte à un intérêt particulier, la norme se voit reconnaître un caractère disciplinaire¹⁷⁶. La Cour européenne a précisé ainsi que « *l'extrême gravité de l'infraction peut être un élément indicateur de sa nature pénale. Cela ne signifie pas a contrario que le caractère mineur d'une infraction peut en soi la faire sortir du champ d'application de l'article 6, puisque rien dans la Convention ne donne à penser que la nature pénale d'une infraction implique nécessairement un certain degré de gravité* »¹⁷⁷. La fonction morale de la peine est difficile à déterminer dans la mesure où aucun des critères mis en œuvre par la Cour européenne des droits de l'homme ne semble permettre de déterminer le caractère pénal ou non d'une mesure quelconque. En somme l'évaluation de la fonction morale peut se traduire en fonction d'une logique gradualiste et par conséquent il convient de s'appuyer sur les instruments internationaux des droits de l'homme afin de qualifier la peine à perpétuité.

¹⁷⁴ CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c/ Pays Bas, préc.* ; CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni, préc.* ; CEDH, 22 mai 1990, *Weber c/ Suisse*, n° 11034/84 ; CEDH, 27 août 1991, *Demicoli c/ Malte*, n° 13057/87.

¹⁷⁵ CEDH, 21 févr. 1984, *Öztürk c/ Allemagne*, n° 8544/79, Série A, n° 73, CDE 1986, p. 212, obs. G. COHEN-JONATHAN ; AFDI 1985, pp. 403-416, obs. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; D. 1986, obs. M. DELMAS-MARTY ; JDI 1986, p. 1051, obs. P. TAVERNIER. CEDH, 22 mai 1990, *Weber c/ Suisse, préc.* CEDH, 27 août 1991, *Demicoli c/ Malte, préc.* CEDH, 24 févr. 1994, *Bendenoun c/ France*, n° 12547/86. CEDH, 2 sept. 1998, *Lauko c/ Slovaquie*, n° 26138/95. CEDH, 23 juill. 2002, *Janosevic c/ Suède*, n° 34619/97. CEDH, 3 juin 2003, *Morel c/ France*, n° 54559/00. CEDH, 1^{er} févr. 2005, *Ziliberberg c/ Moldova*, n° 61821/00. CEDH, 31 juill. 2007, *Zaicevs c/ Lettonie*, n° 65022/01. CEDH, 4 mars 2008, *Hüseysin Turan c/ Turquie*, n° 11529/02.

¹⁷⁶ Par exemple : intérêt particulier : le bon fonctionnement des forces armées (CEDH, 8 juin 1976, *Engel c/Pays-Bas, préc.*) ; la discipline intérieure des prisons (CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni, préc.*) ; l'organisation interne et le bon fonctionnement du parlement (CEDH, 27 août 1991, *Demicoli c/ Malte, préc.*) ; le déroulement correct et disciplinaire d'une procédure (CEDH, 23 mars 1994, *Ravnsborg c/ Suède*, n° 14220/88 ; CEDH, 22 févr. 1996, *Putz c/ Autriche, préc.*).

¹⁷⁷ CEDH, 9 oct. 2003, *Ezeh et Connors c/ Royaume-Uni*, n° 39665/98 et 40086/98, D. 2003, p. 919 s., obs. J.P. CÉRÉ.

§ 2. La moralisation entendue de la peine

17. Le respect du droit à la liberté ainsi qu'à une bonne administration de la justice, protégé par les instruments internationaux des droits de l'homme, est remis en cause par la réclusion criminelle à perpétuité. Mais contrairement à la peine de mort, la personne condamnée à perpétuité reste titulaire de son droit à la liberté. Par conséquent, afin que le droit à la liberté ne soit pas bafoué, et ne soit pas simplement théorique « *la perpétuité ne doit pas être perpétuelle* »¹⁷⁸. Par conséquent, la réclusion criminelle à perpétuité ne doit pas être fixée sans limites de temps. Cette limite permet en effet au condamné à une peine perpétuelle de conserver son droit à la liberté malgré la condamnation. La Cour européenne des droits de l'homme exige le respect de la possibilité d'une libération anticipée (A) et d'une peine maximale plafonnée (B).

A. Une libération anticipée envisagée

18. « *La seule justification à la détention serait une bonne préparation à la liberté* »¹⁷⁹. Le prononcé de la peine à perpétuité doit répondre à une durée déterminée avec l'espoir d'une libération anticipée. En effet, prononcer une durée indéterminée reviendrait à reconnaître « *une peine de mort lente, une mort à petit feu par l'enfermement à vie, sans espoir de sortie* »¹⁸⁰. En d'autres termes, la peine incompressible est prohibée. Si le détenu est assuré de rester en prison pour le restant de sa vie, sans considération se rapportant à sa dangerosité et sans faculté d'obtenir une libération conditionnelle à l'issue d'une période de détention, il s'agit alors d'une peine incompressible, incompatible avec l'article 3 de la Convention. Le fait, dans une telle situation, que le Président de la République puisse ordonner la libération d'un condamné à perpétuité d'un âge avancé ou atteint de maladies n'y change rien, car il s'agit alors d'une libération pour motif humanitaire¹⁸¹, différente de la notion de « *perspective d'élargissement* »¹⁸². La réclusion à perpétuité est légitime à condition qu'elle confère « *des chances d'être libéré : là où le droit national offre la possibilité de*

¹⁷⁸ K. VASAK, « Préface », in *La Perpétuité perpétuelle, Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, op. cit.

¹⁷⁹ F. MASSIAS, « Droits de l'homme, *Léger c/ France* ; arrêt de Chambre du 11 avr. 2006 », RSC 2007, p. 141.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ V. *infra* n° 114.

¹⁸² CEDH, 18 mars 2014, *Öcalan c/ Turquie*, n° 24069/03, D. 2014, p. 1235, obs. J.-P. CÉRÉ.

revoir la peine perpétuelle dans le but de la commuer, de la suspendre ou d'y mettre fin ou encore de libérer le détenu sous conditions, il est satisfait aux exigences de l'article 3 »¹⁸³. Cette décision de la Cour européenne des droits de l'homme démontre l'utilité et le sens de la peine. En d'autres termes, l'absence de prévision d'une réinsertion sociale refléterait une douleur morale assimilable à de mauvais traitements¹⁸⁴. Le détenu ne doit pas être enfermé à vie, mais il doit prendre conscience du mal causé à la société. Il convient de préciser que l'individu doit faire preuve d'une prise de conscience, mais cette dernière doit être encadrée par un délai déterminé. Le délai doit avoir un terme. Il s'avère que le refus de permettre à l'individu de garder l'espoir de bénéficier d'une libération anticipée est contraire à la nature rétributive de la peine. Cependant, les délinquants dangereux condamnés à la perpétuité voient leur condamnation assortie d'une période de sûreté.

L'individu condamné à une peine à perpétuité assortie d'une période de sûreté ne peut pas bénéficier de dispositions relatives à la suspension de sa peine. Il ne peut lui être octroyé de placement extérieur, de semi-liberté ou de liberté conditionnelle. Cette période de sûreté est-elle alors contraire aux dispositions prévues par la Convention européenne des droits de l'homme ? La peine n'est pas perpétuelle dans la mesure où la période de sûreté peut prendre fin à l'expiration d'un délai de trente ans. En effet, le délai arrivé à son terme, l'individu pourra faire la demande d'un aménagement de sa peine¹⁸⁵. Il faut que le requérant soit encore en vie suite à cette longue incarcération afin qu'il soit en mesure de faire valoir ses droits. Dans la négative, la requête portée devant la Cour européenne sera rayée¹⁸⁶.

19. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, les peines de perpétuité réelles qui ne prévoient pas une possibilité de réexamen constituent une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. La question de la conventionnalité de la peine à perpétuité a ainsi été tranchée par la Grande Chambre dans l'arrêt *Vinter et autres*¹⁸⁷. Il

¹⁸³ CEDH, 12 févr. 2008, *Kafkaris c/ Chypre*, préc.

¹⁸⁴ CEDH, Gde Ch., 30 mars 2009, *Léger c/ France*, n° 19324/02, D. 2009, p. 1453, note J.-F. RENUCCI ; « La Grande Chambre soumise à la question des peines perpétuelles : "courage, fuyons" ? », D. ROETS, RSC 2009, p. 654 ; RSC 2009, p. 436 obs. P. PONCELA.

¹⁸⁵ G. ROYER, « La réclusion criminelle assortie d'une période de sûreté ne constitue pas une peine inhumaine », AJ pénal 2010, p. 252.

¹⁸⁶ CEDH, 25 mars 1994, *Scherer c/ Suisse*, n° 17116/90, Série A, n° 287, § 31 et 32 ; CEDH, 28 févr. 2006, *Thévenon c/ France*, n° 2476/02, Rec. 2006 – III, p. 5 ; CEDH, Gde. Ch., 30 mars 2009, *Léger c/ France*, préc.

¹⁸⁷ J.-F. RENUCCI, « La Cour européenne fixe sa jurisprudence sur les peines perpétuelles et ravive des tensions », D. 2013, p. 2081. (« Dans cette affaire, les requérants purgent des peines d'emprisonnement à perpétuité : l'un pour le meurtre de son épouse après avoir été condamné auparavant pour celui de l'un de ses collègues, l'autre pour le meurtre de ses parents adoptifs, de sa sœur et des deux enfants en bas âge de celle-ci,

convient de rappeler que la peine perpétuelle n'est compatible avec l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme que si elle n'est pas incompressible *de lege et de facto*¹⁸⁸. En d'autres termes, la Cour s'est prononcée et a mis un terme à toute équivoque. Afin qu'une peine perpétuelle demeure compatible avec l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, il doit exister à la fois une possibilité d'élargissement et une possibilité de réexamen. « *C'est-à-dire qu'en soi la perpétuité n'est pas contraire à la convention, mais à condition toutefois qu'elle soit compressible* »¹⁸⁹. L'intéressé doit avoir connaissance dès sa condamnation des termes et conditions de la possibilité de réexamen de sa situation au regard des exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme. Il revient par ailleurs aux autorités nationales de décider le moment du réexamen. Aussi se concilie la présence d'un nécessaire réexamen d'une peine perpétuelle avec une marge d'appréciation laissée aux États tant sur sa forme que sur la durée de la détention subie à compter de laquelle il doit intervenir. De ce fait, la Cour a observé une tendance à instituer en Europe un mécanisme de réexamen vingt-cinq ans maximum après l'imposition d'une peine perpétuelle. Pour les États membres, est donc notée une période de vingt-cinq ans à la suite de laquelle un examen s'impose après le prononcé de la peine et cela apparaît comme étant un seuil de compatibilité avec l'article 3, déduction faite du temps passé en détention provisoire¹⁹⁰. Dans l'espèce, la violation de l'article 3 a été retenue en raison d'une part du fait que l'état du droit national ne soit pas suffisamment clair, et d'autre part du fait que le système permettant au ministre de réexaminer automatiquement la nécessité de peines perpétuelles au bout de vingt-cinq ans a été supprimé sans qu'un autre mécanisme de remplacement ait été instauré. Par conséquent, la possibilité d'une libération anticipée est tombée en désuétude. Des critiques ont été portées dans la mesure où la peine compressible est elle-même contraire à l'article 3 de ladite Convention. En effet, l'évaluation du seuil de gravité étant par nature relative, la Cour a analysé la situation de chaque requérant de manière abstraite et non pas concrète. La nature rétributive de la peine est quelque peu alors entachée

et enfin le dernier pour quatre meurtres. Condamnés à la perpétuité réelle, les requérants ne peuvent donc être élargis qu'en vertu du pouvoir discrétionnaire du ministre de la justice, lequel ne l'exerce que pour des motifs humanitaires liés à l'état de santé du détenu, maladie mortelle en phase terminale ou grave invalidité »).

¹⁸⁸ CEDH, 3 juill. 2001, *Nivette c/ France*, préc.

¹⁸⁹ CEDH, Gde. Ch., 30 mars 2009, *Léger c/ France*, préc.

¹⁹⁰ CEDH, 13 nov. 2014, *Bodein c/ France*, n° 40014/10, D. 2014, p. 2303 ; D. 2015, p. 2465, obs. C. GINESTET ; AJDA 2015, p. 150, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; RSC 2015, p. 158, obs. D. ROETS. ; Dr. pén. 2015, p. 15, note E. BONIS-GARÇON ; D. Actu. 17 nov. 2014, obs. M. LÉNA ; RPDP 2014, p. 934 s., chron. V. PELTIER ; RPDP 2014, p. 907 s., chron., N. HOFFSCHIR ; RPDP 2015, p. 109, chron. J.-Y. CHEVALLIER ; AJ pénal 2015, p. 105 s., obs. J.-P. CÉRÉ.

d'incertitude. Par conséquent, il est important d'apporter des précisions quant à l'hypothèse réelle de la perpétuité en tant que châtement d'une culpabilité.

B. Une peine maximale plafonnée

20. La Cour européenne des droits de l'homme a rappelé que « *le principe de légalité commande que l'accusé ne se voie pas infliger une peine plus lourde que celle encourue pour l'infraction dont il a été reconnu coupable* »¹⁹¹. En 1840, Louis-Napoléon Bonaparte qui venait d'être condamné à l'emprisonnement perpétuel se demandait : « *Combien de temps dure la perpétuité en France ?* »¹⁹². À la fin du XIX^e siècle, la prison est devenue la peine de référence en dehors de la peine de mort, les crimes les plus graves ont été punis par la réclusion criminelle à perpétuité. Afin d'éviter un large pouvoir discrétionnaire octroyé au juge, la peine perpétuelle a donc été renforcée par la période de sûreté dite incompressible. Depuis l'abolition de la peine de mort, la réclusion criminelle ou la détention criminelle à perpétuité est la sanction la plus sévère dans l'échelle des peines. En d'autres termes, dans tous les pays ayant aboli la peine de mort, la perpétuité constitue le châtement suprême alternatif. « *L'abolition de la peine de mort a sans doute conforté l'illusion de la force dissuasive de la prison et joué un rôle important dans le durcissement de la répression dans la mesure où elle a généré un arsenal répressif aux antipodes du mouvement humaniste qui l'avait suscitée* »¹⁹³.

Une étude statistique permet de démontrer que « *les très longues peines ne cessent d'augmenter* »¹⁹⁴. Cette tendance à l'allongement des peines a été renforcée par l'adoption de textes allongeant les périodes de sûreté et créant des possibilités d'enfermement même après la peine. La loi du 22 septembre 1978 a créé la période dite incompressible qui peut être facultative ou obligatoire¹⁹⁵ et a pour objectif de garantir la certitude de l'exécution de la

¹⁹¹ CEDH, 22 oct. 2003, *Gabbari Moreno c/ Espagne*, n° 68066/01.

¹⁹² A.-M. MARCHETTI, *Perpétuités, Le temps infini des longues peines*, Plon, coll. Terre Humaine, 2001, p. 480.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ A. KENSEY, « Durée effective des peines perpétuelles », *Cahiers de démographie pénitentiaire*, n° 18, nov. 2005. (Une enquête publiée en 2005 portant sur 151 personnes initialement condamnées à mort commuées ou à perpétuité, libérées entre 1995 et 2005, a montré que leur durée moyenne de détention, près de vingt ans, était supérieure de trois ans à celle observée lors des précédentes enquêtes).

¹⁹⁵ J.-P. CHANTECAILLE, « La réclusion criminelle à perpétuité : le désespoir programmé », *loc.cit.* L'auteur indique que « *la période de sûreté est applicable de plein droit quand deux conditions sont réunies. (C. pén., art. 132-23) D'une part, l'infraction commise par le condamné doit être inscrite dans une liste restrictive figurant*

peine en interdisant pendant une certaine durée tout aménagement de peine, suspension ou fractionnement de peine, semi-liberté ou libération conditionnelle. Par la suite, plusieurs réformes ont étendu le domaine d'application et la durée¹⁹⁶.

21. Le législateur a estimé que la réclusion criminelle à perpétuité n'assurait pas l'élimination définitive des condamnés les plus dangereux en raison des mesures de faveur dont ils pouvaient bénéficier au cours de l'exécution de la peine. Tout d'abord, la loi du 9 septembre 1986¹⁹⁷ a permis que le maximum de la durée de la période de sûreté soit porté de vingt-deux ans à trente ans. Cette mesure pouvait s'appliquer à tous les crimes pour lesquels la peine de mort était encourue avant l'abolition. Ensuite, en 1992, avec l'instauration du nouveau Code pénal, le maximum encouru a été porté à vingt-deux ans¹⁹⁸. Puis, la loi du 1^{er} février 1994 a permis à la Cour d'assises par une décision spéciale, si la peine prononcée est la réclusion criminelle à perpétuité¹⁹⁹, d'aller jusqu'à une période de sûreté illimitée transformant la peine perpétuelle en peine incompressible²⁰⁰. Enfin, la loi du 14 mars 2011²⁰¹ a étendu la possibilité d'aller jusqu'à une période de sûreté de trente ans et même illimitée aux assassinats commis sur un magistrat, un fonctionnaire de la police nationale, un militaire de la gendarmerie, un membre du personnel de l'administration pénitentiaire ou tout autre dépositaire de l'autorité publique, à l'occasion de l'exercice ou en raison de ses fonctions, ainsi qu'aux meurtres commis en bande organisée sur les mêmes victimes. Dans ces cas, le condamné ne bénéficiera jamais d'aucune mesure d'individualisation de la peine et finira sa vie en prison sous ce régime de sûreté.

dans le Code pénal : meurtre aggravé par exemple. D'autre part, la condamnation prononcée par la juridiction doit être supérieure ou égale à dix ans d'emprisonnement ferme. En cas de réunion de ces deux conditions, la période de sûreté est automatiquement appliquée, même si elle n'est pas mentionnée expressément par la juridiction. Elle est facultative pour n'importe quelle autre infraction, à condition que la peine prononcée soit supérieure à cinq ans d'emprisonnement ».

¹⁹⁶ Loi n° 81-82 du 2 février 1981 (aggravation), loi n° 83-466 du 10 juin 1983 (adoucissement), loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 (aggravation), loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 (adoucissement), loi n° 94-89 du 1^{er} février 1994 (aggravation).

¹⁹⁷ Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme.

¹⁹⁸ À l'exception du meurtre ou de l'assassinat d'un mineur de 15 ans précédés ou accompagnés d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie. Exemple : Suite au meurtre d'une petite fille par le récidiviste Patrick Tissier en 1992, la possibilité pour ce genre de criminel d'être libéré au bout de trente ans a été perçue comme inadaptée au regard de la gravité des faits, du risque de récidive et de l'émotion suscitée dans l'opinion publique.

¹⁹⁹ C. pén. art. 221-3 al.2 et art. 221-4 al. 2.

²⁰⁰ P. COUV RAT, « De la période de sûreté à la peine incompressible », *loc. cit.* ; J.-F. SEUVIC, « La période de sûreté », RPD 1996, p. 311 ; M.-L. RASSAT, « Création d'une peine dite incompressible », RSC 1994, p. 749.

²⁰¹ Loi LOPPSI II, n° 2011-267 du 14 mars 2011, loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

Par conséquent, la création de cette peine perpétuelle incompressible a fait l'objet de nombreuses controverses. En effet, la nature rétributive de la peine n'est plus respectée du fait que tout espoir de libération est exclu. Par ailleurs, il convient de rappeler que la peine à perpétuité peut être considérée comme tout châtement d'une culpabilité ce qui n'exclut aucunement le respect des droits fondamentaux. En d'autres termes, la peine incompressible de très longue durée peut être regardée comme allant à l'encontre des textes internationaux prohibant les traitements inhumains prévus par l'article 3 de la Convention européenne de droits de l'homme. Ainsi il convient de s'interroger sur la constitutionnalité de la peine incompressible dans la mesure où elle s'oppose à toute individualisation de la peine. Toutes les peines prévues par la loi doivent respecter les principes fondamentaux posés par les textes constitutionnels et internationaux. Les juges vont prendre en compte la dangerosité²⁰² de l'individu et ils envisageront de mettre fin à une période de sûreté dite incompressible qui n'interviendra qu'au bout de trente années et après une expertise médicale²⁰³. Aussi afin qu'une peine perpétuelle « *puisse être réputée compressible* », le réexamen doit permettre aux autorités nationales d'apprécier toute évolution du détenu et tout progrès sur la voie de l'amendement accompli par lui²⁰⁴.

La peine perpétuelle est ainsi assimilée à un châtement de culpabilité qui se doit de respecter les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme afin de remplir sa nature rétributive. De simples critères de la peine perpétuelle vont permettre d'en comprendre les effets quant à ses fonctions de neutralisation et de réinsertion.

²⁰² J.-L. SENON, C. JONAS et M. VOYER, « Outils d'évaluation de la dangerosité des personnes condamnés ou plutôt outils d'évaluation des risques, besoins, réceptivité et facteurs pro-criminogènes et de désistance de la personne condamné », AJ pénal 2015, p. 289.

²⁰³ C. pr. pén. art. 720-4.

²⁰⁴ J.-F. RENUCCI, « Conventionalité des peines perpétuelles : une clarification importante des obligations positives à la charge des États », D. 2016, p. 1542.

Section 2

Les effets de la peine rétributive

22. « *Les droits fondamentaux informent le système juridique, les valeurs qu'ils traduisent bénéficient du consensus le plus large* »²⁰⁵. La sanction n'est pas récente, elle a toujours existé. Elle est inhérente au groupe social et elle est nécessaire à une véritable cohésion. Emile Durkheim avait indiqué que « *la vraie fonction de la peine, à savoir : maintenir intacte la cohésion sociale en maintenant toute sa vitalité à la conscience commune* »²⁰⁶. Les solutions sont complexifiées par la nature de certaines des mesures prévoyant ainsi la possibilité d'une privation de liberté indéterminée ou infinie. Alors que la peine a surtout un fondement rétributif, la mesure de sûreté est avant tout préventive. La frontière entre les deux est mince dans la mesure où toute peine est proclamée dans un souci préventif et dans la mesure où de nombreuses mesures de sûreté ont un caractère punitif²⁰⁷. La peine doit ainsi assurer la cohérence de la société malmenée par les crimes en prévenant la réalisation de ces derniers (§ 1) et en permettant la réinsertion des individus (§ 2).

§ 1. L'efficacité objective de neutralisation

23. La peine à perpétuité se détermine à travers certes sa nature rétributive, mais cette dernière engendre des conséquences importantes. Ladite peine est caractérisée à travers deux fonctions. La neutralisation ainsi que la réinsertion ne peuvent coexister que par la mise en place d'obligations positives contrôlées (A) et de mesures préventives concédées (B).

A. Des obligations positives contrôlées

24. C'est par l'interprétation dynamique des dispositions conventionnelles que la Cour de Strasbourg impose des obligations positives à la charge des États²⁰⁸. Il s'agit de « *celle qui*

²⁰⁵ F. OST, *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, op. cit.

²⁰⁶ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, PUF, 1960.

²⁰⁷ H. MATSOPOULOU, « Le renouveau des mesures de sûreté », D. 2007, p. 1607.

²⁰⁸ J.-F. AKANDJII-KOMBE, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme. Un guide pour la mise en œuvre de la Convention européenne des Droits de l'homme*, Précis sur les Droits de l'homme n° 7, éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2006, p. 9.

tire une conception élargie des droits proclamés voire de l'existence de droit qui n'ont pas été primitivement perçus comme faisant partie de la Convention. Elle s'appuie essentiellement sur le développement logique d'un concept, d'un droit ou d'un principe fondamental, qui est laissé à la discrétion du juge »²⁰⁹. En déduisant des obligations positives substantielles des droits conventionnels, le juge européen entend imposer aux États, par cette technique interprétative, un résultat à atteindre. Ce résultat repose sur la suppression de l'obstacle à l'exercice d'un droit ou en l'absence d'obstacle, au fait de faciliter l'exercice d'un droit. C'est-à-dire assurer l'application effective des droits conventionnels. Il conviendrait de s'interroger sur la nature de ces obligations. S'il paraît que ces dernières pourraient être des obligations de résultat, il n'en est pas moins certain qu'il s'agisse de véritables obligations de moyens²¹⁰ dont est débiteur l'État. Les États ont en effet l'obligation de mettre en œuvre tous les moyens raisonnables et adéquats pour satisfaire à une protection effective²¹¹ quant à la neutralisation des individus jugés dangereux. Selon la technique prétorienne des obligations positives, elles poursuivent un but précis qui consiste en l'assurance d'une application concrète et effective des droits consacrés par le texte conventionnel²¹². Il s'agit par conséquent pour le juge européen de réaliser un contrôle de proportionnalité entre le but poursuivi par les autorités et le contenu des mesures prises par ces dernières. À ce contrôle de proportionnalité vient naturellement s'adjoindre la théorie de la marge d'appréciation qui est un élément inhérent au caractère subsidiaire du système conventionnel de protection des droits fondamentaux qui permet alors au juge européen de moduler l'intensité de son contrôle en fonction de la marge de manœuvre dont disposent les autorités afin de déterminer la mesure la plus adéquate. « Dans un premier temps, le contrôle juridictionnel du respect des obligations positives se singularise par son caractère rudimentaire. L'accent est mis par la Cour sur le " libre choix des moyens " dont dispose l'État pour remplir l'obligation positive mise à sa charge »²¹³. Il a toujours été précisé par la Commission européenne des droits de l'homme que « eu égard aux tâches qui lui sont assignées par la Convention, elle n'a pas pour rôle de dire de quelle manière les Hautes Parties contractantes doivent s'acquitter des obligations que la

²⁰⁹ P. ROLLAND, « Le contrôle d'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme » in *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, D. ROUSSEAU et F. SUDRE (ss la dir.), Paris, éd. STH, 1990, p. 70.

²¹⁰ V. *infra* n° 68.

²¹¹ F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », RTDH 1995, pp. 363-384, spéc. p. 375. Le Professeur SUDRE a affirmé en 1995 au sujet du contrôle du respect des obligations positives en général, que « pèse sur l'État une simple obligation de résultat : assurer l'effectivité du droit ».

²¹² *Ibid.*

²¹³ *Ibid.*

*Convention leur impose, mais seulement de rechercher si les faits de la cause qui lui est soumise révèlent que cela a été fait »*²¹⁴. La Cour européenne des droits de l'homme a affirmé dans l'arrêt *Airey c/ Irlande*²¹⁵ qu'il ne lui « *appartient pas de dicter les mesures à prendre, ni même de les indiquer ; la Convention se borne à exiger que l'individu jouisse de son droit effectif d'accès à la justice »*²¹⁶. Néanmoins, « *si la Cour a accordé dans ses arrêts antérieurs la liberté de choix des moyens aux États pour satisfaire aux obligations positives, force est de constater que le contrôle s'effectue dorénavant par la technique de la marge d'appréciation dont l'étendue varie selon les circonstances de temps et de lieu, la nature du droit en cause ou des activités en jeu, le but de l'ingérence au droit, l'existence ou non d'un " dénominateur commun " aux systèmes juridiques des États contractants »*²¹⁷. La « *Convention a alors pour but de protéger des droits non pas théoriques et illusoire, mais concrets et effectifs »*²¹⁸.

25. La Cour européenne des droits de l'homme a rappelé l'obligation positive de l'État de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui, mais aussi ses limites, à savoir l'impossibilité d'empêcher toute violence. La question s'était posée de savoir dans quelle mesure l'État n'avait pas respecté son obligation de protéger la vie de personnes dès lors que son administration avait accordé une permission de sortir à de dangereux individus. Lors de cette sortie, des hommes avaient été abattus. Dans un premier temps, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que l'éventuel danger n'était pas individualisé, les mesures nationales de réinsertion étaient de nature à assurer correctement la protection des citoyens et malgré leur passé rien ne pouvait laisser penser que la sortie de ces détenus pouvait présenter un danger pour autrui. Dans le cas contraire, « *il y aurait manquement au devoir de diligence*

²¹⁴ Comm. EDH, rapport T. c/ Royaume-Uni, 12 oct. 1983, DR 49, p. 5, § 70.

²¹⁵ CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c/ Irlande*, n° 6289/73, *préc.* En l'espèce, il s'agissait de savoir si la comparution de Mme *Airey* devant la High Court sans l'assistance d'un conseil serait efficace, en ce sens que Mme *Airey* pourrait présenter ses arguments de manière adéquate et satisfaisante. Le gouvernement anglais se prévalait des conclusions de l'affaire *Golder* qui avait sanctionné l'obstacle positif dressé sur le chemin du requérant par l'État. En effet, le ministre de l'Intérieur avait interdit au requérant de consulter un avocat dans cette affaire. En revanche, Mme *Airey* ne s'est pas vue refusé un tel droit, c'est sa situation financière personnelle qui l'en a empêché. La Cour va d'abord rappeler qu'un obstacle de fait, « *à l'égal d'un obstacle juridique* » peut enfreindre la Convention. Ensuite, elle va déduire que l'engagement des États en vertu de la Convention appelle certaines mesures positives pour assurer un droit effectif d'accès à la justice. L'État ne saurait en effet demeurer passif et doit en ce sens fournir des conditions matérielles à l'exercice des droits conventionnels, ce qui peut impliquer pour la Cour de reconnaître un droit économique et social au requérant.

²¹⁶ Cette expression est d'origine doctrinale. Le juge ne l'a jamais employé expressément.

²¹⁷ D. SPIELMANN, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », in *L'interprétation de la CEDH*, F. SUDRE (ss la dir.), Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 133-174, spéc. p. 141.

²¹⁸ *Ibid.*

de l'État qui découle de l'obligation de protéger la vie imposée par l'article 2 de la convention européenne des droits de l'homme »²¹⁹. L'État italien n'a pas été condamné pour manquement au devoir de protéger la vie, y compris par les juges lorsqu'ils accordent à des condamnés des mesures de substitution à la détention dans une démarche de réinsertion²²⁰. La théorie des « obligations positives », en effet, a pu être employée afin de favoriser la réinsertion du condamné, sachant qu'elle constitue l'un des objectifs assignés à la privation de liberté. « Il faut en effet interpréter cette obligation de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif, en tenant compte des difficultés pour la police d'exercer ses fonctions dans les sociétés contemporaines, et aussi de l'imprévisibilité du comportement humain et des choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources »²²¹. Dans un second temps, La Cour européenne interprète cette obligation pesant sur les États de manière nuancée. Il ne faut pas imposer aux États un « fardeau insupportable ou excessif »²²². Il est nécessaire de tenir compte des difficultés pour la police d'exercer ses fonctions dans les sociétés contemporaines et aussi de l'imprévisibilité du comportement humain, des choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources.

L'arrêt *Murray c/ Pays-Bas*²²³ a apporté des précisions concernant les obligations positives incombant aux États²²⁴. La Cour a mis en exergue la « possibilité réaliste au regard des limites imposées par le cadre carcéral d'accomplir sur la voie de l'amendement des progrès propres à leur permettre d'espérer pouvoir un jour bénéficier d'une libération conditionnelle ». Il apparaît alors que la Cour estime que l'amendement rendrait possible la libération et la réinsertion de la personne condamnée à la détention à perpétuité²²⁵. Aussi,

²¹⁹ J.-F. RENUCCI, *Droit Européen des droits de l'homme ; Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, 7^e éd., LGDJ, 2017, p. 76.

²²⁰ CEDH, Gde Ch., 24 oct. 2002, *Mastromatteo c/ Italie*, n° 37703/99, Rec. 2002-VIII, JCP G, I, 2003 p. 109, obs. F. SUDRE. (Cette affaire concernait le meurtre commis par deux détenus alors qu'ils bénéficiaient respectivement d'une permission de sortie et d'un régime de semi-liberté. Après avoir examiné le régime des mesures de réinsertion applicable en Italie, la Cour considéra que les autorités ne pouvaient pas dans le cas examiné se douter de l'existence d'une menace réelle et immédiate pour la vie d'un individu et que dès lors il ne pouvait pas leur être reproché de n'avoir pas pris « les mesures qui, d'un point de vue raisonnable auraient sans doute pallié ce risque »). V. aussi CEDH, 23 nov. 1999, *Bromiley c/ Royaume-Uni*, n° 33747/96, (irrecevabilité).

²²¹ A. GILLET et E. CUQ, « La réclusion criminelle à perpétuité et la Cour européenne des droits de l'homme », in *La Perpétuité perpétuelle, Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, Y. LECUYER (ss la dir.), PUR 2012, pp. 129.

²²² *Ibid.*

²²³ CEDH, Gde Ch., 26 avr. 2016, *Murray c/ Pays-Bas*, préc.

²²⁴ D. ROETS, « Peines perpétuelles : importantes précisions sur les obligations positives résultant de l'article 3 de la Convention », RSC 2016, p. 582.

²²⁵ La Cour européenne met l'accent sur l'obligation faite aux États d'offrir un dispositif de réinsertion sérieux, propre à permettre à un détenu purgeant une peine perpétuelle qui souffre d'un trouble de la personnalité de répondre aux critères conditionnant l'octroi d'une libération.

cette possibilité de s'amender pour un détenu impose aux États de prendre des mesures nécessaires lui permettant de remplir les conditions d'une remise en liberté. La Cour a alors rappelé que « *l'obligation d'offrir au détenu une possibilité de s'amender implique celle de garantir pour les détenus à vie l'existence de régimes pénitentiaires qui soient compatibles avec l'objectif d'amendement* ». Les États sont tenus à une obligation de moyens, ainsi ils doivent donner la possibilité aux détenus de « *s'y employer* ». Les États ont ainsi une obligation positive de garantir pour les détenus à vie l'existence de régimes pénitentiaires qui permettent aux détenus de garder l'espoir de s'amender et d'être remis en liberté. L'obligation positive de prendre de manière préventive des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par des agissements criminels implique alors qu'en parfaite connaissance des dangers, les autorités n'aient pas pris de mesures de prudence nécessaires²²⁶. La technique des obligations positives demeure une avancée certaine pour la protection des droits individuels en ce qu'elle empêche les États de se retrancher derrière leur passivité ou l'action des particuliers pour ne pas appliquer effectivement les droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. L'État doit naturellement alors prendre des mesures préventives afin de protéger la vie des personnes contre le risque découlant d'actes de particuliers²²⁷.

B. Des mesures préventives concédées

26. La peine ne se contente pas de poursuivre un certain nombre d'objectifs et de créer un certain nombre d'effets, notamment afflictifs et infamants. Elle engendre également de nombreux effets, sans les poursuivre délibérément. Ils apparaissent parfois comme bénéfiques, ce qui est généralement le cas pour divers effets secondaires, tel que des effets dissuasifs, curatifs ou réparateurs. Parfois ils apparaissent comme indésirables, mais partiellement inévitables. Ils sont considérés dans ces deux hypothèses comme étant indifférents au regard de la justification de la peine. La Cour européenne des droits de l'homme ne se contente pas de se référer à la nature et à la sévérité de la sanction. Elle se

²²⁶ CEDH, 7 juin 2005, *Kilinc et autres c/ Turquie*, n° 40145/98, §41 ; JCP G 2005, I, p. 159, n° 2, obs. F. SUDRE ; CEDH, 9 juin 2009, *Opuz c/ Turquie*, n° 33401/02 ; RSC 2010, p. 219 obs. J.-P. MARGHENAUD ; RDP 2010, p. 862, obs. H. SURREL ; JCP G 2009, I, p. 143 n° 2 obs. F. SUDRE ; RFDA 2010, p. 587, obs. H. LABAYLE, F. SUDRE, J. ANDRIANTSIMBAZONIVA et L. SERMET ; AJDA 2009, p. 1936 s., obs. J.-F. FLAUSS. V. aussi CEDH, 30 oct. 2012, *E.M. c/ Roumanie*, n° 43994/05 ; AJDA 2013, p. 165, obs. L. BURGORGUE-LARSEN.

²²⁷ CEDH, 15 janv. 2009, *Branko Tomasic et autres c/ Croatie*, n° 46598/06.

réfère également à l'objectif qui lui est assigné. Ce qui signifie que la peine est considérée comme étant un mal infligé à titre répressif, poursuivant à la fois un but préventif et répressif²²⁸. L'objectif principal est de dissuader l'intéressé de récidiver.

27. Cette fonction de prévention lors du prononcé de la peine était un objectif essentiel des mesures de sûreté prévues par les positivistes italiens du XIX^e siècle. Selon eux, « *l'objectif de ces mesures qui sont détachées de la faute commise n'est pas de punir la personne, mais plutôt de prévenir la réitération d'infractions, de protéger la société et éventuellement la personne contre elle-même* ». Cette doctrine a resurgi sous la forme de la rétention de sûreté correspondant à l'enfermement indéterminé qui peut donc être infini. Selon Beccaria « *le but des châtiments ne peut être dès lors que d'empêcher le coupable de causer de nouveaux dommages et de dissuader les autres d'en commettre de semblables* »²²⁹. La fonction de neutralisation de la peine à perpétuité se traduit par des mesures de prévention. La fonction utilitaire de la peine ne va plus être perçue comme un impératif de justice rétributive, mais comme une mesure dictée par l'utilité sociale. Ainsi, la prévention devient l'unique raison du châtiment. Par conséquent, il faut punir afin qu'il n'y ait plus de faute et non pas parce qu'il y a eu faute. La peine doit être utile dans ses modalités²³⁰. C'est ainsi que la peine de nature éliminatrice a été employée afin de répondre à des crimes dont la gravité est telle qu'aucune expiation n'est envisageable et qu'une sanction est nécessaire pour assurer la sauvegarde de la société. Le législateur a recours à la peine perpétuelle lorsqu'il considère que tous les efforts mis en œuvre afin de permettre à l'individu de se réadapter à la société sont restés vains. La privation perpétuelle de liberté permet ainsi de prévenir de futurs crimes. En d'autres termes, lorsque toutes les mesures permettant d'aboutir à l'amendement ou à la réadaptation de l'individu ont échoué, ce dernier, dans un souci de neutralisation du crime, est privé de liberté. Cette privation de liberté a pour fonction essentielle la réinsertion.

²²⁸ CEDH, 2 sept. 1998, *Lauko c/ Slovaquie, préc.* ; CEDH 3 juin 2003, *Morel c/ France, préc.*

²²⁹ C. BECCARIA, *Des délits et des peines, op.cit.*

²³⁰ J. BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, 1775, trad. M. DUMONT, éd. Vogel et Schultz, Londres.

§ 2. L'efficacité subjective de réinsertion

28. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, l'objectif d'amendement du délinquant a véritablement été consacré par la mise en place de réforme d'inspiration humaniste. Le but de resocialisation de la peine apparaît comme la clef de voûte de l'organisation du système répressif. À côté des fonctions classiques de la peine, à savoir la rétribution, l'intimidation²³¹ et la prévention, s'est agrégée depuis les années 1970 la protection des intérêts de la victime dont le rôle dans la détermination et le régime de la sanction n'a cessé de s'accroître²³². La peine à perpétuité doit être également abordée sous le sens de la fonction de réinsertion en encourageant l'intérêt individuel (A) et en protégeant l'intérêt collectif (B).

A. Un encouragement de l'intérêt individuel

29. Les thèses de la défense sociale nouvelle envisagent la peine dans une optique plus humaniste, assujettie au respect des droits de l'homme. L'objectif est de prendre en charge le sujet afin de l'amener ou de le réadapter à la vie en société. La resocialisation du délinquant se présente comme le but primordial vers lequel doit œuvrer la sanction, mais celle-ci peut néanmoins conserver, pour certaines infractions un effet préventif. La réintégration de l'individu dans la société est déterminée à travers la défense de la société et la protection des citoyens. La réforme Amor²³³ de 1945²³⁴ affirme que la peine a pour but essentiel de favoriser

²³¹ Beccaria avait déclaré être en faveur de la peine de réclusion à perpétuité, qu'il considérait comme étant particulièrement efficace en raison de ses effets d'intimidation. V. S. MANACORDA, « Cesare Beccaria et la peine de la réclusion criminelle à perpétuité », RSC 2015, p. 313. « *La perpétuité n'est ni insignifiante ni contradictoire dans la pensée de Beccaria ; elle est en revanche la conséquence de la théorie de la peine qui s'affirme au XVIII^e siècle, lorsque l'utilitarisme prend une place dominante. À cette époque-là, le concept d'humanité était indépendant de l'individu envisagé singulièrement et était conçu seulement en tant que limite à l'exercice du pouvoir* ».

²³² Ancien Art. 132-24 du C. pén. et 707 al. 2 du C. pr. pén. V. sur ce point C. MARIE, « La sanction pénale confrontée aux droits des victimes », in *Le renouveau de la sanction pénale – Evolution ou révolution ?*, S. JACOPIN (ss la dir.), Bruylant, 2010, pp. 97-125.

²³³ En 1945, Paul AMOR, magistrat puis premier directeur de l'administration pénitentiaire nommé par le gouvernement provisoire de la République française, marque son époque par une réforme liée à l'amélioration des conditions de détention.

²³⁴ P. AMOR, « La réforme pénitentiaire en France », RSC 1947, p. 1.

l'amendement et le reclassement social du condamné²³⁵. Par ailleurs, la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 présente une approche des droits dans laquelle elle se démarque par sa volonté d'universalisation de la protection. La resocialisation est aujourd'hui un objectif que poursuivent de nombreux États tant « *le souci de la personne domine aussi la phase d'exécution de la peine, où les impératifs de l'insertion et le devenir de la personne doivent être conciliés avec ceux de la privation de liberté* »²³⁶. Tout individu, quel qu'il soit, doit être protégé. Selon l'article 5, « *nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». L'article 6 suppose la reconnaissance pour chacun, « *en tous lieux, de sa personnalité juridique* ». De plus, les principes établis par les règles pénitentiaires européennes adoptées le 11 janvier 2006 correspondent à des recommandations que les États membres du Conseil de l'Europe doivent s'efforcer d'appliquer. Il s'agit d'une Charte de la peine. Ainsi la réinsertion sociale des délinquants figure parmi les principes fondamentaux qui y sont consacrés²³⁷. L'orientation politique et les buts recherchés vont influencer les débats concernant la réintégration de l'individu condamné à une longue peine. Les réformes récentes qui augmentent la sévérité des peines sont souvent l'expression de réactions « *épidermiques* » à des événements médiatisés censés rassurer les citoyens. Par conséquent, des sanctions pénales dites douces orientées vers la resocialisation à l'égard des délinquants, auteurs de petites infractions sont confrontées à un durcissement des peines pour les délinquants, auteurs d'infractions graves. La perte du sens réhabilitatif s'est accélérée avec la peine de perpétuité réelle en 1994.

30. Le prononcé d'une peine à la réclusion criminelle à perpétuité a pour objectif le châtement. Aussi, il conviendra de ne pas négliger le fait que les politiques européennes portent une priorité à l'objectif de réinsertion poursuivi par la détention²³⁸. Le principe de réintégration de l'individu soulève une question qui reste ouverte quant au choix de la meilleure méthode de prise en charge possible des individus jugés dangereux, entre le milieu

²³⁵ P. AMOR, « De la vengeance expiatoire au traitement des délinquants », in *Mélanges Jean LEBRET*, PUF, 1967, pp. 5 et s. ; P. COUV RAT, « La politique criminelle pénitentiaire à l'image de l'expérience française depuis 1945 », RSC 1985, p. 231.

²³⁶ M. DELMAS-MARTY (ss la dir.), *Procédures pénales d'Europe*, coll. Thémis, PUF, 1995 ; spéc. Procédures en Allemagne, Angleterre et Pays de Galles, Belgique, France, Italie.

²³⁷ A. BEZIZ-AYACHE, « Les nouvelles règles pénitentiaires européennes. Vers une protection globale des droits des détenus », RPDP 2006, p. 415 ; P. DARBEDA, « Le renouveau des règles pénitentiaires européennes », RPDP 2006, p. 655 ; P. PONCELA, « L'harmonisation des normes pénitentiaires européennes », RSC 2007, p. 126.

²³⁸ Règles pénitentiaires européennes, Règles 6, 102.1 et 103.8 ; Résolution Res (76) 2 ; Recommandations Rec (2003) 22 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

fermé et le milieu ouvert. Il est nécessaire d'apporter un soutien régulier, approprié, mais également effectué par un personnel spécialisé. Il s'agit en effet de punir un individu pour le responsabiliser en s'assurant de son consentement et de sa participation à la peine²³⁹. Cette efficacité n'est que relative, car elle est intimement liée et tributaire de l'intensité du consentement. Il pèse sur les États l'obligation de « *donner aux détenus à vie, une chance réelle de se réinsérer* »²⁴⁰. Cette obligation est aux antipodes de l'effet de désinsertion qui peut être la conséquence des longues peines privatives de liberté. Une personne condamnée à perpétuité doit pouvoir bénéficier d'une réinsertion sociale. La Cour européenne part en effet du principe que les personnes condamnées à vie doivent pouvoir travailler à leur réinsertion. Il ressort de l'arrêt *Murray*²⁴¹ que « *les détenus à vie doivent se voir offrir une possibilité réaliste au regard des limites imposées par le cadre carcéral d'accomplir sur la voie de l'amendement des progrès propres à leur permettre d'espérer pouvoir un jour bénéficier d'une libération conditionnelle* ». Par conséquent, cet arrêt démontre la volonté de la Cour européenne d'aller à l'encontre de la peine perpétuelle. Il semblerait que ladite Cour confirme que la protection des droits fondamentaux des détenus permet à ces derniers de bénéficier d'un nouveau prononcé de leur peine et ainsi d'une libération conditionnelle.

Par ailleurs, la fonction de réinsertion ne peut aboutir que si les États possèdent le budget nécessaire à cette cause. Par conséquent, la Cour européenne des droits de l'homme sera confrontée à l'avenir à la question des moyens budgétaires dégagés par les États pour réduire le niveau de risque d'un individu dangereux et de permettre sa réintégration dans la société²⁴². La réinsertion de l'individu, par exemple en Allemagne, signifie que l'État doit libérer l'ensemble des détenus qui ont purgé les dix années de rétention de sûreté, seule peine prévisible au moment de la sentence initiale. Cette exécution est justifiée par un souci de réintégration de l'individu dans la société. En effet, des aménagements de peines ont été octroyés à des condamnés à de lourdes peines jugés dangereux. La peine présente alors une fonction annoncée par la loi du 22 juin 1987, relative au service public pénitentiaire qui préconise le reclassement social des condamnés. L'objectif est ainsi de faciliter leur

²³⁹ Y. CARTUYVELS, « Les droits de l'homme, frein ou amplificateur de criminalisation », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK (ss la dir.), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 419-420.

²⁴⁰ CEDH, Gde Ch., 26 avr. 2016, *Murray c/ Pays-Bas*, préc., § 103.

²⁴¹ *Ibid.* Le professeur J.-F. RENUCCI précise d'ailleurs que « *L'objectif peut être atteint par la mise en place et le réexamen périodique d'un programme individualisé, propre à encourager le détenu à évoluer de manière à être capable de mener une existence responsable et exempt de crime* », v. D. 2016, p. 1542.

²⁴² CEDH, 18 janv. 2005, *Kehayov c/ Bulgarie*, n° 41035/98, § 73. « *La CEDH a été confrontée à des interrogations concernant les efforts engagés pour améliorer les conditions de détention* ».

réintégration dans la société. Le législateur confie au juge la mission improbable de concilier la protection de la société, des victimes, la sanction du condamné avec la nécessité de son amendement et de la prévention de la récidive.

B. Une protection de l'intérêt collectif

31. En matière de sanction pénale, un des enjeux principaux est lié à l'exigence de plus en plus fréquente d'un consentement en matière de sanction pénale. L'efficacité de la sanction influence considérablement la protection de la société. En d'autres termes, il a été exposé le rôle régulateur des flux qui pouvait être assigné aux sanctions consensuelles²⁴³. L'enjeu fondamental de ces innovations est de trouver des procédures qui ne collaborent ni à l'impunité ni à l'engorgement des tribunaux. De ce fait, ils permettent de lutter contre l'impunité, sans contribuer à la surcharge des tribunaux. Par ailleurs, comme établi précédemment et toujours dans la recherche de réintégration de l'individu, l'appel au consentement correspond le plus souvent à l'inquiétude d'optimiser les chances de succès de la mesure entreprise et ainsi de restaurer les chances de resocialisation de son bénéficiaire dont le sens des responsabilités serait restauré²⁴⁴.

Les lois récentes contre la récidive multipliant les mesures de sûreté fondées sur une estimation de la dangerosité du condamné à l'issue de la peine privative de liberté permettent de démontrer le souci accru d'une protection de la société. Cette protection passe par cette fonction de réinsertion attribuée à la peine à perpétuité. Le Conseil Constitutionnel²⁴⁵ a reconnu une telle fonction de la peine. Il a énoncé que la peine contribue à assurer la sécurité de la société tout en favorisant l'amendement du condamné et la préparation de sa réinsertion.

32. La notion de légitimité de la sanction permet d'admettre que certaines sanctions ou certaines procédures extra judiciaires ne peuvent être comprises sans la prise en compte du consentement. Le consentement est exigé. C'est ainsi que la conception actuelle de « *la dignité de la personne a pour effet que certaines mesures coercitives telles que l'accomplissement d'un travail ou l'application d'un traitement médical ne puissent plus être*

²⁴³ D. KAMINSKI, « Un nouveau sujet de droit pénal ? », in *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, F. DIGNEFFE et T. MOREAU (ss la dir.), pp. 331-334.

²⁴⁴ M. DANTI-JUAN, « Le consentement et la sanction », in *La sanction du droit*. Mélanges offerts à P. COUVRAT, Paris, PUF, 2001, p. 367.

²⁴⁵ Cons. const., n° 93334, DC du 20 janv. 1994, 1. Lég., p. 220.

envisagées aujourd'hui en dehors du consentement de l'intéressé »²⁴⁶. Par ailleurs, face à la multiplication des sanctions ou des modalités susceptibles d'intéresser les victimes, il est davantage difficile de justifier leur adoption sans la participation ou le consentement de ces dernières. De plus, le recours à un règlement extra judiciaire impliquant l'exclusion du droit à l'intervention d'un tribunal en matière pénale ne saurait être justifié en l'absence de la volonté de l'intéressé d'y renoncer, même si la pleine réalité de cette volonté peut s'avérer problématique. Par conséquent, l'exigence du consentement de l'auteur de l'infraction s'inscrit dans le développement de la théorie permettant de protéger la société. En d'autres termes, « l'accord des sujets de droit tend à devenir une condition nécessaire à la légitimité des règles qui les obligent et où l'application des normes dépend, non plus de la soumission, mais de l'adhésion des destinataires »²⁴⁷. Bentham avait indiqué que « cette idée du consentement ne serait le plus souvent qu'une fiction aussi dangereuse que peu fondée. Ce qui justifie la peine, c'est son utilité majeure ou pour mieux dire, sa nécessité »²⁴⁸.

Les citoyens doivent comprendre et admettre les limites de toute évaluation du risque et prendre conscience ainsi qu'ils ne peuvent pas être protégés contre des événements imprévisibles. Comme indiqué précédemment, le budget est au cœur de tout débat. L'Europe est confrontée à une période d'austérité budgétaire impliquant de réévaluer la dépendance de la société à la prison comme moyen de protéger ladite société contre les délinquants dangereux. Les libertés individuelles doivent être respectées. La Cour européenne des droits de l'homme doit y veiller. La protection des intérêts de la victime a en effet une place au cœur de la détermination de la sanction et de la promulgation d'une peine perpétuelle. La place de la victime est reconnue dans le processus de libération conditionnelle d'un condamné à une longue peine. Néanmoins, ces propos sont à relativiser. Il est admis certains doutes quant à l'utilité pour les victimes. La critique apportée révèle que cela ajoute un obstacle à l'individualisation et à l'aménagement de la peine. Par ailleurs, face aux difficultés rencontrées pour évaluer le résultat des actions menées en faveur de la resocialisation des délinquants, des réactions de défiance quant à cette fonction de la peine surviennent. De ce fait, certains auteurs justifient la peine privative de liberté comme maintien de l'ordre public. L'objectif qui prévaut est ainsi la protection de la société en fonction du risque que peuvent

²⁴⁶ J.-L. SENON, C. JONAS et M. VOYER, « Outils d'évaluation de la dangerosité des personnes condamnés ou plutôt outils d'évaluation des risques, besoins, réceptivité et facteurs pro-criminogènes et de désistance de la personne condamné », *loc. cit.*

²⁴⁷ J. CHEVALIER, « Vers un droit post moderne ? », in *Les transformations de la régulation juridique*, J. CLAM et G. MARTIN (ss la dir.), LGDJ, 1998, p. 36.

²⁴⁸ J. BENTHAM, « Théorie des peines légales », in *Œuvres de J. Bentham*, Bruxelles, Louis Hauman et Cie, 1829, p. 3.

représenter certains détenus²⁴⁹. Dans l'arrêt *Murray c/ Pays-Bas*²⁵⁰, la Cour rappelle sa jurisprudence selon laquelle « *la Convention impose aux États de prendre des mesures visant à protéger le public contre les crimes violents et [...] ne leur interdit pas d'infliger à une personne convaincue d'une infraction grave une peine d'une durée indéterminée permettant de la maintenir en détention lorsque la protection du public l'exige* »²⁵¹. Le principe selon lequel l'obligation positive de protection de la société contre les crimes violents et le principe selon lequel l'obligation positive d'offrir aux détenus condamnés à perpétuité une perspective de sortie n'est pas incompatible. La Cour européenne a en effet affirmé, comme indiqué précédemment, la possibilité d'une réinsertion pour les condamnés à perpétuité. Toutefois, le courant sécuritaire actuel permet de penser que les autorités nationales vont faire primer la protection de la société sur le droit à l'espoir des condamnés à une peine perpétuelle.

²⁴⁹ M. VACHERET, J. DOZOIS et G. LEMIRE, « Le système correctionnel canadien et la nouvelle pénologie : la notion de risque », in *Déviance et société*, 1998, Vol. 22, n° 1, pp. 37 et s.

²⁵⁰ CEDH, Gde Ch., 26 avr. 2016, *Murray c/ Pays-Bas*, préc.

²⁵¹ *Ibid.*

CHAPITRE 2

LA NATURE RÉPARATRICE DE LA PEINE PERPÉTUELLE

33. La justice réparatrice est une conception de la justice orientée vers la réparation des dommages causés par un acte, qu'il soit criminel ou délictuel²⁵². Cette méthode « *privilégie toute forme d'action, individuelle et collective, visant la réparation des conséquences vécues à l'occasion d'une infraction ou d'un conflit* » comme l'a énoncé Lode Walgrave²⁵³. En Europe, le vocable utilisé est plus généralement la notion de « *justice restaurative* »²⁵⁴. Les notions de justice restaurative ou réparatrice englobent la diversité sémantique de la notion de réparation. Cette diversité est susceptible de traduire davantage convenablement la complexité de la finalité associée à ce nouveau paradigme. La justice réparatrice est définie dans la directive européenne de 2012 comme « *tout processus permettant à la victime et à l'auteur de l'infraction de participer activement s'ils y consentent librement, à la solution des difficultés résultant de l'infraction pénale, avec l'aide d'un tiers indépendant* ». La préservation des intérêts du délinquant repose sur un dogme ancien et religieux de l'expiation. Ce qui signifie la réparation de la faute. Cela va permettre au délinquant d'obtenir l'autorisation de réintégrer le groupe ou le corps social. La notion divine d'expiation va former la frontière consistant en la jonction entre le pénitentiaire et le pénitentiel. C'est une jonction en effet entre la notion de sanction pénale dans la sphère temporelle et étatique et celle de réparation des fautes ou rémission des péchés dans la sphère divine et religieuse. La condamnation basée sur la notion de faute rappelle la damnation religieuse, la sentence. Ce qui par conséquent démontre que ces notions appartiennent au registre du pénitentiel avant d'être considérées comme appartenant au registre du pénitentiaire. Les deux domaines sont étroitement liés²⁵⁵. Le maintien de la rétribution ne doit pas faire

²⁵² B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, thèse LGDJ, coll. Bibli. des sciences criminelles, t. 42, 2007.

²⁵³ L. WALGRAVE, psychologue et criminologue. Il a été le professeur de criminologie à l'Université catholique de Louvain en Belgique.

²⁵⁴ R. CARIO, « La justice restaurative : promesses et principes (A propos de l'œuvre d'Howard Zehr) », LPA 2004, n° 204, pp. 5-10.

²⁵⁵ T. FERRI, *Qu'est-ce que punir ? : Du châtement à l'hypersurveillance*, coll. Questions contemporaines, l'Harmattan, 2012. « *La différence ne saurait consister seulement dans une nuance de quelques lettres. Sur le plan terminologique, pénitentiel et pénitentiaire ont la même racine, et font d'abord écho au registre moral et*

réduire la place que doit occuper le but de réadaptation. La fonction de réadaptation touche également la peine perpétuelle dans la mesure où celle-ci a perdu son caractère éliminateur. En effet, la réadaptation des individus condamnés à la peine perpétuelle étant entreprise, une grâce ou une mesure de libération conditionnelle pourra mettre fin à la peine perpétuelle prononcée après éventuellement un examen de « *l'état de dangerosité du condamné* »²⁵⁶.

La justice réparatrice constitue le mouvement de réforme dans les années 1990. Watchel en 1997 qualifie la justice réparatrice de « *révolution* » des modes de réactions au crime. En effet, il conviendra de rappeler que le système pénal construit son assise sur la notion de crime, défini comme une transgression à un ordre juridique étatique. Le caractère transgressif est envisagé comme une atteinte au système de valeurs et à l'équilibre moral d'une société symbolisée par un État faisant figure de protecteur et de garant de l'ordre public. Le fondement du système repose ainsi sur la valorisation de la peine, considérée comme la seule réponse possible au crime. Ladite peine vise l'imposition d'une souffrance à un individu tenu responsable d'une action. La responsabilité du crime est essentiellement individuelle alors que la réparation parfois peut s'avérer être un cheminement collectif. Les caractéristiques alors du système pénal reposent sur la stigmatisation et l'exclusion d'un individu reconnu coupable d'un acte portant atteinte au code moral d'une société auquel une souffrance proportionnelle à la gravité de l'acte et à la responsabilité de l'auteur doit être infligée pour punir, dissuader et corriger celui-ci et pour protéger la société. La justice réparatrice ne pourra être innovante que dans la mesure où elle parvient à transformer ses caractéristiques. Il est opportun d'analyser la dimension de la peine réparatrice (Section 1) ainsi que les objectifs de cette dernière (Section 2).

religieux du terme "repentir". Dans cette optique, le délinquant a tout avantage à expier ses fautes, pour obtenir soit le pardon de Dieu, soit une réhabilitation sociale, sources de reclassement dans la communauté des hommes. Du point de vue du seul auteur des faits, cette tripartition se présente sous la forme d'une triple dette qu'il doit payer et qui justifie sa punition, à savoir : une dette envers la société, une dette envers la victime, une dette envers lui-même ».

²⁵⁶ En cas de crime commis contre un mineur de quinze ans, la Loi du 1er févr. 1994 a prévu un tel examen à l'expiration d'une période de trente ans en vue de l'octroi de l'une des mesures visées à l'art. 132-23 C. pén., et not. de la libération conditionnelle (C. pr. pén., art. 720-4). Un examen du même ordre est prévu par la Loi du 25 févr. 2008 à l'encontre des auteurs de crimes graves contre les personnes, à l'expiration de leur peine, en vue de la mise en œuvre d'une mesure de rétention de sûreté (C. pr. pén., art. 706-53-13).

Section 1

La dimension de la peine réparatrice

34. La notion de peine réparatrice est proposée en 1975 par *Eglash*²⁵⁷ pour distinguer la justice distributive, centrée sur le traitement du délinquant, de la justice punitive, centrée sur la punition, et de celle d'une justice dont la finalité reposerait sur la restitution. Pour permettre à la justice réparatrice de prendre une plus grande place dans le système pénal, il faut trouver un équilibre entre les finalités que cette forme alternative de justice entend concilier, ce qui suppose de sortir de l'obsession du traitement par tous moyens des auteurs d'infractions, tout en évitant la compassion excessive pour les victimes. La restitution créative se veut une technique de réhabilitation à travers les résultats découlant du pardon dont les sources conceptuelles de la justice réparatrice sont instructives et permettent d'envisager les finalités de la peine réparatrice (§ 1) au regard d'une dualité d'encadrement (§ 2).

§ 1. Les finalités de la peine réparatrice décriées

35. La peine réparatrice a pour finalité pour les détenus d'obtenir le pardon. Aussi le concept de peine réparatrice rattaché au concept de peine s'applique-t-il à la peine perpétuelle du fait d'enjeux différents ? Cette notion doit être appréhendée à la lumière des principes généraux de la procédure pénale et du droit européen des droits de l'homme. La peine réparatrice est confrontée à des finalités décriées en ce que le pardon est illusoire (A) et la médiation envisageable (B).

A. Un pardon illusoire

36. La peine perpétuelle réparatrice signifie que la perpétuité est considérée comme étant le châtement d'une incorrigibilité ou d'une dangerosité. La question s'interprète à travers

²⁵⁷ Dans les années 1970, Albert EGLASH intervenait comme psychologue auprès des détenus dans les prisons de l'État du Michigan.

le fait de savoir si la réparation passe par le pardon²⁵⁸. Il convient de constater que de nombreuses victimes ou leurs familles exigent des excuses de la part des auteurs. Les excuses passent obligatoirement par les regrets. Après la commission d'un acte criminel, l'objectif principal pour la justice se manifeste par la prise de conscience de la répercussion de son acte par l'auteur dans la vie de la victime et par le fait que ce dernier en répare le mal causé. Pour entamer un travail dit de deuil, les victimes ou leurs familles exigent ainsi des excuses, mais ces dernières présentées par le coupable lors du procès ne sont pas nécessairement sincères. Cette notion de pardon est instrumentalisée par la défense. Les avocats encouragent en effet leur client à demander pardon afin d'obtenir un allègement de la peine. Cette démarche, bien que peu honnête, parfois, soulage la victime. La question qui se pose est de savoir si dans le cadre d'un procès devant une Cour d'assises, ladite juridiction est le lieu approprié pour le pardon. Il convient de constater que la demande de pardon présentée par l'auteur à la victime peut aider à dépasser l'acte criminel ou délictuel à condition qu'elle soit sincère. Cela va permettre à l'auteur de la commission de l'acte répréhensible de se dégager de son sentiment de culpabilité. La victime pourra alors à son tour entamer un processus d'acceptation. Cette étape lui permettra de se reconstruire. Cette démarche de pardon doit être poursuivie et suivie d'un acte de réparation par l'auteur lui-même. À travers cet acte, il se responsabilise afin de réussir sa réinsertion sociale.

Pour la victime ou la famille de la victime, entendre un agresseur présenter des excuses devant la justice peut lui permettre d'accepter le crime commis. Toutefois, le pardon est un cheminement personnel. Toutes les personnes ne trouveront pas une étape de reconstruction, les situations étant toutes différentes. Après observation et pour exemple²⁵⁹, les parents d'un enfant assassiné ont adressé une correspondance aux trois assassins de leur fils. L'un d'entre eux a pris conscience qu'il devait changer sa vie. Ce n'est pas la notion de pardon qui est ressortie de ces échanges, mais davantage le fait « *qu'une main a été tendue vers lui afin qu'il redevienne un homme, car ce n'est pas possible de rester comme ça* ». Cette notion de regrets peut-elle alors être considérée comme étant un phénomène individuel ou est-il possible d'envisager qu'il s'agisse d'un phénomène collectif ?

²⁵⁸ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « Le présent horizon paradoxal des sanctions réparatrices ? », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT*, Paris, éd. Frison-Roche, 1999, pp. 477 et s.

²⁵⁹ La correspondance des époux CHENU avec un assassin de leur fils. Ladite correspondance a inspiré les promoteurs de la justice réparatrice.

37. La peine réparatrice a pour conséquence indubitablement le pardon, mais ce dernier peut être de deux ordres, individuel ou collectif. Socrate²⁶⁰ avait posé le postulat selon lequel le pardon est très personnel. Il l'avait en effet démontré à travers sa célèbre maxime « *Connais-toi toi-même* ». Selon cette philosophie, pour pardonner il faut ainsi reconnaître que les douleurs infligées ont contribué à la reconstruction de son identité. Afin de reconstruire son identité, il faut être convaincu de l'utilité de la justice réellement réparatrice. Le résultat de la peine repose sur des conflits entre les différents buts de la peine. L'autonomie est relative et non pas totale ou absolue. Les buts ainsi poursuivis autour de la détermination de la peine ne disparaissent pas totalement pour laisser place au problème rencontré selon lequel les buts divergents peuvent entrer en conflit, notamment concernant le retour à la liberté. Ledit retour est d'autant plus difficile à appréhender lorsqu'il s'agit de l'analyser concernant une peine à perpétuité. En effet, un meurtre a été commis et le délinquant mérite à titre rétributif une peine à perpétuité. Où peut se situer la notion alors de peine dite réparatrice ? En analysant l'opposition entre la libération et la réparation, il convient de se rendre compte que l'opposition tend à s'effacer si l'objectif de prévention spéciale est examiné²⁶¹. Les recherches pénologiques permettent de démontrer que la libération conditionnelle accompagnée de mesures individuelles réduit le risque de récidive. Il est ainsi plus dangereux de libérer un individu en fin de peine, dans le cadre d'une peine à perpétuité, pour exemple au bout de trente ans, sans contrôle, sans condition, sans accompagnement, que de le libérer pendant une période de transition entre incarcération et liberté totale. Les réactions du public ou véhiculées par les médias sont empiriques. Cette notion du pardon ne relève donc pas d'un phénomène individuel, mais d'un phénomène davantage collectif. Une libération anticipée provoque un réflexe rétributif et non pas un réflexe réparateur. Ainsi la difficulté rencontrée par les autorités administratives ou judiciaires repose sur le fait qu'elles doivent prendre des décisions concernant les libérations anticipées. Ces dernières sont guidées par le fait que la protection de la société repose sur le guide de la prévention. Le pardon dans la réparation est une notion dite clef de voûte qui toutefois n'est pas encore intégralement consacrée dans la législation concernant toutes les infractions, notamment celles dont la peine est la perpétuité.

²⁶⁰ G. LAZORTHES, « L'éthique médicale et la philosophie », Lecture Académie des Jeux Floraux, 15 janv. 1998. L'auteur précise que « *Au-delà de son expérience, de ses connaissances, tout homme doit aboutir à la réflexion philosophique et par elle à la vraie connaissance de soi. La philosophie est une médecine préventive de la pensée* ».

²⁶¹ R. CARIO, « Les rencontres restauratives en matière pénale : de la théorie à l'expérimentation des RDV », AJ pénal 2011, pp. 294-298.

B. Une médiation envisageable

38. La peine est déterminée selon le principe de la proportionnalité, elle-même fondée sur une échelle de gravité de l'infraction et sur le degré de responsabilité du délinquant. Les sanctions réparatrices introduites à l'étape de la judiciarisation sont des exemples d'initiatives consacrant la mutation des finalités punitives à l'intérieur du système pénal. La sanction ne diffère pas alors de la peine puisque la sanction reste contraignante. Par principe, la sanction dans le cadre d'une peine perpétuelle est fixe, dans le cas de la réclusion criminelle à perpétuité ou de la détention criminelle à perpétuité. En effet, *a contrario* la sanction n'est généralement pas fixe, la plupart des sanctions inscrites dans les textes sont variables. La loi établit la limite maximum que le juge ne doit pas dépasser. En étudiant la peine réparatrice, il est naturellement fait état de la médiation pénale. Cette dernière a débuté dans les années 1980 puis a été institutionnalisée par une loi du 4 janvier 1993²⁶². Le principe repose sur le fait que cette mesure alternative permet à la catégorie appelée « *les petits délinquants* » de plaider coupables et de réparer le préjudice de leurs actes directement auprès des victimes. Ainsi seul le procureur de la République peut prendre cette mesure et en confier le suivi au délégué du procureur qui prendra en charge les médiations. Ces mesures permettent de développer des réponses pénales rapides et diversifiées aux actes de petite et de moyenne délinquance élucidés et donc de réduire de façon substantielle les classements sans suite, tout en respectant les droits de la victime.

39. Ces concepts ont des difficultés à s'installer en ce qui concerne les lourdes peines²⁶³. L'objectif principal reste l'adoption d'une loi sur l'échange entre la victime et l'auteur dans un contexte criminel. Ainsi la pérennisation du dispositif de justice réparatrice passerait par une reconnaissance législative destinée à légitimer et à sécuriser les modalités d'une intervention liée à l'exécution d'une peine. Les auteurs de crime ayant purgé leur peine dite incompressible et bénéficiant d'une liberté conditionnelle pourraient alors bénéficier de ces mesures de médiation pénale. Par conséquent, l'adoption de dispositions réglementaires permettrait de préciser le rôle des différents acteurs et les conditions matérielles d'un processus qui feraient appel à un environnement pénitentiaire et qui s'appuierait sur les dispositifs d'aide aux victimes. Le processus de réparation obtiendrait par conséquent une plus

²⁶² Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993.

²⁶³ R. CARIO, « La justice restaurative : vers un inévitable consensus », D. 2013, pp. 1077-1078.

grande légitimité²⁶⁴. Il serait opportun, semble-t-il, de réaliser une expérimentation sur les personnes ayant bénéficié suite à une incarcération à perpétuité d'une libération conditionnelle afin de créer une sécurisation dans la communication entre les différentes parties. Cela pourrait permettre de déceler les cas de déni, mais également les risques d'emprise de l'auteur sur la victime ou la famille des victimes. Cette période dite de test permettrait de connaître la portée et l'adhésion de la justice réparatrice en France auprès des victimes, des auteurs, des détenus et de leurs proches. Un procédé analogue pourrait en effet voir le jour. La loi du 15 août 2014²⁶⁵ a consacré le concept de la justice restaurative, ajoutant au préliminaire du Code de procédure pénale l'article 10-1²⁶⁶. C'est un modèle de justice complémentaire du procès pénal consistant à restaurer le lien social endommagé par l'infraction à travers la mise en œuvre des différentes mesures associant la victime, l'auteur et la société. Le constat est tel que cette mesure n'a pas été encore appliquée à un cas de condamnation à perpétuité. Les différents organes judiciaires encadrent la justice réparatrice, mais de manière perfectible.

§ 2. La dualité d'un encadrement avouée

40. S'il existe un consensus sur la justice en France, c'est sans nul doute celui concernant sa perfectibilité. Il existe un balancier constant entre les deux impératifs à la fois contradictoires et complémentaires qui sont le droit à la sécurité et le respect des droits de l'homme. L'institutionnalisation d'une pratique pervertit les principes fondateurs de la justice réparatrice et la pénétration de la justice réparatrice au sein du système pénal constitue l'indice de sa complémentarité avec les fonctions punitives du droit pénal. Plus la justice réparatrice

²⁶⁴ S. ENGUELEGUELE, « L'institution de la perpétuité réelle : contribution à l'étude des processus décisionnels pénaux », RSC 1997, p. 59.

²⁶⁵ Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforce l'efficacité des sanctions pénales. « Art. 10-1.-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 ».

²⁶⁶ R. CARIO et B. SAYOUS, « La justice restaurative dans la réforme pénale : de nouveaux droits pour les victimes et les auteurs d'infractions pénales », AJ pénal 2014, pp. 461-466.

s'intégrerait au système pénal plus elle perdrait ses capacités innovantes. Le Conseil constitutionnel a alors un rôle mineur dans l'encadrement de la peine réparatrice (A) et les institutions européennes développent une influence grandissante (B).

A. Un rôle mineur du Conseil Constitutionnel affirmé

41. La participation de l'État compromet et pervertit les fondements du modèle de justice réparatrice. Il faut ainsi assigner à la justice réparatrice une fonction exclusive d'alternative au système pénal. Le Conseil Constitutionnel dispose d'un pouvoir consultatif. Le Conseil constitutionnel depuis la V^e République a été appelé à se prononcer sur un certain nombre de textes adoptés par le parlement afin de juger leur conformité ou non à la Constitution. Ce pouvoir consultatif relatif à la conformité a permis de déduire quelques principes du droit pénal²⁶⁷. Le Conseil Constitutionnel estime cependant qu'il n'est pas juge de l'opportunité des incriminations ou de l'importance de la peine, sauf cas d'erreur manifeste ou de non-nécessité d'une peine applicable de plein droit. La question qui se pose est de savoir si en matière de justice réparatrice, le Conseil Constitutionnel a une quelconque compétence pour porter un droit de regard sur une décision de justice restaurative. Il exerce son contrôle sur toute sanction « *ayant le caractère d'une punition* » et même sur les modalités d'exécution des peines relevant de la décision de la juridiction de jugement. Cela lui donne-t-il le droit de contrôler une décision faisant appel à une peine réparatrice ? Le Conseil constitutionnel possède-t-il un pouvoir contraignant permettant de contrôler une sentence rendue ? Il convient de rappeler que depuis la réforme constitutionnelle du 21 juillet 2008, la Cour de cassation et le Conseil d'État peuvent saisir le Conseil constitutionnel pour lui permettre d'apprécier la constitutionnalité d'un texte non examiné préalablement à son entrée en vigueur. Ledit Conseil dispose du pouvoir de constater la non-conformité du texte de loi contesté et décider qu'il n'aura plus d'effet immédiatement. Concernant la matière pénale, la Cour de cassation n'a pas jugé nécessaire de transmettre des questions portant sur la théorie de la peine justifiée²⁶⁸. La justice restaurative ayant été instaurée par la loi du 15 août 2014 au sein du Code de procédure pénale, il conviendra de prendre acte de la réponse apportée suite à une question prioritaire de constitutionnalité. Dans la positive, le Conseil constitutionnel pourra user de son pouvoir contraignant.

²⁶⁷ L. PHILIP, « La constitutionnalisation du droit pénal français », RSC 1985, p. 711.

²⁶⁸ Cass., QPC 19 mai 2010, n° 12009, D. 2010, p. 1351, obs. G. DRAGO.

42. Le rôle du Conseil constitutionnel est mineur dans la mesure où les Institutions européennes disposent d'un pouvoir plus largement étendu. La Cour européenne des droits de l'homme a un droit de regard sur toute la procédure pénale. Ladite Cour concernant la peine à perpétuité a été saisie à de nombreuses reprises concernant la question délicate des traitements inhumains et dégradants. À cet égard, en partant du postulat qu'il n'y a pas de mauvais traitement lorsqu'il y a espoir de libération, le fait d'espérer pouvoir bénéficier de la justice réparatrice suffit-il à ne pas être contraire aux dispositions prévues par la Cour européenne des droits de l'homme ? En reprenant l'affaire *Kafkaris c/ Chypre*²⁶⁹, il convient de rappeler que la Cour avait précisé « *qu'il suffit pour l'article 3 qu'une peine à perpétuité soit de jure et de facto compressible* ». En somme, dans la mesure où la législation chypriote ne prévoit pas de libération conditionnelle pour les peines à perpétuité, mais uniquement une possibilité de pardon par le Président, suffit à rendre cette peine compressible. La peine originale imposée par le Tribunal reste légale et légitime. L'interrogation reste vaine eu égard au fait que les dispositifs de libération anticipée appartiennent aux prérogatives des États, mais doivent être conformes à la Convention européenne des droits de l'homme. Par conséquent, cette difficulté risque d'être transposée au droit français lorsqu'un criminel demandera à bénéficier de la justice réparatrice si la législation le permet dans un futur proche, les Institutions européennes permettant les transpositions des différents textes applicables.

B. Un rôle majeur des Institutions européennes nuancé

43. Dans le prolongement des textes internationaux adoptés au cours des dernières décennies²⁷⁰, les institutions de l'Union européenne ont décidé d'encourager le développement de la justice réparatrice depuis que le Traité de Lisbonne²⁷¹ a renforcé leur compétence dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale. La Commission européenne dispose d'un pouvoir d'initiative renforcé et de prérogatives accrues dans la négociation de la

²⁶⁹ CEDH, 12 fév. 2008, *Kafkaris c/ Chypre*, préc.

²⁷⁰ Pour exemple, les résolutions du Conseil économique et social des Nations Unies n°1999/26 du 28 juill. 1999 (Elaboration et application des mesures de médiation et de justice réparatrice en matière pénale), n° 20000/14 du 27 juill. 2000 (Principes fondamentaux concernant le recours à des programmes de justice réparatrice en matière pénale) et n° 2002/30 (Principes fondamentaux relatifs au recours à des programmes de justice réparatrice en matière pénale). Le Conseil de l'Europe s'est également engagé dans la voie de la justice réparatrice avec la résolution n° 2 relative à la mission sociale du système de justice pénale. Justice réparatrice, adoptée lors de la 26^{ème} conférence des ministres européens de la justice (Helsinki, 7-8 avril 2005).

²⁷¹ Le Traité de Lisbonne est entré en vigueur le 1er décembre 2009. Les changements institutionnels du Traité de Lisbonne ont coïncidé avec la formulation d'une demande expresse de renforcer les droits des victimes pour remédier aux carences observées des systèmes nationaux.

législation de l'Union²⁷². En visant spécifiquement les droits des victimes de la criminalité, l'article 82 § 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne permet au Parlement européen et au Conseil de l'Union européenne d'intervenir en ce domaine par voie de directives, et non plus de décisions-cadres, pour inciter les États membres à réviser leur système pénal sur la base de règles minimales. Pour exemple, la directive 2012/29/EU établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil s'inscrit pleinement dans cette évolution. Cette directive comprend trente-deux articles, mais également un long préambule qui lui donne toute son importance. Elle confère en effet aux droits des victimes une réelle consistance bien qu'elle affirme seulement poser des règles minimales. La question reste de savoir ainsi quelle est la place de la justice réparatrice dans cette directive²⁷³.

La place de la justice réparatrice au sein de la Directive européenne se comprend à la lecture de cette dernière. Elle n'y apparaît pas de manière précise. Au regard des cinq chapitres qui composent ladite Directive, aucun d'entre eux n'est en effet expressément consacré à la justice réparatrice. Celle-ci apparaît dans certaines dispositions de la Directive. Dans le paragraphe 46 du préambule, il est fait état de l'intérêt des services de justice réparatrice tels que la médiation entre la victime et l'auteur de l'infraction, la conférence en groupe familial et les cercles de détermination de la peine, sous réserve toujours que ces mesures offrent des garanties suffisantes à la victime. De plus, dans l'article 2 de la Directive est définie la justice réparatrice comme « *tout processus permettant à la victime et à l'auteur de l'infraction de participer activement, s'ils y consentent librement, à la solution des difficultés résultant de l'infraction pénale, avec l'aide d'un tiers indépendant* ». Enfin, dans l'article 12 est affirmé le droit à des garanties dans le contexte des services de justice réparatrice. Par conséquent, les dispositions de ladite Directive invitent à s'interroger sur la compatibilité du droit français avec ce texte au regard des efforts engagés sur le terrain de la justice réparatrice eu égard la loi de 2014 ayant instauré la justice restaurative.

44. Par ailleurs, au regard du contenu de ladite Directive, certaines insuffisances sont toutefois à noter. À la lecture des différentes dispositions indiquées précédemment, la

²⁷² T. CASSUTO, « Le nouveau dispositif législatif de l'Union européenne en faveur des victimes de la criminalité », AJ pénal 2013, p. 534.

²⁷³ E. VERGES, « Un corpus juris des droits des victimes : le droit européen entre synthèse et innovations. A propos de la Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité », RSC 2013, p. 121. A ce sujet, le Professeur Etienne VERGES n'a pas hésité à qualifier de « *véritable corpus juris* » la directive 2012/29/UE.

conclusion est telle que la Directive ne fait pas grande éloge de la justice réparatrice. Dans son paragraphe 46 de son préambule, il est indiqué que « *les services de justice réparatrice peuvent être très profitables à la victime, mais nécessitent la mise en place de garanties pour éviter qu'elle ne subisse une victimisation secondaire et répétée, des intimidations et des représailles* » et que « *ces services devraient accorder la priorité aux intérêts et aux besoins de la victime, à l'indemnisation du préjudice qu'elle a subi et à la prévention de tout nouveau dommage* ». Il conviendrait alors de constater que cela traduit quelques interrogations vis-à-vis des mesures de justice réparatrice. Ces dernières ne semblent devoir être utilisées que dans la mesure où elles vont dans le sens de la victime de l'infraction. Le risque serait de ce fait d'oublier la prise en compte indispensable de l'auteur. Par ailleurs, à la lecture de l'article 12 de la Directive, il est fait état du droit à des garanties dans le contexte des services de justice réparatrice et non sur un droit à la justice réparatrice. Il est affirmé précisément que « *les services de justice réparatrice ne sont utilisés que dans l'intérêt de la victime* ». La conception de la justice réparatrice retenue par la Directive ne prend manifestement pas en considération les intérêts de l'auteur de l'infraction, ce qui apparaît être contraire à l'objet même de la justice réparatrice et ne permet pas dès lors d'y voir un texte de référence en la matière. Par conséquent, cela ne doit pas conduire à se satisfaire de l'état actuel du droit français au regard du droit européen. Il ne s'agit en effet que de règles minimales dans ladite Directive.

« *L'adoption de règles minimales n'empêche pas les États membres de maintenir ou d'instituer un niveau de protection plus élevé pour les personnes* »²⁷⁴. Une circulaire relative à la justice restaurative²⁷⁵ a été rendue publique le 17 mars 2017 et a été adressée aux magistrats afin que ces derniers puissent juger le bien-fondé de la mise en place des objectifs de pratiques restauratives.

²⁷⁴ Prévu par le paragraphe 11 du Préambule de ladite Directive.

²⁷⁵ Cette circulaire rappelle que « *la justice restaurative, dans son acception pleine et entière, a été consacrée par la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales* ». C. FLEURIOT, « Justice restaurative : il fallait informer et rassurer les magistrats », D. Actu., 21 mars 2017. Madame FLEURIOT précise que la circulaire « *signale que l'autorité judiciaire joue un rôle majeur dans son impulsion, et dans l'évaluation qualitative du dispositif, sans pour autant contrôler le déroulement de la mesure individuelle* ».

Section 2

Les objectifs de la peine réparatrice

45. La peine réparatrice a une place prépondérante lors du prononcé de la peine. Le maintien de la rétribution parmi les buts assignés à la peine ne doit pas faire réduire sa place²⁷⁶. En effet, une répression qui ne se préoccupe pas de réadapter les délinquants fait une œuvre vaine ou inhumaine. Inhumaine est la procédure pénale qui se reflète à travers des peines éliminatrices. Le droit pénal français y a renoncé en abolissant la peine de mort en 1981. Il existe des peines perpétuelles et ces peines ont également comme objectif principal la réparation. Ladite réparation est considérée comme ambivalente dans le sens où elle repose sur une réparation concrète et une réparation symbolique (§ 1). Dans le même temps, est relevée une peine dite adéquate (§ 2).

§ 1. L'ambivalence affirmée de la réparation

46. L'article 130-1 du Code pénal rappelle que « *afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions de sanctionner l'auteur de l'infraction et de favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion* ». Ces dispositions mettent en exergue la trilogie société, victime et délinquant. La réparation ambivalente se traduit alors à travers une réparation concrète (A) et une réparation symbolique (B).

A. Une réparation concrète

47. La justice réparatrice est une conception de la justice orientée vers la réparation des dommages causés par un acte, qu'il soit criminel ou délictuel. La victime ou sa famille est au cœur de ce processus afin que l'auteur prenne conscience de la répercussion de son acte et

²⁷⁶ Sur les buts de la peine et notamment la réinsertion sociale : J. VERIN, « Pénologie de la responsabilité », RSC 1980, p. 489 ; J. VERIN, « La recherche conduirait-elle à abandonner la politique criminelle de réinsertion sociale ? », in *La criminologie, bilan et perspectives, Mélanges offerts à J. PINATEL*, 1983, p. 61 ; A. NORMANDEAU, « Le mythe de la réhabilitation », RSC 1978, pp. 401-409.

répare le mal causé, dans la mesure du possible. La justice restaurative est « *le vecteur d'épanouissement du système de justice pénale* »²⁷⁷. La peine réparatrice a pour objectif principal de responsabiliser l'auteur d'une infraction. Certains délinquants participent aux programmes de justice réparatrice, ces derniers ont un taux de respect des engagements beaucoup plus élevé. Par ailleurs, ces programmes de responsabilisation ont une incidence qui diffère selon les individus. En effet, l'incidence positive que peuvent avoir ces derniers doit être évaluée. Cette dernière peut être forte comme faible, voire modérée. La réussite de la justice réparatrice repose dans les compétences, la qualité des protagonistes qui la mettent en œuvre. La responsabilisation de l'auteur se mesure en effet à travers l'engagement des protagonistes de l'infraction. Les mesures de justice restaurative, dès qu'elles sont rendues opérationnelles, provoquent de réelles ruptures « *épistémiques* » dont le bénéfice revient, étant toutefois complémentaire, au système de justice pénale. Dans le modèle de justice pénale actuel²⁷⁸, le crime est considéré comme un acte portant atteinte à l'État. La justice met exclusivement l'accent sur la responsabilité abstraite de la personne qui a commis l'infraction, sur le passé de la faute, dans le but de lui appliquer la peine prévue par la loi. La justice est appréhendée au travers d'une procédure d'opposition entre différents adversaires et victimes demeurant passifs, voire ignorés. Le droit positif réduit ainsi « *la procédure à une question technique* »²⁷⁹. La peine prévue par la loi est juste en elle-même, car le respect des règles l'emporte sur les résultats. La justice a pour but d'identifier les besoins et les obligations de chacun des protagonistes. « *La responsabilisation concrète de tous conduit à la recherche de solutions consensuelles, tournées vers l'avenir et destinées à réparer tous les préjudices* ». Les résultats, tout autant que le processus, apparaissent ici essentiels, comme l'indiquent les différentes mesures disponibles.

La force et la difficulté de la justice réparatrice reposent sur la rencontre volontaire et encadrée de deux personnes que tout paraît devoir séparer. Il convient de rappeler que ces différents protagonistes se sont rencontrés à « *l'occasion de la commission d'une infraction, ne prédisposant pas à créer les conditions d'un dialogue* ». Ces personnes se sont revues au moment du procès pénal, lors duquel doit s'opérer un renversement des positions, la victime prenant le dessus de son agresseur. Cette phase n'est pas prédisposée à ouvrir un potentiel

²⁷⁷ Affirmation du Professeur Robert CARIO, professeur de criminologie à l'Université de Pau et des pays de l'Adour. R. CARIO, « La justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale ? », AJ pénal 2007, p. 373.

²⁷⁸ R. CARIO, « La consécration législative de la justice restaurative », LPA 2016, n° 1, pp. 6-11.

²⁷⁹ I. AERTSEN, *Renouer les liens sociaux. Médiation et justice en Europe*, publication du Conseil de l'Europe, 2007.

futur dialogue. Pour qu'une mesure de justice restaurative puisse être mise en œuvre, l'auteur doit reconnaître en effet les faits, c'est à dire à la fois son implication et sa responsabilité. En pratique, lorsqu'un détenu arrive au bout de la période incompressible de sa peine perpétuelle, est-il possible alors de lui proposer une forme de justice restaurative ? Il faudra alors s'intéresser à la responsabilité de l'auteur.

48. La notion de responsabilité de l'auteur se détermine également à travers l'engagement des protagonistes de l'infraction. Comme indiqué précédemment, le désir exprimé par l'un et accepté par l'autre ne va pas de soi et un cheminement devra être réalisé pour favoriser cette perspective nouvelle où le ressentiment cédera à la recherche d'apaisement. La justice restaurative repose sur des mesures, dont les principales sont la médiation entre la victime et l'auteur de l'infraction. Les mesures engendrées par la justice restaurative, conformément à sa philosophie, ont pour objectif d'offrir la possibilité à l'ensemble des personnes concernées de prendre une part active dans la recherche et la mise en œuvre des solutions susceptibles de leur permettre de reprendre le cours de leur vie. Aussi une conférence composée du groupe familial peut se réunir afin de déterminer la peine. D'autres mesures s'en rapprochent, comme « *les Commissions-vérité-réconciliation ou les Cercles de soutien et de responsabilité* ». La plupart de ces mesures sont mises en œuvre « *en face à face* », à tous les stades de la procédure. La gravité des actes importe peu, dès lors que les conditions énoncées sont remplies. Les rencontres détenus-victimes y occupent une place particulière en ce qu'elles offrent, après condamnation, un dialogue entre un groupe de condamnés et de victimes. Elles se déroulent selon un protocole rigoureux. L'ensemble du processus doit être maîtrisé par un professionnel, dans le cadre d'une préparation très aboutie. Quatre phases sont généralement identifiées correspondant à l'éligibilité, la rencontre, la négociation, le suivi de l'accord. Ces dernières conduisent à des accords divers, portant sur les répercussions du crime. Le juge est seul compétent pour juger des conséquences directes du crime et cette pratique de justice restaurative peut aller au-delà de sa seule compétence. Il peut s'agir, tout d'abord, au travers des échanges que permettent les mesures mises en œuvre, d'aborder les raisons pour lesquelles le crime a été réalisé, les personnes affectées, les circonstances dans lesquelles il a été réalisé. Les questions du « *pourquoi* » et du « *comment* » sont essentielles pour les victimes et leurs proches, mais également pour les proches de

l'auteur de l'infraction et lui-même²⁸⁰. Il peut s'agir encore de négocier les solutions les meilleures pour que les aspects de la vie quotidienne, très concrètement, soient aussi réparés, tant au plan familial que social. La sincérité de l'auteur de l'infraction rend accessible aux victimes les excuses, favorisant ainsi la responsabilisation de l'auteur. Tout l'intérêt repose ainsi sur le fait que lors de la phase d'instruction, l'opportunité de mettre en œuvre une telle mesure fait l'objet d'une concertation entre le parquet et le siège. Aussi dans la phase de prononcé d'une peine perpétuelle, il pourrait être prévu suite à une concertation et avec l'accord préalable du magistrat que le prévenu dont la culpabilité criminelle a été reconnue bénéficie après avoir exécuté sa peine d'une mesure relevant de la justice restaurative ; lui permettant après la période incompressible de bénéficier d'un aménagement. Aussi après avoir réparé le préjudice causé à la société, le prévenu réparerait alors symboliquement les victimes et leurs familles.

B. Une réparation symbolique

49. Le Traité de Lisbonne pose le principe selon lequel la victime et au cœur de tout procès et doit être considérée en tant que telle afin d'obtenir réparation des préjudices subis. À travers la justice réparatrice ou restaurative, la notion de réparation peut paraître parfois symbolique dans le sens où il faut appréhender la victime, c'est-à-dire la considérer. Les victimes sont au cœur de la justice réparatrice puisque la notion même de réparation vient rappeler que la justice a vocation aussi à réparer les torts causés. Les mécanismes juridiques prévoient depuis longtemps les procédures à suivre pour obtenir cette réparation que la loi veut « *intégrale* ». La nouveauté du concept de justice réparatrice réside, dans le sens où ce dernier au-delà des compensations légitimes offertes à celui ou celle qui a été injustement traitée par la commission d'une infraction, dans le fait d'élargir le champ de cette véritable restauration de la paix publique troublée par cette infraction. Les impératifs du procès équitable ont conduit à offrir à la victime la place qui n'aurait jamais dû cesser être la sienne « *es qualités d'acteur aux côtés de l'infracteur et du procureur* ». Il ne peut en effet y avoir de vérité judiciaire sans celle de la victime. Lorsque la victime était une partie civile, sa démarche s'inscrivait dans une action contre celui qui est à l'origine de son dommage. Dans la

²⁸⁰ Dans un communiqué, le garde des Sceaux, Jean-Jacques URVOAS, définit la justice restaurative comme « *une pratique complémentaire au traitement pénal de l'infraction, qui vise à restaurer le lien social endommagé* ». Elle s'appuie sur le dialogue entre personnes se reconnaissant victimes et auteurs d'infractions, qu'il s'agisse des parties concernées par la même affaire ou non.

justice réparatrice, la victime fait un pas vers l'auteur de l'infraction parce qu'elle espère que cette démarche inhabituelle permettra à la personne condamnée de faire un chemin vers l'apaisement. Le mouvement en faveur des victimes constitue une source non négligeable d'inspiration du courant réparateur. Il faut néanmoins rester prudent dans l'analyse des rapports que ce mouvement entretient avec la justice réparatrice, du moins dans la période d'éclosion du modèle. De nombreuses critiques fusent concernant la poussée dite « *victimaire* » actuelle. La justice réparatrice ne doit pas conduire à focaliser toute l'attention sur la victime et entretenir l'illusion d'une société capable de satisfaire toutes ses revendications. Certains auteurs estiment que ce phénomène est à la source de l'aggravation de la sévérité de la réponse pénale à l'égard des condamnés. Or en France, l'égalité des armes est une nécessité démocratique, un impératif conforme aux droits humains et aux principes fondamentaux de droit criminel protégés par la Cour européenne de droits de l'homme. Les mesures de justice restaurative sont susceptibles d'offrir à l'œuvre de la justice menée son plein épanouissement. Chaque rencontre réussie entre l'auteur et sa victime, chaque réparation acquise permet d'éviter une récidive. Par ailleurs, de nombreuses positions de principes des associations de défenses et de promotion des droits et intérêts des victimes s'opposant à la médiation dans certains types de délits illustrent le rapport paradoxal que le mouvement *victimaire* entretient avec la justice réparatrice. C'est essentiellement autour de la finalité réparatrice, une finalité cependant non exclusive de finalités punitives, et autour de la nécessité d'accorder une place centrale à la victime dans le processus pénal que le mouvement *victimaire* est parvenu à souscrire aux principes de la justice réparatrice. Quid concernant le condamné à perpétuité libéré après la durée de la peine incompressible. À l'évidence, la société ne pourra s'apaiser face au trouble que cause toute infraction que par la conviction, fondée sur le constat d'une réalité tangible, selon laquelle tout a été essayé.

50. La justice restaurative présente pour avantage d'avoir le souci de la sanction des actes, mais aussi de la réparation des personnes en vue de rétablir la paix sociale fortement compromise par le crime. Transposer le crime vers le registre d'une rupture d'un lien social pose divers problèmes. Cette sémantique renvoie à une abstraction et à une vision consensuelle des rapports sociaux. Le lien social peut se définir selon la notion même de contrat social qui lie les citoyens à l'État ou à la communauté. Reposant sur un précepte philosophique « *reintegrative shaming* »²⁸¹, « *la justice restaurative entend en ce sens*

²⁸¹ I. AERTSEN, *Renouer les liens sociaux. Médiation et justice en Europe*, op.cit.

souligner le caractère inacceptable de l'acte commis et affirmer de manière consubstantielle l'amour que les proches et la communauté continuent de porter à celle ou celui qui endosse, avec sincérité, la responsabilité de l'acte criminel ». Il s'agit de rendre justice autrement. Elle est inscrite dans une dynamique selon laquelle elle suppose la participation volontaire de ceux qui s'estiment concernés par le conflit de nature criminelle. Cela permet d'ouvrir la négociation, ensemble par une participation active en la présence et sous le contrôle d'un tiers psychologique, de solutions les meilleures pour chacun, de nature à conduire par la responsabilisation des acteurs à la réparation de tous afin de restaurer plus globalement l'harmonie sociale.

Dans le modèle de justice pénale actuel, le crime est considéré comme un acte portant atteinte à l'État. La justice met exclusivement l'accent sur la responsabilité abstraite de l'infacteur, sur le passé de la faute, dans le but de lui appliquer la peine prévue par la loi. La justice est vue au travers d'une procédure d'opposition entre adversaires, infracteurs et victimes demeurant passifs, voire ignorés. Le droit positif réduit ainsi « *la procédure à une question technique* ». La peine prévue par la loi est juste en elle-même, le respect des règles l'emportant sur les résultats. Il est considéré que le crime est davantage une atteinte aux personnes. La justice a, par conséquent, pour but d'identifier les besoins et les obligations de chacun des protagonistes. La justice se conçoit comme un processus impliquant, de manière active, toutes les personnes intéressées. Par le dialogue sont encouragés réciprocité et partage des émotions. La responsabilisation concrète de tous conduit à la recherche de solutions consensuelles, tournées vers l'avenir et destinées à réparer tous les préjudices. Les résultats, tout autant que le processus, apparaissent ici essentiels, comme l'indiquent les différentes mesures disponibles.

§ 2. L'adéquation consacrée de la peine

51. La justice restaurative se matérialise par des mesures originales, mises en œuvre au sein du système de justice pénale. Le balancier constant entre les deux impératifs trop souvent perçus comme contradictoires et pourtant évidemment complémentaires que sont le droit à la sécurité et le respect des droits de l'homme ponctue le débat politique sur le sens de la justice pénale. L'adéquation consacrée de la peine se traduit par une adaptation de la réponse pénale (A) ainsi que par une unicité de la fonction réparatrice (B).

A. Une adaptation de la réponse pénale

52. La Cour européenne des droits de l'homme considère qu'une peine à perpétuité est acceptable à condition qu'elle soit réservée aux crimes les plus graves. Qu'en est-il alors des peines à perpétuité réelles ? En 1977, le 21 juin plus précisément, la Cour constitutionnelle allemande décrétait que la peine à perpétuité réelle était « *contraire à la dignité humaine, garantie par la Constitution* ». Toutefois, plusieurs décisions relatent le fait qu'une peine à perpétuité « *sans possibilité de droit et de fait d'une libération pourrait soulever une question sous l'angle de l'article 3* ». L'arrêt concernant l'affaire *Bulger*²⁸² relate la délinquance chez les mineurs et ainsi est la parfaite démonstration de la modulation des peines en fonction de la gravité des situations alors même que le délinquant était susceptible d'être emprisonné à perpétuité. En 1998, la Cour européenne des droits de l'homme avait justifié le principe de modulation des peines en fonction de la gravité. La justice pénale repose sur différentes missions reposant sur l'élaboration d'une politique pénale cohérente, le développement du droit des victimes et la mise en œuvre effective d'une politique de réinsertion ambitieuse. La justice réparatrice peut et doit répondre à ces trois missions. La première mission d'une justice pénale moderne est de définir une politique pénale cohérente, afin de rendre lisible, c'est à dire visible et compréhensible la réponse publique au crime²⁸³. La deuxième mission vise à augmenter les possibilités de réparer le tort fait aux victimes d'infractions. La justice réparatrice peut s'inscrire dans ce mouvement constant imprégné par le droit européen. Les institutions internationales européennes ont fait de la cause des victimes d'infraction un moteur d'intégration nourri d'un sujet consensuel. La troisième mission consiste à favoriser les possibilités de réinsertion des condamnés.

²⁸² CEDH, 16 déc. 1999, *T. c/ Royaume-Uni*, n° 24724/94, § 97, RTDH 2002, p. 111 s., obs. F. MASSIAS. « *Un enfant de deux ans avait été assassiné par deux jeunes gens âgés de dix ans. Les jeunes délinquants avaient été condamnés selon une procédure pénale pour adultes, l'âge de la responsabilité pénale en Angleterre ayant été abaissé à 10 ans. Les deux condamnés se sont retrouvés sous le coup d'une mesure indéterminée qui pouvait s'imposer au reste de leur vie. L'affaire avait été portée devant la CEDH six ans après les faits. La Cour a estimé que cette période n'était pas encore disproportionnée et qu'il était trop tôt pour savoir si la détention se prolongerait jusqu'à constituer un traitement inhumain et dégradant violant l'article 3. La Cour avait précisé que la mesure indéterminée devait être revue régulièrement par un organe indépendant, de préférence un tribunal, et qu'une détention à perpétuité sans possibilité de libération pourrait constituer une violation de l'article 3. Les deux condamnés ont été libérés après huit ans de détention, moyennant un changement de leur identité par crainte de représailles* ».

²⁸³ Les procureurs généraux donnent une définition selon laquelle : « *la politique pénale a pour objet d'arrêter les priorités que commande l'intérêt général en ce qui concerne la constatation des infractions à la loi pénale, la recherche et la sanction de leurs auteurs, la protection des victimes, l'exécution des décisions judiciaires répressives et la coopération pénale internationale* ».

53. Eu égard à ces trois missions, il ne faut pas oublier de préciser également que la justice réparatrice ne doit pas être un simple mécanisme de transaction. Pour le criminel il ne saurait être question d'en faire un élément de négociation puisque la véritable raison d'être de la justice réparatrice est la rencontre entre deux personnes : un criminel qui a été condamné définitivement et une victime qui a fait valoir ses droits à la réparation. Il convient de rappeler que la justice réparatrice ne doit pas être un leurre. Elle ne doit pas convaincre le criminel que l'adhésion à la démarche est susceptible d'effacer l'infraction commise et ses conséquences. Pour la victime, accepter la justice réparatrice ce n'est ni renoncer à ses droits de victime ni faire que l'infraction n'ait pas eu lieu ni même souscrire une forme d'assurance anti-récidive²⁸⁴. Il convient par ailleurs de s'assurer strictement que la justice réparatrice ne se trouve pas constituer un danger pour ceux qui y recourent. La victime ne peut être rapprochée de celui qui a commis l'infraction qu'à la condition que ce rapprochement ne fasse réémerger des stress et des souffrances dont l'origine remonte précisément à cette rencontre initiale avec le criminel. Il faut prendre en considération la sécurité de la victime pour éviter la résurgence d'une violence que précisément la justice réparatrice entend faire reculer. C'est l'intérêt aussi du criminel de ne s'engager qu'à coup sûr dans ce processus pour éviter dans un premier temps que l'adhésion d'une victime à la justice réparatrice ne soit énoncée que pour masquer un désir de revanche qui n'aurait pas été suffisamment assouvi par le procès et la peine. Dans un second temps parce que la récidive n'aura de chance d'être prévenue que si le condamné ne perçoit pas la justice réparatrice comme une double peine donc une injustice dans la mesure où la démarche lui serait en quelque sorte imposée. De fait, il faudra s'assurer lors de la mise en place de la justice réparatrice que cette dernière a été librement consentie de manière éclairée et réfléchie. Par conséquent, il conviendra alors de déterminer le caractère unique de ladite justice posant l'unicité de la fonction réparatrice de la peine.

B. Une unicité de la fonction réparatrice

54. La fonction réparatrice de la peine repose sur un caractère unique selon lequel il est nécessaire d'apaiser les conflits en substituant à la vengeance privée ou à la loi du plus fort le recours au droit. Une conception restauratrice de la peine amène un auteur à dénoncer

²⁸⁴ « La tentative peut échouer, elle peut être frustrante et elle n'a de valeur durable que par l'exemple donné d'une confiance raisonnée dans la capacité de l'un à surmonter ses rancœurs et de l'autre à accepter d'admettre ses torts. Comme souvent pour la réponse judiciaire, c'est davantage une obligation de moyens que s'impose la victime, qu'une obligation de résultats sur la possible rédemption du criminel ».

« l'économie de la souffrance », caractéristique de la pénalité classique comme « non seulement stérile, mais contre-productive » et à considérer au contraire la réparation comme « une peine constructive [...], un échange dont toutes les parties peuvent sortir gagnantes [...] ». Si l'économie de la peine classique est délibérément additive en cherchant au contraire à positiver l'expérience sociale de la délinquance en proposant à chacun d'intégrer « un cercle vertueux »²⁸⁵, il s'agit alors d'évaluer l'utilité des pratiques réparatrices. Il conviendra alors de constater la satisfaction des intéressés ayant bénéficié de l'une des mesures restauratives. Évalués scientifiquement, les sentiments des protagonistes convergent, comme notamment ceux d'avoir obtenu justice, de ressentir un apaisement physique ou psychique. La reconnaissance offerte par le processus restauratif est soulignée par tous comme la condition d'un possible retour parmi les autres êtres humains. Il convient de constater que le fait d'avoir la chance de pouvoir donner son point de vue est réparateur, quelle que soit la gravité du crime. Les magistrats et les acteurs socio-judiciaires considèrent que la complémentarité entre les mesures de justice réparatrice et celles de la justice est parfaitement viable. En effet, il s'agit au-delà de l'aspect humain, d'un facteur de gain de temps pour tous. Ainsi socialisé, le désir de « vengeance vindicative et destructrice » s'estompe pour laisser place au partage, à la réciprocité, à l'intercompréhension, qui rend à nouveau actif, qui permet de reprendre le pouvoir sur sa vie. La responsabilisation subséquente du condamné aurait un effet sur le taux de récidive, la peur du crime serait envisagée à travers la sincérité de leurs regrets et de leurs engagements pour l'avenir. Le condamné prend conscience qu'il appartient à la communauté, prête à l'accueillir de nouveau, après s'être acquitté de ses obligations. Il mesure clairement que c'est l'acte qu'il a commis qui est stigmatisé comme inacceptable, alors que lui-même demeure une personne, ayant toute sa place au sein de la société. En ce sens, les promesses de la justice réparatrice sont indiscutables.

55. Si la justice pénale traditionnelle répond aux conséquences de l'acte, au bénéfice des protagonistes directs, plus rarement au profit de leurs proches, elle laisse en suspens les répercussions, multiples, profondes et douloureuses engendrées par le crime. Dans le cadre des mesures restauratives, tout ce qui a affecté la vie quotidienne des personnes touchées par le crime est envisagé et des réponses négociées sont proposées, au plus près des besoins des uns, au plus près des obligations des autres, au plus près des possibilités de tous. Il importe donc d'inscrire en urgence la justice réparatrice dans le paysage juridico-pénal en France

²⁸⁵ A. GARAPON, « La justice reconstructive », in *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, A. GARAPON, F. GROS et Th. PECH (ss la dir.), Paris, Odile Jacob, 2001, pp. 308-309.

concernant les condamnés à perpétuité. Il conviendra alors de préciser que dans la jurisprudence de la Cour européenne, la morale a une place prépondérante influençant l'appréciation des juges et déplaçant le curseur de leur marge d'appréciation. Aussi le principe d'unicité de la fonction réparatrice de la peine doit-il répondre aux valeurs morales européennes, la morale étant relative à la marge nationale d'appréciation ? La notion de « *marge nationale d'appréciation* », comme le rappelle Madame Deffains, qui vise à concilier une norme commune avec la sauvegarde du pluralisme juridique, est familière des spécialistes du droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Il peut être considéré que cela résumerait toute « *la dialectique du contrôle du juge européen qui réside dans le souci de faire place à l'autonomie nationale, tout en préservant le droit commun* »²⁸⁶. Celle-ci est alors assurément essentielle dans la mesure où elle définit le rapport de compatibilité qui doit exister entre les mesures nationales et la norme conventionnelle. La marge nationale d'appréciation représente et illustre la marque de sensibilité des juges européens. De ce fait, elle peut être appréciée en tant qu'outil privilégié de « *cohésion* »²⁸⁷. Il a été formulé qu'il s'agissait du « *moyen trouvé par le juge de Strasbourg pour conjuguer l'universalisme des droits de l'homme avec le relativisme des traditions nationales* »²⁸⁸. La morale est alors de manière quasi systématique utilisée par le juge européen afin de fonder la marge nationale d'appréciation. En effet, dans le cadre d'un conflit entre une norme européenne garantissant une liberté fondamentale et une norme nationale qui lui porte atteinte, le juge admet lorsqu'un facteur moral est en cause que l'État dispose d'une marge d'appréciation. Par conséquent, le juge européen fait preuve de retenue face aux arguments moraux qui ont conduit l'État à adopter cette norme nationale. La morale peut alors justifier une large marge d'appréciation au profit des États qui peut aller jusqu'à justifier de limiter un droit considéré comme fondamental dans l'ordre juridique dont le juge est l'unique décisionnaire²⁸⁹. Aussi, il n'existe pas de définition européenne de la morale, aucun juge européen n'ayant pris le risque d'en donner une. C'est ainsi aux États de la définir, car la Cour européenne des droits de l'homme précise que la morale est une notion contingente qui peut faire l'objet de variation « *dans le temps et dans l'espace, spécialement à notre époque* »²⁹⁰. La morale n'est donc devenue

²⁸⁶ F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (GACEDH)*, 8^e éd., PUF, 2017, p. 77.

²⁸⁷ M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « La marge nationale d'appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction ? », RSC 2006, n° 1, p. 25.

²⁸⁸ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 2004, p. 15.

²⁸⁹ F. TULKENS et L. DONNAY, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », RSC 2006, n° 1, p. 3.

²⁹⁰ Pour exemple, CEDH, 26 avr. 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, n° 6538/74, Série A, n° 30, § 59. CEDH,

une notion autonome, elle est « *un indéfini au plan européen* »²⁹¹. Aussi s'il est admis que les autorités nationales disposent alors d'une marge nationale d'appréciation quant aux exigences reconnues à la protection de l'ordre social et la mise en place d'une peine réparatrice²⁹², il n'en reste pas moins que l'existence d'une marge d'appréciation va de pair avec un contrôle européen.

22 oct. 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, n° 7525/76, Série A, n° 45 ; CDE 1982, p. 221, chron. G. COHEN-JONATHAN ; AFDI 1982, p. 504, chron. R. PELLOUX ; JDI 1985, p. 185 chron. P. ROLLAND. CEDH, 16 fév. 2010, *Akdas c/ Turquie*, n° 41056/04, § 27 : La Cour européenne des droits de l'homme précise alors que « *parmi les causes de variabilité de la morale, il faut prendre en considération au sein d'un même État l'existence de diverses communautés culturelles, religieuses, civiles ou philosophiques* ».

²⁹¹ S. BARBOU DES PLACES, R. HERNU et P. MADDALON (ss la dir.), *Les Cahiers européens*, « *Morale(s) et droits européens* », n° 8, éd. Pedone, 2015.

²⁹² Il arrive en effet que le juge européen, placé devant l'invocation de conceptions morales, dites « *profondes* », soit amené à renoncer au contrôle qui aurait pu être le sien. En effet, la durée de la peine d'emprisonnement ne rend pas en elle-même une atteinte disproportionnée. Aussi pour déterminer la peine, les juridictions apprécient la gravité de l'infraction. Cette peine dépend alors de la gravité de la culpabilité, celle de l'infraction et la répétition des infractions constatées.

TITRE 2

LA CONSÉCRATION DE LA PEINE PERPÉTUELLE

« La peine de mort est un supplice et l'on ne peut pas remplacer un supplice par un autre ».

Robert BADINTER²⁹³.

56. L'emprisonnement à perpétuité s'est imposé comme une peine socialement acceptable, étant à la fois réparatrice²⁹⁴ et rétributive²⁹⁵. À cet égard, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme aurait pu donner « *les clés d'une compréhension de la notion de peine* »²⁹⁶. En ce sens, sa jurisprudence relative aux critères de détermination de la peine n'est pas fixée de manière précise²⁹⁷, « *ceux-ci n'ayant de cesse de s'élargir pour accueillir un nombre toujours plus important de mesures* »²⁹⁸. Aussi lorsqu'est envisagée le prononcé de la réclusion criminelle à perpétuité, « *notamment quand cette peine a été requise, même si la demande du représentant du Ministère public n'est qu'incitative, voire fortement préconisée, un grand nombre d'interrogations sont au cours du délibéré, verbalisées et très souvent, c'est à partir de la discussion qui s'instaure autour de ces questionnements que progressivement les uns et les autres décident en leur for intérieur de voter ou non la peine maximum* »²⁹⁹. Cette peine est alors adaptable en fonction des personnes condamnées. Au regard de la reconnaissance ou du refus de circonstances lorsque ces dernières peuvent être

²⁹³ Robert BADINTER, fervent abolitionniste durant sa carrière d'avocat et ancien Garde des Sceaux à l'origine de cette loi réfutait déjà lors de son discours devant l'Assemblée nationale le 17 septembre 1981 l'idée de la peine à perpétuité.

²⁹⁴ V. *supra* n° 33.

²⁹⁵ V. *supra* n° 10.

²⁹⁶ C. MANDON, « La notion de peine », in *Pour une refonte du droit des peines*, E. BONIS-GARÇON (ss la dir.), éd. Lexis Nexis, 2016, p. 76.

²⁹⁷ G. TAUPIAC-NOUVEL, « À la recherche de la peine en droit pénal de l'Union européenne », *Dr. pén.*, sept. 2015, n° 9, dossier 6. La Cour de justice de l'Union européenne essaye d'apporter quelques précisions mais elle reste néanmoins floue. Elle précise uniquement les qualités que se doit de revêtir la peine et elle ne contribue pas à la détermination et à la précision de celle-ci.

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ A.-M. BAUDON, « La réclusion criminelle à perpétuité vue par un magistrat », *loc. cit.* p. 154.

justifiées au contexte de l'espèce, aux circonstances dans lesquelles le crime a été commis ou au regard de la personnalité de la personne poursuivie.

Il convient alors de s'interroger sur le fait de savoir lorsque le prononcé de la peine conclut à la réclusion criminelle à perpétuité si l'individu restera toute sa vie enfermé. Dans la négative, quelle est la durée durant laquelle il sera emprisonné ? De ce fait, il paraissait nécessaire de rappeler les critères déterminant la peine perpétuelle et permettant d'apprécier une peine consacrée qui est néanmoins modérée quant à sa durée d'autant que l'adaptation de la sanction est encadrée. Dans cette mesure, l'encadrement de l'interprétation est sanctionné. Par conséquent, la nébuleuse de l'emprisonnement à perpétuité est légitime, car le régime juridique qui régit cette peine est complexe. En ce sens, l'effectivité conditionnée de la peine perpétuelle (Chapitre 1) est complémentaire à l'efficacité subordonnée de cette dernière (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

L'EFFECTIVITÉ CONDITIONNÉE DE LA PEINE PERPÉTUELLE

57. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en sa qualité de traité international consacre non seulement une série de droits, mais aussi un système de protection afin d'assurer l'effectivité de ces droits. Il s'agit par conséquent de sauvegarder effectivement des droits, mais également d'obliger les États à respecter leurs propres obligations et non d'en constater simplement l'existence plus ou moins abstraite. Il conviendra de rappeler que l'originalité de la Convention réside dans le choix d'un dispositif juridictionnel par la création d'une juridiction internationale compétente pour condamner les États qui ne respecteraient pas leurs engagements. Ce contrôle extérieur en matière de libertés et de droits fondamentaux limite la souveraineté des États fondateurs du Conseil de l'Europe. Aussi, il conviendra d'admettre que le système pénal doit respecter alors les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme et par conséquent concernant le domaine de recherche de l'espèce veiller au respect de tels droits lors du prononcé d'une réclusion criminelle à perpétuité. Le raisonnement permettrait de mettre en évidence la nature de la survenance de la peine perpétuelle ainsi que sa substance. Les droits substantiels et procéduraux de l'individu sont confrontés aux exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme. Sont appliqués alors des droits « classiques », des distorsions sont-elles visibles dans le cadre de l'infraction qui conduit à une condamnation à perpétuité ? L'application de droits dont bénéficie un individu doit-elle être remodelée lorsque l'infraction conduit à une condamnation à perpétuité ? L'effectivité de la peine perpétuelle est ainsi conditionnée par la consécration de la sanction (Section 1) et elle est indubitablement par la modération de la sanction (Section 2).

Section 1

La sanction consacrée

58. La garantie que consacre l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme³⁰⁰, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention. Aussi de la manière dont il découle de son objet et de son but, il faut l'interpréter et l'appliquer de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, les condamnations et les sanctions arbitraires. Il ne faudrait pas alors analyser cet article comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre. La condition sera rappelée, il faut que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et prévisible de manière raisonnable³⁰¹. La garantie substantielle est un ensemble de règles juridiques qui définissent les droits et obligations de ce système juridique par opposition au droit procédural qui précise la manière dont les personnes peuvent faire valoir leur droit. L'article 7 est à mettre en corrélation avec l'article 5³⁰² et l'article 6³⁰³ de la Convention européenne des droits de

³⁰⁰ Article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme : « 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. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.

2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ».

³⁰¹ CEDH, 12 fév. 2007, *Pessino c/ France*, n° 40403/02. Dans cette décision, la Cour a sanctionné l'imprévisibilité de la jurisprudence pénale. Selon cet arrêt, il faut alors se prémunir contre les interprétations jurisprudentielles défavorables inaccessibles et imprévisibles.

³⁰² Article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme « 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.

l'homme qui consacrent alors une garantie substantielle adaptée (§ 1) mise en corrélation avec des garanties processuelles invariables (§ 2).

§ 1. La garantie substantielle adaptée

59. La consécration de la sanction se traduit indubitablement au travers de l'adaptation de la garantie substantielle. Ladite garantie est non négligeable dans le sens où la méconnaissance d'une telle garantie entacherait d'irrégularités la procédure. Cette adaptation est nécessaire au regard des caractéristiques de chaque individu et au regard de la nature de chaque infraction qui a conduit à une condamnation à perpétuité. L'interrogation sous-jacente concerne toujours cette notion d'effectivité des exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme. La garantie substantielle se découvre alors lorsqu'elle est adaptée à l'acte (A), mais également lorsqu'elle est adaptée à la personne (B).

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. »

³⁰³ Article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme « 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

3. Tout accusé a droit notamment à : a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ; b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ; 10 11 c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ; d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ; e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience ».

A. Des infractions réservées à la perpétuité

60. La peine à perpétuité est proclamée dans de nombreuses législations. L'article 131-1 du Code de procédure pénale rappelle que la peine maximale est la réclusion criminelle ou la détention criminelle à perpétuité. Le terme utilisé par le législateur français est la « *réclusion criminelle à perpétuité* »³⁰⁴, ce qui implique que la perpétuité s'applique seulement aux infractions criminelles. Le droit d'application de la peine perpétuelle est exposé à une conception sécuritaire des politiques pénales « *réactives, populistes improvisées suite à des évènements très médiatisés et fortement influencés par des pressions populaires* »³⁰⁵. Les droits nationaux des différents États ont pour sanction la plus lourde la peine perpétuelle, il en résulte donc qu'elle doit s'appliquer aux infractions les plus graves, celles qui atteignent les valeurs sociales les plus importantes comme les atteintes à la vie ou à la Nation³⁰⁶. En ce sens, l'homicide volontaire est la première infraction à entraîner la privation perpétuelle de liberté³⁰⁷. C'est ainsi qu'en vertu de l'article 221-1 du Code pénal, le meurtre est puni de trente ans de réclusion criminelle. Lorsque ce meurtre est commis avec préméditation, il s'agit d'un assassinat et il est alors puni de la réclusion criminelle à perpétuité. Sont passibles de condamnation à perpétuité les meurtres commis avec circonstances aggravantes, les viols et autres crimes accompagnés d'actes de torture ou de barbarie. Par ailleurs, les actes terroristes sont également punis de la réclusion criminelle à perpétuité. Le juge européen refuse d'apprécier la justification ou l'opportunité d'une peine privative de liberté. Aussi, ce dernier

³⁰⁴ La législation britannique quant à elle fait l'objet d'un encadrement européen au titre de l'article 5 § 1 et § 4 de la Convention concernant les peines perpétuelles. Le régime des peines discrétionnaires a été modifié à la suite d'un arrêt : CEDH, 25 oct. 1990, *Thynne, Wilson et Gunnell c/ Royaume-Uni*, n° 11787/85, 11978/86, 12009/86, Série A, n° 190. Par la suite, le système des peines perpétuelles obligatoires a fait l'objet de modifications. L'arrêt *Stafford* a précisé que la peine perpétuelle obligatoire n'est plus « *une sanction à perpétuité* » répondant aux exigences de l'article 5 § 1 de la Convention : CEDH, 28 mai 2002, *Stafford c/ Royaume-Uni*, n° 46295/99, Rec. 2002-IV, § 87 à 90, JCP G 2002, I, p. 157, n° 7, obs. F. SUDRE ; RTDH 2003, p. 945, obs. F. MASSIAS.

³⁰⁵ P. LANDREVILLE, « Sens de la peine et droits de l'homme : dossier scientifique », in *Actes du colloque international inaugural de l'ENAP*, Agen, 8, 9 et 10 nov. 2011, p. 48.

³⁰⁶ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op.cit.*

³⁰⁷ Pour exemple, en droit anglais, l'homicide volontaire est bien puni de l'emprisonnement perpétuel et cela obligatoirement en conséquence de l'abolition de la peine capitale en 1965. La loi distingue trois cas, encore que la distinction soit assez floue. Pour les personnes âgées de plus de 26 ans lors des faits, la peine est bien celle de l'emprisonnement à vie appelée *life imprisonment* ; pour les jeunes adultes ou personnes âgées de 18 à 21 ans lors des faits, la peine est la même appelée cette fois *custody life* ; enfin pour les mineurs la peine prend le nom de *detention during Her Majesty's pleasure*. V. « La peine perpétuelle en droit comparé », in *La Perpétuité perpétuelle, Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, Y. LECUYER (ss la dir.), *op. cit.*

refuse de se prononcer sur l'opportunité de la durée de la peine d'emprisonnement³⁰⁸. À cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé et précisé à de nombreuses reprises les conditions dans lesquelles la peine perpétuelle est compatible avec la Convention européenne des droits de l'homme³⁰⁹ et en vertu de quelles infractions les États sont libres d'infliger des peines perpétuelles aux auteurs d'infractions graves. L'auteur d'un meurtre peut en effet être condamné à perpétuité. Pour justifier sa position, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle au sein de sa jurisprudence l'obligation positive de prévenir le meurtre³¹⁰. La Convention impose alors aux États de prendre des mesures visant à protéger le public des crimes violents. Elle ne leur interdit pas alors d'infliger à une personne convaincue d'une infraction grave une peine dont la durée est indéterminée. Cela permet d'autoriser le maintien en détention lorsqu'il est nécessaire de protéger la société.

Pour l'année 2014, selon les statistiques du Ministère de la Justice³¹¹, il y a eu 952 condamnations à des peines de réclusion criminelle, dont 15 à perpétuité. Les peines de réclusion criminelle sont généralement assorties d'une période de sûreté, délai durant lequel le détenu ne peut bénéficier d'aucun aménagement de peine, au minimum, les criminels sont condamnés à une période de 18 ans incompressibles ou de 22 ans incompressibles en cas de récidive. Cette période sera effectuée au sein d'un établissement pénitentiaire. Une fois effectué, le détenu peut bénéficier en accord avec le juge d'application des peines d'un aménagement de peine, bénéficier d'une libération conditionnelle ou d'une semi-liberté. Le détenu pourra donc effectuer le reste de sa peine dans des conditions plus souples en vue de le préparer à une éventuelle réinsertion. L'article 132-23 du Code pénal précise que « *cette période de sûreté peut être de 22 ans en cas d'une condamnation à perpétuité* ». Une décision rendue par la Chambre criminelle le 31 mars 2016 a rappelé qu'il était en effet possible

³⁰⁸ CEDH, 29 mai 2001, *Sawoniuk c/ Royaume-Uni*, n° 63716/00, Rec. 2001-VI, « *les questions se rapportant au caractère approprié de la peine sortent en général du champ d'application de la Convention ; elle n'a pas pour rôle, par exemple, de décider quelle est la durée de détention qui convient pour une infraction donnée* ».

³⁰⁹ D. ROETS, « Du droit à l'espoir des personnes condamnées à la réclusion à perpétuité », RSC 2013, p. 649. L'auteur énonce que « *là où le droit national offre la possibilité de revoir la peine perpétuelle dans le but de la commuer, de la suspendre ou d'y mettre fin ou encore de libérer le détenu sous condition, il est satisfait aux exigences de l'article 3* ». V. également CEDH, 12 fév. 2008, *Gde Ch., Kafkaris c/ Chypre, préc.*, § 98.

³¹⁰ R. PARIZOT, « Prévention du meurtre : la Cour européenne des droits de l'homme va-t-elle trop loin ? », D. 2013, p. 188. V. notamment CEDH, Gde Ch., 28 oct. 1998, *Osman c/ Royaume-Uni*, n° 23452/94, § 115, JCP G, I, p. 105, chron. F. SUDRE ; JDI 1999, p. 269, chron. P. TAVERNIER ; CEDH, 9 juin 2009, *Opuz c/ Turquie, préc.*, § 128. Il faut « *assurer une protection générale de la société contre les agissements éventuels de personnes purgeant une peine d'emprisonnement pour avoir commis des crimes violents* ».

³¹¹ Ministère de la Justice, publication chiffres clés 2015.

d'élever la durée de la période de sûreté³¹². Il conviendra de préciser que certains crimes exceptionnels peuvent mener à une période de sûreté de 30 ans, voire sans aucune limite. La Cour d'assises peut décider de prononcer la réclusion criminelle à perpétuité sans aménagement possible si la victime a moins de 15 ans et que l'assassinat est accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie. La législation française fait preuve de sévérité et la place laissée au principe d'individualisation de la peine est nuancée lors de son prononcé.

61. La question délicate et récurrente en procédure pénale de surcroît concerne le régime d'application des peines et les procédures d'extradition dans les autres États³¹³. En effet, certains criminels tentent d'échapper aux législations nationales prévoyant la réclusion criminelle à perpétuité en s'échappant vers d'autres États. En droit européen des droits de l'homme, un principe majeur repose sur le respect scrupuleux des lois de forme. En effet, la protection de l'individu contre l'arbitraire permet de vérifier scrupuleusement que la mesure privative de liberté est légale et régulière. Si le droit interne n'est pas respecté, alors il y a violation de la Convention, car cette dernière impose le respect des voies légales³¹⁴. Les autorités de l'État doivent appliquer le droit interne qui subit un contrôle européen. Par conséquent, un texte de loi doit exister prévoyant la privation de liberté sinon cette dernière serait arbitraire pour manque de base légale en droit interne. Lorsqu'il est fait référence au droit européen, il est indispensable de se référer aux critères qui définissent la loi et qui déterminent la qualité³¹⁵ de la loi, c'est ainsi que la loi doit être accessible et prévisible³¹⁶.

³¹² Crim., 31 mars 2016, n° 15/86076, AJ pénal 2016, p. 338, obs. M. HERZOG-EVANS. En l'espèce, M. X a été condamné par une Cour d'assises à trente ans de réclusion criminelle pour tentative de meurtre en récidive, ainsi qu'à une période de sûreté portée à vingt ans. Ce dernier a formé pourvoi en cassation contre cette condamnation. Selon le pourvoi, il résulte de l'article 132-23 du C. pén. que la Cour d'assises ne peut porter la durée de la période de sûreté aux deux tiers de la peine que par une décision spéciale alors qu'en l'espèce, la feuille des questions ne mentionnait pas que la Cour et le Jury aient spécialement délibéré et voté sur la fixation de la durée de la période de sûreté à vingt ans. « *Attendu qu'il résulte des énonciations de la feuille de questions que la Cour et le jury, après en avoir délibéré dans les conditions prévues à l'article 362 du code de procédure pénale et voté à la majorité absolue, ont condamné M. X à la peine de trente ans de réclusion criminelle puis fixé la durée de la période de sûreté à vingt ans. Le pourvoi a été rejeté* ».

³¹³ V. *infra* n° 134.

³¹⁴ Le respect des voies légales est prévu à l'article 5 § 1 de la Convention. La Cour peut alors exercer un contrôle et rechercher si le droit interne a bien été respecté : CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c/ Pologne*, n° 28358/95, Rec. 2000-III, § 50 ; CEDH, Gde Ch., 4 août 1999, *Douiye c/ Pays-Bas*, n° 31464/96.

³¹⁵ CEDH, 26 avr. 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni, préc.* § 49 ; CEDH, 13 juill. 1995, *Tolstoy Miloslavsky c/ Royaume-Uni*, n° 18139/91, Série A, n° 316-B, § 37.

³¹⁶ Ce qui signifie que l'infraction doit être clairement précisée. Il doit être possible de définir à partir de la disposition légale pertinente les actes engageant la responsabilité pénale. La loi doit ainsi être claire et précise. « *Sans doute cette clarté doit-elle s'apprécier à la lumière de l'expérience juridique ordinaire puisqu'une précision totale et mécanique est par hypothèse impossible, mais une très grande prudence s'impose à cet égard* ».

Cette précision de la loi s'impose avec la même force pour la peine³¹⁷. Par conséquent, dans le cadre de la coopération internationale, compte tenu de la spécificité des enjeux et aussi de la primauté du principe de liberté des États, l'exigence incombant à chaque État concernant le respect des « *voies légales* » est envisagée avec davantage de souplesse. Une arrestation effectuée par les autorités d'un État sur un autre État sans le consentement de l'État en question constitue une violation de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme³¹⁸. La Convention ne doit toutefois pas être une entrave à la coopération interétatique. De ce fait, l'extradition de délinquants est possible dès lors que les droits fondamentaux sont garantis. Ce qui signifie que les règles établies par un traité d'extradition ou la coopération entre les États concernés figurent parmi les éléments pertinents pour établir la légalité de l'arrestation litigieuse³¹⁹. Cette pratique est conforme à la Convention dans la mesure où il est constaté un équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de sauvegarde des droits fondamentaux. Cette question s'était posée en droit portugais³²⁰ en 2004 lors d'un important évènement sportif dans un contexte de lourdes menaces terroristes après les attentats de Madrid du 11 mars 2004. Différents actes législatifs communautaires avaient été transposés dans l'ordre juridique interne³²¹. Le principe de reconnaissance mutuelle était au cœur d'une procédure d'extradition engagée à l'égard du Portugal. Pour faire obstacle à la demande d'extradition de la France, Sid Ahmed Rezala s'était retranché derrière l'interdiction constitutionnelle des peines perpétuelles en droit portugais, rendant la procédure de remise très compliquée. En effet, selon le droit portugais, le maximum de l'emprisonnement encouru ne dépasse jamais 25 ans. Or, l'article 13-b) de la loi n° 65/2003, qui reprend l'intégralité de l'article 5 § 2 de la décision-cadre impose alors en de pareilles circonstances certaines garanties de la part de l'État membre d'émission permettant d'éviter l'application ultérieure d'une peine perpétuelle à l'encontre de la personne recherchée. Par ailleurs, un quatrième motif de non-exécution obligatoire du mandat d'arrêt européen fut

compte tenu de l'importance des enjeux ». Comm. EDH, 18 déc. 1980, *Crociani et autres, c/ Italie*, n° 8603/79, 8722/79, 8723/79, 8729/79 ; DR 22, p. 189, cité par J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ Lextenso, 2012, § 222.

³¹⁷ CEDH, 12 fév. 2008, *Kafkaris c/ Chypre, préc.* La requête devant la CEDH a été déclaré recevable en raison de l'ambiguïté concernant la durée officielle d'une peine « *d'emprisonnement à vie* ».

³¹⁸ F. BERNARD, « La définition du champ d'application de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme », RTDH 2014, p. 966.

³¹⁹ V. *infra* n° 134.

³²⁰ E. MONTEIRO, « Droit portugais (année 2004) », RSC 2005, p. 423.

³²¹ La décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002, n° 2002/584/AI relative au mariage a donné lieu à la loi n° 65/2003 du 23 août 2003 : *Diario da Republica*, I Série A, n° 194 (23 août 2003). Consultation en ligne des textes : <http://dre.pt.gratis>, in E. MONTEIRO, *Droit portugais (année 2004)*, *ibid.*

ajouté par l'article 11-d de la loi de transposition portugaise lorsque « *l'infraction est punissable de la peine de mort ou d'une autre peine qui aboutit à une lésion irréversible de l'intégrité physique* ». Il prédomine en effet un lien entre la Convention européenne des droits de l'homme et le principe de spécialité de l'extradition. L'extradé ne peut alors être poursuivi ou puni pour une infraction antérieure à la remise autre que celle qui a motivé l'extradition³²². L'affaire *Nivette c/ France*³²³ en est l'exemple le plus frappant dans la mesure où le requérant soutenait que son extradition était incompatible avec l'article 3 parce qu'il risquait une peine de réclusion criminelle à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle. La Cour a cependant jugé qu'il n'y avait pas violation de cet article, car les autorités françaises avaient obtenu des assurances de nature à écarter le danger d'une condamnation à une peine d'emprisonnement à vie et incompressible. En ce sens, il convient de préciser que l'extradition d'une personne vers un État qui peut la condamner à une peine perpétuelle sans prévoir une possibilité de recours effectif contre cette peine est contraire à la Convention européenne des droits de l'homme³²⁴. Comme rappelé précédemment, le prononcé de la peine à perpétuité afin d'être conforme aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme, doit permettre aux condamnés de voir un jour leur situation à nouveau examinée. De ce fait, lesdites personnes condamnées à la perpétuité sans aménagement possible sont autorisées après 30 ans de détention à demander un réexamen de leur dossier afin que soit prononcée une nouvelle peine³²⁵. Toutefois, la peine perpétuelle ne peut être prononcée à l'encontre de

³²² A. ZAÏRI, *Le principe de spécialité de l'extradition au regard des droits de l'homme*, thèse LGDJ, coll. Bibli. de sciences criminelles, t. 27, 1993 ; B. BOULOC, « Le principe de la spécialité en droit pénal international », in *Mélanges dédiés à D. HOLLEAUX*, Litec, 1990, pp. 7-24.

³²³ CEDH, 3 juill. 2001, *Nivette c/ France*, préc.

³²⁴ CEDH, 4 sept. 2014, *Trabelsi c/ Belgique*, n° 140/10, D. Actu., 11 sept. 2014, obs. J.-M PASTOR ; Dr. pén., mars 2015, chron. 3, E. BONIS-GARÇON et V. PELTIER. V. notamment J.-M. PASTOR, « La CEDH condamne l'extradition en cas de peine perpétuelle incompressible », AJDA 2014, p. 1688. « *La Cour de Strasbourg était saisie d'une plainte d'un ressortissant tunisien, extradé de la Belgique vers les États-Unis où il était poursuivi pour des faits de terrorisme pour lesquels il encourait une peine de réclusion à perpétuité. Après avoir rappelé que le risque d'infliger à une personne une peine perpétuelle incompressible peut relever de l'article 3 de la Convention, la Cour constate qu'aucune procédure prévue par le droit américain "ne s'apparente à un mécanisme de réexamen obligeant les autorités nationales à rechercher, sur la base de critères objectifs et préétablis dont le détenu aurait eu connaissance avec certitude au moment de l'imposition de la peine perpétuelle, si, au cours de l'exécution de sa peine, l'intéressé a tellement évolué et progressé qu'aucun motif légitime d'ordre pénologique ne justifie son maintien en détention". Elle considère que la peine perpétuelle à laquelle est exposé le requérant ne peut être qualifiée de "compressible" et en conclut que son extradition vers les États-Unis "a emporté violation de l'article 3 de la Convention" ».*

³²⁵ Une liste non exhaustive de détenus à la réclusion criminelle à perpétuité :

- Philippe EL SHENNAWY a été condamné à la perpétuité en 1977 pour le braquage d'une banque à PARIS avec prise d'otages. Il avait été libéré sous condition en 1990 avant d'être réincarcéré après quelques mois seulement pour violation d'une interdiction de séjour à Paris. Ce dernier purgeait une peine jusqu'en 2032 avant qu'une libération conditionnelle avec port d'un bracelet électronique ne lui soit accordée.

certaines criminelles, qui en raison soit de leur âge, soit de leur capacité mentale peuvent être exonérés de leur responsabilité et ainsi « *préservés* » d'une condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité.

B. Des personnes préservées de la perpétuité

62. Dans un premier temps, il serait intéressant de se poser la question relative aux criminels qui en raison de leur capacité mentale peuvent être « *préservés* » de la perpétuité. À cet égard, il sera fait état du trouble mental éluusif de l'enfermement à perpétuité. En effet, « *l'histoire de la maladie mentale est avant tout celle de l'indifférence et de l'exclusion*³²⁶. *La peur de ce mal méconnu et sa confusion avec la dangerosité ont longtemps justifié la relégation*³²⁷ *des "fous" au ban de la société*³²⁸ »³²⁹. La loi Esquirol³³⁰ a reconnu la folie comme une maladie³³¹ et a conféré un cadre légal à l'enfermement des aliénés³³². Comme le rappelle l'article 122-1 alinéa 1^{er} du Code pénal « *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* ». La difficulté rencontrée

- Nicolas BLONDIAU, âgé de 27 ans a été condamné le 17 décembre 2013 par la Cour d'Assises du Gard à la réclusion criminelle à perpétuité pour le viol et le meurtre d'une fillette de 8 ans.

- Michel FOURNIRET a été reconnu coupable en 2008 de sept meurtres aggravés de jeunes filles. Il a été condamné par la Cour d'assises des Ardennes à la réclusion criminelle à perpétuité incompressible à l'âge de 66 ans. Il devra alors passer au minimum 30 ans en prison avant de pouvoir faire à nouveau étudier sa situation.

- Pierre BODEIN a été condamné en 2007 à perpétuité. Il avait d'abord été condamné à 20 ans de détention en 1994, puis libéré en 2004, il avait été emprisonné quatre mois plus tard, accusé d'enlèvements, viols et meurtres sur trois personnes, dont deux mineurs. CEDH, 13 nov. 2014, *Bodein c/ France, préc.* (Sur la compatibilité d'une détention de 41 ans avec l'article 3 de la Convention et l'article 5 de la Convention sur le droit à la liberté).

- Maurice GATEAU, âgé de 77 ans est le plus ancien détenu de FRANCE. Il a été incarcéré sans discontinuer depuis 49 ans pour le meurtre d'une personne dépositaire de l'autorité publique.

³²⁶ R. LIBERMAN, *Handicap et maladie mentale*, PUF, 2011, pp. 6-8.

³²⁷ La loi du 27 mai 1885, *préc.*, avait instauré la relégation en tant que mesure de préservation sociale, qui était destinée à éliminer définitivement de la société des multirécidivistes de certaines infractions par une privation perpétuelle de liberté après l'exécution de la peine prononcée contre eux. La loi du 17 juill. 1970, *préc.*, a supprimé la relégation et la remplacé par la tutelle pénale qui a été supprimée par une loi n° 81-82 du 2 février 1981. Une succession de loi a été promulguée jusqu'à la dernière concernant la mise en place de la rétention de sûreté. V. *infra* n° 197.

³²⁸ M. FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Gallimard, 1972, p. 624.

³²⁹ M.-S. FILIPPI, « La maladie mentale », in *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, E. PUTMAN et M. GIACOPELLI (ss la dir.), p. 353 et s.

³³⁰ Loi n° 7443 du 30 juin 1838, Loi Esquirol, concernant les aliénés, Rec. DUVERGIER, p. 490.

³³¹ M. GIACOPELLI, « Victimes et application des peines », RPDP 2007, p. 789 ; Y. GUILLAUME, « Une offre de soin pour quel suivi ? », AJ pénal 2009, p. 62.

³³² La maladie mentale étant définie comme toute altération des facultés mentales qui impactant le discernement de la personne, rend nécessaire la mise en œuvre de soins adaptés et le cas échéant d'une protection juridique.

concernant le prononcé de la peine dans de pareilles situations résulte du fait que la décision rendue par une juridiction repose sur un avis de médecins experts³³³. Cela relève d'un examen médical, mais est-il totalement dépourvu de subjectivité³³⁴ ? La caractérisation d'un trouble mental éluif de responsabilité permet-elle d'éviter de manière spécifique la condamnation à l'emprisonnement à perpétuité ou du simple fait que dans le cadre général il est permis d'éviter l'emprisonnement alors le prévenu atteint de trouble mental en bénéficie aussi ? Ce qui signifierait alors que l'exonération classique de responsabilité permettrait à l'individu *a fortiori* d'éviter la perpétuité et de bénéficier du principe d'exonération³³⁵. Subséquemment, une simple altération du discernement de l'auteur ou la seule entrave du contrôle de ses actes en raison d'un tel trouble ne devrait en revanche pas le rendre totalement irresponsable. L'article 122-1 alinéa 2 du Code pénal rappelle 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* ». La juridiction doit uniquement tenir compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime. Toutefois, la loi encadre la diminution de peine qui doit être alors accordée, sans doute pour rassurer le juge face à des choix qu'il peut parfois s'avérer difficile d'assumer. Ainsi, « *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 ans* ». Dans ce nouveau cadre, le juge demeure alors libre de sa décision. La Cour d'assises peut quant à elle prononcer une peine d'une durée supérieure, à la condition de la décider à la majorité qualifiée. Ce prévenu bénéficiera-t-il d'une détention de sûreté ou sera-t-il placé dans un centre de soins ? Aussi, certaines longues peines dont la réclusion criminelle à perpétuité sont attribuées à des personnes qui présentent une maladie mentale avérée. L'altération du discernement aboutit au prononcé d'une peine maximale. Cela peut se justifier par la crainte éprouvée par le jury « *sur l'affaire, souvent d'autant plus grave et bizarre qu'il s'agit d'un acte commis par un malade et sur la notion de trouble mental, mise en lien avec l'image du fou dangereux, qu'il faut contenir et isoler en prison pour mettre à l'abri la société puisque le*

³³³ CEDH, 19 mai 2004, *R.L et M.J.D c/ France*, n° 44568/98, « *Au nom de la protection contre l'arbitraire, aucune privation de liberté d'une personne considérée comme aliénée ne peut, sauf urgence, être décidée sans l'avis d'un médecin expert* ».

³³⁴ J.-P. MARGUENAUD, « Comprendre ou deviner les raisons d'une condamnation à perpétuité contraire aux conclusions unanimes des experts psychiatres ? », RSC 2017, p. 128.

³³⁵ En droit anglais il est prévu que la peine perpétuelle obligatoire n'est qu'un principe. En effet, la loi permet au juge de ne pas prononcer cette peine et d'en prononcer une autre réduite si l'accusé présente des anomalies mentales. Le juge peut de manière totalement libre réduire la peine. *Homicide Act 1937, art. 2 et 3*.

projet sanitaire de l'hospitalisation en psychiatrie n'est pas l'option choisie »³³⁶. La solution retenue est déroutante, paradoxale, car la Cour européenne des droits de l'homme soutient que la détention de sûreté est une peine, mais dans le même temps, elle démontre qu'en l'espèce, et parce qu'elle a pour objectif de traiter le trouble mental du requérant, elle ne saurait être considérée comme une peine au sens de l'article 7 § 1³³⁷.

63. Dans un second temps, il conviendra d'analyser la situation des mineurs. Une peine peut en effet être prononcée à l'encontre des mineurs au même titre que les majeurs. Ainsi, outre le respect des conditions de droit commun, l'ordonnance du 2 février 1945 adapte les conditions et les durées de placement en détention provisoire dans la mesure où ces derniers encourent une peine criminelle. Lorsqu'il est subi en tant que peine, l'emprisonnement connaît lui aussi une adaptation à la minorité, laquelle est plutôt orientée vers la prise en compte du discernement progressif du mineur. Aussi, selon l'article 20-2 de l'ordonnance du 2 février 1945, seuls les mineurs de plus de treize ans peuvent être emprisonnés. Ils bénéficient en principe d'une atténuation de la moitié de la peine encourue. Cette excuse atténuante de responsabilité est obligatoire pour les mineurs de 13 à 16 ans, mais elle est facultative pour les mineurs de 16 à 18 ans³³⁸. En somme, les conditions de placement en détention d'un mineur³³⁹ s'articulent autour de la particulière vulnérabilité du mineur et d'autre part de son discernement en cours d'acquisition. « *L'administration pénitentiaire*

³³⁶ M. BODON-BRUZEL « Prendre perpète... », in *La Perpétuité perpétuelle, Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, Y. LECUYER (ss la dir.), PUR 2012, p. 310.

³³⁷ V. *supra* n°62.

³³⁸ L'article 20-2 de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales dispose que « *si le mineur est âgé de plus de seize ans, le Tribunal pour enfants et la Cour d'assises des mineurs peuvent, à titre exceptionnel et compte tenu des circonstances de l'espèce et de la personnalité du mineur ainsi que de sa situation, décider qu'il n'y a pas lieu de faire application du premier alinéa* ».

³³⁹ La détention provisoire à l'égard des mineurs de moins de seize ans est strictement entendue. Sa durée est étroitement limitée. En matière criminelle, la détention provisoire des mineurs âgés de plus de treize ans et moins de seize ans ne peut excéder six mois. Elle peut être renouvelée, une fois, à titre exceptionnel pour une durée de six mois maximum. Lorsqu'elle intervient à la suite d'une révocation du contrôle judiciaire, la durée ne peut excéder quinze jours renouvelables une fois. Enfin, s'il s'agit d'un délit puni de dix ans d'emprisonnement, la durée de la détention provisoire ne peut excéder un mois, renouvelable une fois. Il en va de même des mineurs âgés de seize ans à dix-huit ans, lesquels même s'ils sont moins vulnérables que les mineurs de moins de seize ans font l'objet d'une attention particulière. Ainsi la détention provisoire ne peut être ordonnée que s'ils encourent une peine criminelle ou une peine correctionnelle d'une durée égale ou supérieure à trois ans, s'ils se sont volontairement soustraits aux obligations d'un contrôle judiciaire ou à celles d'une assignation à résidence avec surveillance électronique. La durée du placement est plus longue que celle pour les mineurs de moins de seize ans tout en restant adaptée.

garantit aux mineurs détenus le respect des droits fondamentaux reconnus à l'enfant »³⁴⁰. Il ne s'agit alors pas uniquement d'une reconnaissance, mais d'une obligation mise à la charge de l'administration pénitentiaire de garantir à tous les mineurs détenus le respect des droits fondamentaux reconnus à l'enfant. Le mineur placé en détention n'est alors pas privé des droits fondamentaux reconnus au titre de la Convention européenne des droits de l'homme à tout individu³⁴¹. La question qui se pose concerne la nature de ces droits. Le législateur s'est référé à la Convention internationale des droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989. Qu'en est-il alors du prononcé d'une peine à la réclusion criminelle à perpétuité ? Il conviendra de constater que la condition de minorité est en principe prohibitive concernant le prononcé de la réclusion criminelle à perpétuité. La majorité des pays européens n'autorise pas le prononcé d'une peine perpétuelle à l'encontre des mineurs. Pour les mineurs, la réclusion criminelle à perpétuité est remplacée par une réclusion criminelle de vingt ans au maximum en raison de l'atténuation de responsabilité dont ils bénéficient. Toutefois s'ils sont âgés d'au moins seize ans et s'ils apparaissent dangereux au regard de la situation, de leur personnalité ou de l'état de récidive d'infraction grave, l'atténuation de responsabilité peut être exclue par la Cour d'assises des mineurs ouvrant la possibilité d'une condamnation à perpétuité³⁴².

Un arrêt rendu par la Cour suprême des États-Unis précise qu'est inconstitutionnelle la réclusion à perpétuité sans libération conditionnelle obligatoire pour les mineurs meurtriers³⁴³. Quelles doivent être les limites ? Mais en faut-il ? Est-ce qu'il y a une notion de « *sanction cruelle et inhabituelle* » contenue dans le 8^e amendement à la constitution des États-Unis en matière de peines applicables aux mineurs de dix-huit ans ? C'est la question à laquelle devait répondre la Cour Suprême des États-Unis dans le récent arrêt *Miller c/ Alabama*³⁴⁴. La Cour Suprême devait traiter de deux affaires, l'une relative à l'Alabama, l'autre relative à l'Arizona. Les deux affaires concernaient un jeune garçon de quatorze ans, ayant commis un meurtre et contre lequel avait été prononcé une peine de réclusion criminelle à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle. Une telle peine signifiait pour eux qu'ils seraient détenus jusqu'à

³⁴⁰ Article 59 de la loi pénitentiaire n° 2009- 1436 du 24 novembre 2009 ; JORF n° 0273 du 25 novembre 2009, p. 20192, texte n° 1.

³⁴¹ Toutefois, le constat est tel que ce texte ne renvoie pas explicitement ni expressément à la CEDH puisque la disposition renvoie aux droits reconnus à l'enfant.

³⁴² Patrick DILS a été accusé en 1987, alors âgé de 16 ans pour le meurtre de deux garçons et condamné en 1989 à la réclusion criminelle à perpétuité.

³⁴³ D. VAN ZYL SMIT, « Inconstitutionnalité de la réclusion à perpétuité sans libération conditionnelle obligatoire pour les mineurs meurtriers », Cour suprême des États-Unis 25 juin 2012, AJ pénal 2012, p. 607.

³⁴⁴ Cour suprême des États-Unis, 25 juin 2012, *Miller c/ Alabama*, n° 10-9646.

leur mort, à moins de bénéficier d'une grâce présidentielle³⁴⁵, ce qui ne se produit en pratique quasiment jamais. Dans les deux affaires, aucune autre peine ne fut envisagée, car la peine de réclusion criminelle à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle était obligatoire dans les systèmes juridiques des deux États concernés. Pour statuer dans ces dossiers, la Cour Suprême devait prendre en compte deux importants précédents. Dans l'arrêt *Roger c/ Simons*³⁴⁶, elle avait décidé que la peine de mort était inconstitutionnelle dans le cas des mineurs, même lorsqu'ils avaient été condamnés pour des meurtres particulièrement graves. Dans cette affaire, toutefois, la Cour n'examina pas attentivement la constitutionnalité de la seule alternative possible, aux termes de la loi, c'est-à-dire la peine de réclusion criminelle à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle. Par la suite, toutefois, dans l'affaire *Graham c/ Floride*³⁴⁷, elle avait retenu que la peine de réclusion criminelle à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle était une peine dont la sévérité était disproportionnée s'agissant de mineurs ayant commis des infractions autres que des meurtres, en sorte qu'elle ne devrait jamais être prononcée dans de tels cas. Dans ces deux affaires, la Cour s'était abondamment appuyée sur le fait que les mineurs n'étaient pas aussi matures que les adultes et qu'il existait de ce fait toujours la possibilité qu'ils puissent un jour changer et mener une vie honnête. De plus, la Cour devait arguer de ce que la peine de réclusion criminelle à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle était tout particulièrement sévère envers les mineurs, dès lors qu'elle avait pour conséquence que, puisqu'ils ne pourraient jamais être libérés, ils passeraient plus d'années en prison que des adultes condamnés à la même peine. Dans l'affaire *Graham*³⁴⁸, la Cour devait également relever que, dès lors que la peine de mort avait bel et bien été abolie pour les meurtres, la réclusion criminelle à perpétuité constituait désormais la peine maximale pouvant être infligée aux mineurs. La question s'est posée également dans un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme en 2017 dans lequel il était reproché à la Russie de traiter différemment les mineurs en excluant la réclusion criminelle à perpétuité à leur égard³⁴⁹. La Cour a décidé et rappelé que « *la différence de traitement correspond à l'approche commune aux systèmes juridiques de l'ensemble des états membres du Conseil de l'Europe, à la recommandation du Comité des droits de l'enfant dans son Observation générale n°10 de*

³⁴⁵ V. *infra* n° 114.

³⁴⁶ Cour suprême des États-Unis, 13 oct. 2004, *Roger c/ Simmons*, 543 U.S., 551, 2005.

³⁴⁷ Cour suprême des États-Unis, 17 mai 2010, *Graham c/ Floride*, 560 U.S., 2010.

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ CEDH, Gde Ch., 24 janv. 2017, *Khamtokhu et Aksenchik c/ Russie*, n° 60367/08 et n° 961/11 ; J.-P. MARGUENAUD, « Exclusion de la réclusion à perpétuité : les femmes et les enfants d'abord », RSC 2017, p. 123 ; C. SAAS, « Réclusion criminelle à perpétuité et discrimination », AJ pénal 2017, p. 184.

2007 et à la Résolution A/RES/67/166 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 20 décembre 2012 visant à faciliter l'amendement des délinquants juvéniles de moins de dix-huit ans ». La Cour de Strasbourg transcende ces données internationales pertinentes en affirmant à son tour avec force que « lorsque de jeunes délinquants sont appelés à répondre de leurs actes, quelle qu'en soit la gravité, cela doit être fait d'une manière qui tienne compte de leur immaturité mentale et émotionnelle présumée, ainsi que de leur grande malléabilité et de leur capacité d'amendement et de réinsertion »³⁵⁰. Cette décision peut influencer le droit français alors que des propositions vont dans le sens d'une plus grande sévérité envers les mineurs. En effet, des propositions de loi ont été faites afin d'infliger aux jeunes délinquants de seize à dix-huit ans un traitement répressif identique que le traitement infligé aux adultes. Cette décision européenne rappelée à la Russie est signe d'une avancée en droit européen. En ce sens, est rappelée l'exclusion pour les mineurs de la réclusion criminelle à perpétuité³⁵¹. Est-ce que cette exclusion sera par la suite invoquée au bénéfice des majeurs ?

Il conviendra alors de constater que l'approche européenne diffère de celle des États-Unis. En droit européen, la peine de réclusion criminelle à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle est prohibée. Les détentions de mineurs « pour la durée qu'il plaira à Sa Majesté » ont fait l'objet de modifications importantes et mises en cause par la jurisprudence européenne³⁵². Ces détentions font désormais l'objet de garanties plus fortes. Une exception à « la minorité prohibitive » se trouve ainsi au sein du Royaume-Uni³⁵³ où la perpétuité a été jugée conforme à l'article 3 pour les mineurs³⁵⁴. La perpétuité y est conçue comme composée d'un « *tariff* ». C'est-à-dire « d'une période minimale à purger pour répondre aux impératifs de répression et de dissuasion », auquel s'ajoute une durée que « il

³⁵⁰ CEDH, gr. Ch., 24 janv. 2017, *Khamtokhu et Aksenchik c/ Russie*, préc., § 80.

³⁵¹ *Ibid.*, § 86. La Cour européenne des droits de l'homme a indiqué que le droit russe exclu de manière sélective de la réclusion criminelle à perpétuité les mineurs, les personnes âgées et les femmes. Cette dernière a précisé qu'il s'agissait « d'un progrès social en matière pénologique ». Aussi, l'évolution du droit européen des droits de l'homme des sociétés démocratiques ne devrait-il pas conduire à une exclusion générale ? La Cour a donné un exemple aux autres États en confirmant que la Russie, État reconnu pour sa sévérité, avait exclu à bon droit les mineurs, personnes âgées et femmes d'une telle condamnation. L'exclusion de la réclusion criminelle à perpétuité se justifie par la recherche d'un but légitime.

³⁵² CEDH, 21 fév. 1996, *Singh c/ Royaume-Uni*, n° 23389/94, Rec. 1996 - I, §61 ; CEDH, 21 fév. 1996, *Hussain c/ Royaume-Uni*, n° 21928/93, Rec. 1996 - I ; RSC 1998, p. 460, obs. R. KOERING-JOULIN. V. en ce sens : L.-E. PETTITI, « Droits de l'homme. L'affaire *Hussain* relative aux peines perpétuelles », RSC 1996, p. 933.

³⁵³ F. MASSIAS, « Bilan de la jurisprudence relative à la protection offerte par l'article 3 en matière de privation de liberté », RSC 2003, p. 144.

³⁵⁴ CEDH, 2 mars 1987, *Weeks c/ Royaume-Uni*, n° 9782/82, Série A, n° 114, § 47. Dans le cadre de cet arrêt, la Cour a retenu que la peine discrétionnaire de réclusion criminelle à perpétuité infligée à un mineur de 17 ans n'était acceptable que parce qu'il avait de réelles perspectives de libération, et a requis la mise en place de garanties processuelles supplémentaires pour l'examen d'une telle libération.

plaira à Sa Majesté»³⁵⁵. Par conséquent, comme il n'est nullement interdit de libérer le détenu lorsqu'il ne représente plus de danger pour la collectivité, ce système est jugé compatible avec le respect de la dignité humaine. Par ailleurs, au regard du droit appliqué au Portugal, dans une décision du 14 juillet 2004, la Cour de cassation³⁵⁶ a rappelé la philosophie générale du régime spécial applicable aux jeunes délinquants telle qu'elle découle du décret-loi n° 401/82. D'après elle, il ne s'agit pas de cautionner la délinquance juvénile, mais de promouvoir la resocialisation du jeune en tant que personne méritant un traitement spécialisé, la réinsertion sociale étant le principe de base de la finalité de la peine, de telle sorte que la peine de prison ne peut intervenir qu'en dernier lieu. L'atténuation spéciale de la peine ne doit être écartée que si les faits délictueux démontrent l'exigence d'une protection particulière de la société et la certitude que le jeune ne possède pas cette capacité naturelle de régénération. En l'espèce, jugé et condamné pour avoir commis six vols, un vol aggravé et des menaces, le prévenu ne pouvait pas bénéficier selon la Cour de cassation d'une atténuation spéciale de la peine. Aussi, en Europe les peines de réclusion criminelle à perpétuité sans perspective de libération pour toutes les personnes de moins de dix-huit ans sont prohibées. Par conséquent, certains prévenus, au regard de leur situation, sont préservés d'un emprisonnement à perpétuité sans libération conditionnelle possible. Il conviendra de rappeler également que le prononcé de la réclusion criminelle à perpétuité afin d'être conforme à la Convention doit permettre aux accusés de garder un espoir de libération. Ils bénéficient ainsi d'une adaptation des garanties substantielles qui par ailleurs dans leur nature sont invariables.

§ 2. Les garanties processuelles invariables

64. Les personnes dont le droit à la liberté garanti par l'article 5 a été régulièrement ou irrégulièrement, restreint, bénéficient de droits spécifiques énoncés par les § 2 à § 5 de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme³⁵⁷. Certains s'appliquent indépendamment de la cause de la privation de liberté, d'autres valent seulement pour le cas où une infraction est susceptible d'être ou d'avoir été commise par la personne arrêtée ou détenue. Il faut aussi distinguer les droits qui, selon la jurisprudence européenne, représentent

³⁵⁵ F. MASSIAS, « Bilan de la jurisprudence relative à la protection offerte par l'article 3 en matière de privation de liberté », RSC 2005, p. 151 et s.

³⁵⁶ L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 juillet 2004 est accessible en ligne en consultant les bases de données juridiques du site du ministère de la Justice portugais : www.dgsi.pt (les décisions de la Cour de cassation se traduisent par « *acordaos do Supremo Tribunal de Justiça* »).

³⁵⁷ Article 5 Convention européenne des droits de l'homme.

des aspects particuliers du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1 et le principe de la légalité des délits et des peines. La Convention européenne des droits de l'homme offre alors des garanties de nature invariables qui seront distinguées en fonction de la graduation de l'avancée de la procédure en prenant en compte la situation de la personne arrêtée ou détenue et celle de la personne accusée non encore jugée. Les garanties processuelles invariables impliquent des garanties formelles (A) et des garanties fondamentales (B).

A. Des garanties formelles

65. La personne privée de liberté a le droit d'être informée des raisons de sa privation de liberté. Lorsqu'il est procédé à une interprétation littérale de l'article 5 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme³⁵⁸, il ressort que cet article ne peut s'appliquer uniquement à la « *personne arrêtée* ». Ce qui aurait pu en principe conduire à ne pas appliquer et ne pas obliger les États de respecter ce droit d'être informé des raisons de « *l'arrestation* » aux personnes devant être conduites ultérieurement devant un Tribunal. La Cour européenne des droits de l'homme a admis expressément que cet article a pour objet et pour but de protéger « *toute personne contre les privations arbitraires de liberté* »³⁵⁹. Il est indispensable qu'une personne privée de sa liberté en connaisse les raisons au plus vite et de façon précise. La Cour a enrichi le contenu du droit en indiquant que la personne arrêtée doit être informée dans une langue qu'elle comprend. Il peut être fait appel à un interprète³⁶⁰, l'intervention de ce dernier est gratuite. Par conséquent, le langage doit être simple et accessible pour toute personne, étrangère ou non, car « *il est impératif que le droit d'être informé soit effectif* »³⁶¹. De plus, selon l'arrêt *Fox, Campbell et Hartley c/ Royaume-Uni* du 30 août 1990³⁶², « *il faut dans un langage simple et accessible, donner à l'intéressé les raisons juridiques et factuelles de sa privation de liberté* ». L'information doit alors être suffisamment détaillée afin que la personne intéressée puisse éventuellement en discuter la légalité devant le juge. Il faudra préciser que la notion de célérité est fondamentale en

³⁵⁸ Art. 5 § 2 Convention européenne des droits de l'homme : « *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* ».

³⁵⁹ CEDH, 21 fév. 1990, *Van der Leer c/ Pays-Bas*, n° 7215/75, Série A, n° 170, § 27.

³⁶⁰ CEDH, 3 juill. 1991, *Kuij c/ Grèce*, n° 14986/89.

³⁶¹ J.-F. RENUCCI, Droit européen des droits de l'homme – Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH, *op.cit.*, p. 292.

³⁶² CEDH, 30 août 1990, *Fox, Campbell et Hartley c/ Royaume-Uni*, n° 12244/86 ; 12245/86 ; 12383/86.

l'espèce. En effet, « *le plus court délai* » dans lequel cette information doit être fournie par les policiers ou les médecins est apprécié au cas par cas, *in concreto*³⁶³. La rapidité de l'information est en effet une exigence fondamentale. Les préconisations concernant l'information sont indispensables dans la mesure où elles conditionnent les suites de la procédure et peuvent donner lieu à un recours de la part de la personne privée de liberté.

Le droit d'introduire un recours est prévu aux dispositions de l'article 5 § 4 qui prévoit que « *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* ». Selon une approche sémantique, la notion de « *bref délai* » est à appréhender en fonction des circonstances de l'espèce³⁶⁴. Cette exigence de célérité a conduit les juges de Strasbourg à « *faire preuve d'une attention particulière sur le temps écoulé*³⁶⁵ *entre la décision initiale et les contrôles ultérieurs, les décisions devant suivre à un rythme raisonnable* »³⁶⁶. Ce texte a été étendu à toutes les privations de liberté sans considération de leur motif. Il est ainsi de portée générale puisqu'il concerne toutes les personnes privées de liberté³⁶⁷. Cependant, le bénéfice de ce texte se trouve confronté à une limite. En effet, le bénéfice de ce texte est limité par la théorie du contrôle incorporé. Suivant ladite construction dont l'ébauche a été apportée par l'arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp c/ Belgique*³⁶⁸, la personne privée de liberté ne dispose, en vertu de l'article 5 § 4 d'un droit supplémentaire à contester devant un tribunal la légalité du maintien

³⁶³ CEDH, 25 oct. 1990, *Keus c/ Pays-Bas*, n° 12228/86, Série A, n° 185-C.

³⁶⁴ CEDH, 21 oct. 1986, *Sanchez-Reisse c/ Suisse*, n° 9862/81, Série A, n° 107, § 55 ; CEDH, 25 oct. 1989, *Bezicheri c/ Italie*, n° 11400/85, Série A, n° 164 (non-respect de l'exigence de « *bref délai* » pour un juge d'instruction ayant répondu négativement à une nouvelle demande de mise en liberté présentée cinq mois auparavant) ; CEDH, 18 juin 2002, *Delbec c/ France*, n° 43125/98, RDP 2003, p. 689, obs. D. THOMAS (non-respect de l'exigence de célérité, le juge civil ayant rendu sa décision quatre mois plus tard dans une procédure de référé à propos d'une demande de sortie immédiate d'internement) ; CEDH, 22 janv. 2013, *Mihailovs c/ Lettonie*, n° 35939/10.

³⁶⁵ J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme – Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH, op.cit.*, p. 301.

³⁶⁶ CEDH, 24 sept. 1992, *Herczegfalvy c/ Autriche*, n° 10533/83, Série A, n° 244, § 75. L'exigence de « *bref délai* » a conduit les juges de Strasbourg à faire preuve d'une attention toute particulière sur le temps écoulé entre la décision initiale puis les contrôles ultérieurs, en particulier dans l'appréciation des « *intervalles raisonnables* ». Les décisions doivent en effet se suivre à un rythme raisonnable : CEDH, 26 févr. 2002, *Magalhaes Pereira c/ Portugal*, n° 44872/98, Rec. 2002-I, § 41 ; CEDH, 27 oct. 2005, *Mathieu c/ France*, n° 68671/01 ; Adde CEDH, 18 juin 2002, *Delbec c/ France, préc.* ; CEDH, 3 oct. 2006, *Tréboux c/ France*, n° 7217/05.

³⁶⁷ R. KOERING-JOULIN, « Article 5 § 4 », in *La Convention européenne des droits de l'homme*, L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (ss la dir.), p. 167 ; CEDH, 21 fév. 1996, *Hussain et Singh c/ Royaume-Uni, préc.*

³⁶⁸ CEDH, 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp c/ Belgique*, Série A, n° 12, JT 1971, p. 341, obs. J. VELU ; AFDI 1972, p. 443, obs. R. PELLOUX.

en détention que dans la mesure où le recours judiciaire requis n'était pas incorporé dans la condamnation. Le défaut de contrôle incorporé ouvre alors droit à un recours supplémentaire. Cela caractérise toutes décisions administratives, mais également toutes les décisions judiciaires qui se sont prononcées en considération d'une situation évolutive, par exemple l'état d'un malade ou la dangerosité d'un délinquant. La théorie du contrôle intégré s'applique alors aux décisions initiales ordonnant la privation de liberté. En revanche pour les peines perpétuelles discrétionnaires, la Cour a toujours admis que les détenus avaient un droit de recours devant un tribunal qui statue sur la légalité, tant de leur maintien en détention, à des intervalles raisonnables, que d'une réincarcération éventuelle³⁶⁹. Il s'agit en effet d'un droit substantiel qui se rattache alors à la personne et non pas à la sanction ou à la commission de l'infraction. Il s'agit alors d'un droit de procédure qui est donc attaché à la forme et non pas au fond. Il conviendra de préciser qu'un État qui se dote d'un tel système doit en principe accorder aux détenus les mêmes garanties en appel qu'en première instance. Ce recours devra alors être introduit devant un tribunal et devra être effectif et efficace. Il doit par conséquent exister avec un degré suffisant de certitude et être adéquat³⁷⁰. Si tel n'est pas le cas, même si des recours existent, l'article 5 est violé³⁷¹ et il en est de même si le délai pour que statue le tribunal compétent est trop long. Le Tribunal doit alors exercer un contrôle du respect des exigences de procédure et de fond nécessaires au respect de la légalité au sens de la Convention européenne de la privation de liberté.

66. Des droits sont accordés aux personnes privées de liberté en considération d'une infraction. L'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme consacre des droits dont le domaine d'application est limité à la phase préparatoire du procès pénal. La personne placée en garde à vue bénéficie d'une garantie essentielle lui permettant d'être traduite « aussitôt » devant un juge. Les États doivent en effet respecter une obligation positive selon laquelle ils doivent amener automatiquement la personne privée de liberté devant un magistrat. À l'appréhension de « l'adverbe aussitôt de l'article 5 de la CEDH », il convient de définir de manière générale ledit article et d'en étayer l'analyse concernant la mention directrice, mais épineuse qu'est l'adverbe « aussitôt ». L'article 5, dans le prolongement de sa rédaction encadre la possibilité pour l'État de porter atteinte au droit à la sûreté, il s'agit donc d'un droit conditionnel. Trois conditions sont requises pour une

³⁶⁹ CEDH, 25 oct. 1990, *Thynne, Wilson et Gunnell c/ Royaume-Uni*, préc.

³⁷⁰ CEDH, 29 avr. 1999, *Aquilina c/ Malte*, n° 25642/94, JDI 2000, p. 107, obs. M. BENILLOUCHE.

³⁷¹ CEDH, 1^{er} juin 2006, *Mamedova c/ Russie*, n° 7064/05, non publié.

intervention légitime de l'État, que celle-ci d'abord soit prévue par la loi, qu'un but légitime soit observé et qu'enfin ce dernier soit atteint dans le respect d'un rapport de proportionnalité avec l'ingérence entreprise. Ce but légitime s'apprécie au regard de situations dans lesquelles les droits qu'il protège peuvent être entachés. Il peut s'agir d'une détention après condamnation par un tribunal compétent ou suite à une insoumission à une ordonnance rendue voire pour encadrer un individu mineur, mais aussi en cas de soupçons solides à l'égard du détenu sur la commission d'infractions ou dans un élan préventif qui vise l'occurrence possible du crime et cela en respectant une régularité procédurale. Le contrôle de cette régularité est alors accentué par l'adverbe « aussitôt ». La controverse apparaît en effet au fil de la lecture de l'article, si cette dernière paraît claire jusqu'ici, elle se heurte à un souci d'univocité en sa formulation au paragraphe 3. De cette manière « *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* ». Qu'est-il entendu par « aussitôt » ? Il s'agirait de comprendre l'utilité d'une telle formulation. L'incertitude qui transparaît de fait dans la prévisibilité de cet article est-elle justement prévue par la logique anglo-saxonne de la Convention ? Ainsi s'apparente-t-elle à une volonté tolérante de la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard des ingérences de l'État à première vue strictement encadrées ? Ce flou embrumant n'est-il pas « *un mal pour un bien* » ? Un mal dans la difficulté qu'il pose à comprendre les exigences réelles de la norme, un bien par justement, cette marge de manœuvre accordée dans son interprétation. Puisque cela concerne une liberté individuelle fondamentale, il devrait être érigé rempart sur rempart des protections tendant à assurer l'exercice de cette liberté. De plus, la définition même du terme connaît soubresauts et divergences quand elle est analysée de manière isolée et dans son ensemble. Source d'une complexification d'un contentieux essentiellement pénal, il est alors d'un point de vue pratique utile d'observer l'interprétation la plus judicieuse faite par les juges européens. Les arrêts évocateurs en la matière *Medvedyev c/ France*³⁷² et *Moulin c/ France*³⁷³ reflètent le caractère ambigu de l'adverbe aussitôt de l'article 5 de la Cour européenne des

³⁷² CEDH, Gde Ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c/ France*, n° 3394/03, JCP G, 2010, p. 454, obs. F. SUDRE ; D. 2010, p. 1386, obs. S. LAVRIC ; D. 2010, p. 1386, comm. J.-F. RENUCCI ; D. Actu. 31 mars 2010, obs. S. LAVRIC ; D. 2010, p. 970, chron. D. REBUT ; D. 2010, p. 1390, chron. P. HENNION-JACQUET ; RSC 2010, p. 685, obs. J.-P. MARGUENAUD.

³⁷³ CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin c/ France*, n° 37104/06. La France a été condamnée dans ladite affaire parce que l'intervention du juge du siège n'est intervenue que le cinquième jour suivant l'arrestation.

droits de l'homme. D'abord dans sa nature à être avec récurrence sémantiquement distillé, enrichie et ramifiée à d'autres notions satellitaires aux droits de l'homme, à quelle partie au procès cette profusion de détails donnés sur l'interprétation du terme « aussitôt » sert-elle ? Ensuite, l'ambivalence de sa finalité peut porter à confusion dans la mesure où « aussitôt » matérialise un outil dépendant d'une mesure antérieure dont le respect devient indispensable à la poursuite de la procédure et dont l'application sert aussi d'autres droits. De cette manière, cette seconde finalité altruiste visant la protection par exemple des droits de l'article 3 ne se heurte-t-elle pas à d'autres droits ternis par cette turbulence jurisprudentielle apparente, comme le droit à un procès équitable passant par la prévisibilité de la loi ? Suite à une première lecture, il conviendrait de supposer que l'adverbe « aussitôt » sous-entend l'immédiateté. Néanmoins, l'article 5 § 3 n'impose pas une présentation immédiate de l'individu, qui fait l'objet d'une mesure privative de liberté, au juge, mais doit être rapide. Les juges européens ont apporté un certain nombre de précisions. Pour les affaires complexes, un délai de 4 jours est acceptable³⁷⁴, pour les affaires non complexes un délai de 3 jours ne peut être dépassé³⁷⁵. De fait, la nature sémantique de l'adverbe « aussitôt » apparaît dénaturée et une incertitude, quant au délai appréciable, demeure à la vue de la jurisprudence fluctuante. Celle-ci se fondant sur la prudence d'opter pour un délai de deux ou trois jours, cela dépendant encore des circonstances de l'espèce. Comme précisé antérieurement, s'ajoute à cette incertitude celle de la notion d'affaire complexe. Ainsi, l'adverbe « aussitôt » en plus d'être dénaturé devient alors tributaire de cette notion d'affaire complexe. Pour tenter de trouver une définition de la complexité d'une affaire, il peut être admis qu'elle se caractérise par sa nature à entraîner une « impossibilité matérielle » comme l'admet l'arrêt *Rigopoulos c/ Espagne*³⁷⁶. De plus, l'arrêt *Medvedyev*, rappelle que l'adverbe « aussitôt » trouve à s'appliquer à la fois dès les premières heures après l'arrestation et durant la période avant le procès éventuel, pendant laquelle le suspect est soit détenu soit libéré³⁷⁷. « La promptitude est

³⁷⁴ CEDH, 29 nov. 1988, *Brogan et autres c/ Royaume-Uni*, n° 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85 ; Série A, n° 145 - B, § 58.

³⁷⁵ CEDH, 1^{er} avr. 2008, *Varga c/ Roumanie*, n° 73957/01. « À l'époque des faits, la législation roumaine ne prévoyait pas de contrôle automatique par un magistrat au sens de l'article 5 § 3 de la Convention, du placement en détention provisoire d'un accusé. Cela étant, la Cour observe que, trois jours après leur arrestation, les requérants ont été traduits devant un magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires, qui a examiné la régularité et le bien-fondé de leur placement en détention provisoire ».

³⁷⁶ CEDH, 12 janv. 1999, *Rigopoulos c/ Espagne*, n° 37388/97.

³⁷⁷ Cet arrêt de grande chambre corrige notamment la décision rendue par la Cour le 10 juillet 2008 en estimant qu'un délai de 13 jours n'entache pas l'exigence de l'adverbe « aussitôt » dès lors que les individus ont été présentés au juge huit heures après leur arrivée sur le territoire français mais par le simple fait qu'une base légale faisait défaut à l'arrestation des individus.

donc bien une notion à géométrie variable »³⁷⁸. Les arrêts *Ali Samatar c/ France*³⁷⁹, *Hassan c/ France*³⁸⁰ et *Vassis c/ France*³⁸¹ précisent que l'éloignement géographique impose un délai d'acheminement. La question qui demeure est le fait de savoir si « le court délai » est encore d'actualité ou si la présentation au juge doit être faite sans délai »³⁸². Par conséquent le « court délai » subsiste même s'il devient un « très court délai » impliquant que la marge d'appréciation des États est alors plus restreinte. Le respect de la rapidité doit permettre de déceler tout mauvais traitement et de réduire au minimum « toute atteinte injustifiée à la liberté individuelle : la stricte limite de temps imposée par cette exigence ne laisse guère de souplesse dans l'interprétation, sous peine de porter atteinte à la garantie procédurale de l'article 5 et à la substance même du droit protégé par lui »³⁸³. Il apparaîtrait que la Cour européenne des droits de l'homme fasse état d'une présentation sans délai³⁸⁴. Le contentieux est d'autant plus complexe lorsqu'il s'agit d'intégrer la notion d'aussitôt, déjà étirée, à l'ensemble du § 3. En effet, il faut combiner les exigences d'immédiateté, somme toute relatives, à la nature de l'action à effectuer. Il s'agit en pratique de présenter l'individu « devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi ». Néanmoins, il faut comprendre le terme « magistrat » au sens de la Convention, à savoir un magistrat ayant les qualités spécifiques afin de se prémunir contre tout arbitraire. Il doit être tout d'abord indépendant de l'exécutif et des parties au procès, il doit également avoir le pouvoir de libérer l'individu. De plus, il doit entendre « personnellement » l'individu, c'est donc une nouvelle contrainte, une nouvelle précision apportée, exigeant davantage que la simple présentation de l'individu au juge. Cette indépendance hiérarchique est notamment rappelée par l'arrêt *Schiesser c/ Suisse*³⁸⁵, et la France n'a pas été épargnée à ce stade comme l'illustre de concert les arrêts

³⁷⁸ J.-F. RENUCCI, « L'obligation de présenter "aussitôt" le gardé à vue à l'autorité judiciaire : présentation "à court délai" ou présentation "sans délai" ? », D. 2015, p. 303.

³⁷⁹ CEDH, 4 déc. 2014, *Ali Samatar c/ France*, n° 17110/10, 17301/10.

³⁸⁰ CEDH, 4 déc. 2014, *Hassan c/ France*, n° 46695/10, 54588/10.

³⁸¹ CEDH, 27 juin 2013, *Vassis c/ France*, n° 62736/09 ; D. 2013, p. 1687, obs. O. BACHELET ; AJ pénal 2013, p. 549, obs. G. ROUSSEL ; RPDP 2013, p. 705, obs. J.-F. RENUCCI.

³⁸² J.-F. RENUCCI, « L'obligation de présenter "aussitôt" le gardé à vue à l'autorité judiciaire : présentation "à court délai" ou présentation "sans délai" ? », *loc. cit.* L'auteur estime que : « il est excessif de conclure à une disparition pure et simple du "court délai". Les arrêts *Ali Samatar* et *Hassan* tout comme l'arrêt *Vassis*, ne consacrent pas un revirement jurisprudentiel aussi brutal, lequel serait d'ailleurs contraire à l'approche européenne soucieuse de préserver la sécurité juridique et la prévisibilité de la norme. Il s'agit plutôt d'une lecture actualisée de la jurisprudence européenne, laquelle, au-delà de ses contradictions et des non-dits, change tout de même la donne ».

³⁸³ *Ibid.* « Il y va de l'effectivité de ce contrôle ».

³⁸⁴ *Ibid.* Dans l'arrêt *Ali Samatar c/ France*, « les juges européens ont constaté la violation de l'article 5 § 3 parce que les requérants auraient dû être présentés "sans délai" à l'autorité judiciaire ».

³⁸⁵ CEDH, 4 déc. 1979, *Schiesser c/ Suisse*, n° 7710/76.

Moulin du 23 novembre 2010 et *Medvedyev* du 10 juillet 2008³⁸⁶. Le parquetier français n'est alors pas une autorité judiciaire au sens européen du terme et l'adverbe « aussitôt » suivi de « traduit devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi » apparaît comme le vecteur de l'accès indispensable au droit au juge. Ce droit d'accès au juge est garanti par les traités européens. En effet, l'article 6 § 1 de la Convention dispose que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal établi par la loi », et ceci tant en matière civile qu'en matière pénale. L'article 13 ajoute que « toute personne, dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ». De ce fait, le droit à l'accès au juge est reconnu par le droit français ainsi que le droit européen³⁸⁷. Si les inconstances quant à la conception isolée du caractère temporel doivent être appréciées de manière neutre, les exigences apportées par le caractère combiné de l'adverbe aussitôt sont de véritables contraintes pour les États du fait de cet impératif capacitaire. Cette obligation d'apporter des précisions admet donc un corollaire qui se traduit par le pragmatisme des juges européens. Il conviendra alors de souligner différents points négatifs pouvant être soulevés quant à une décision pragmatique, à savoir la libre appréciation laissée aux juges européens pouvant alors porter atteinte au principe de prévisibilité de la loi. L'appréciation *in concreto* des situations soumises aux juges européens peut en effet entraîner une insécurité juridique et une difficulté d'application, pour les États, de leur propre législation puisque ces derniers restent dans l'ignorance du seuil pouvant entraîner leur responsabilité. De plus, le propre de la justice européenne, qui contraint les magistrats à raisonner uniquement sur les faits qui leur sont soumis, entraîne par conséquent un examen particulier des dossiers qui contribue à l'engorgement actuel de la Cour européenne des droits de l'homme. Le juge européen se voit ainsi attribuer un pouvoir qui relève de sa vision personnelle et de celle de ses confrères, marquant l'accent sur la nécessité d'une seconde composition professionnelle, ce qui peut démontrer l'équivocité de l'interprétation de la formule introductive de l'article 5, pourtant pris dans sa même rédaction. Il est nécessaire toutefois de démontrer les avantages incontestables. En effet, le rejet d'une appréciation

³⁸⁶ En effet, « les magistrats dépendent tous d'un supérieur hiérarchique commun, le garde des sceaux, ministre de la Justice, qui est membre du gouvernement, et donc du pouvoir exécutif. Contrairement aux juges du siège, ils ne sont pas inamovibles en vertu de l'article 64 de la Constitution. Ils sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques au sein du Parquet, et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la Justice ».

³⁸⁷ S. GUINCHARD, *Affirmation du principe d'effectivité en droit de la Convention EDH*, Rép. Proc. Civ., Dalloz, mars 2017.

littérale d'un texte considérée comme dangereuse au regard du décalage possible et probable entre la rédaction du texte et les affaires nécessitant son application. Par ailleurs, le fait que les juges puissent se prévaloir de manière légitime du caractère humain doit permettre un meilleur traitement du contentieux et une meilleure cohérence quant à la politique évolutive adoptée et souhaitée par le Conseil de l'Europe. Ce constat semble réitérer le principe fondamental selon lequel l'équité doit prévaloir sur le droit. Par conséquent, le caractère flou de la formulation de l'article par la Cour européenne des droits de l'homme peut se justifier par une volonté réelle de ne pas limiter les différents cas pouvant entrer dans le champ d'application du droit à la liberté et à la sûreté, et ce malgré d'inévitables inconvénients inhérents à la difficulté même de l'élaboration d'un texte de loi. Il peut être noté néanmoins une part d'incohérence de la Cour, celle-ci cherchant à trouver une juste pondération lorsqu'elle interprète les détails de chaque situation, elle réfute les situations spécifiques des requérants³⁸⁸. Par conséquent, il peut alors être observé par la souplesse générale de la Cour un élargissement des moyens recevables devant cette dernière.

Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable est l'instrument privilégié de la lutte contre le fléau des détentions provisoires abusives. Aux termes de l'article 5 § 3 de la Convention, toute personne arrêtée ou détenue a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable ou être libérée pendant la procédure. Le second des droits énumérés par l'article 5 § 3 a souvent eu l'honneur d'une décision de la Cour européenne des droits de l'homme. L'un des arrêts les plus importants est l'arrêt *Stögmüller c/ Allemagne*³⁸⁹ qui a affirmé son autonomie par rapport au droit. C'est-à-dire à obtenir une décision dans un délai raisonnable, garanti par l'article 6 § 1. Il est clairement énoncé que l'article 5 § 3 se rapportant aux seuls prévenus détenus implique une diligence particulière à apporter à la poursuite de la procédure les concernant et instaurant un délai distinct de celui prévu à l'article 6. La question qui se pose est celle de la durée d'une détention avant jugement. La spécificité du droit se nourrit aussi de l'arrêt *Neumeister c/ Autriche* du 27 juin 1968 suivant lequel la détention provisoire cesse

³⁸⁸ CEDH, 29 nov. 1988, *Brogan et autres c/ Royaume-Uni*, préc. En l'espèce le contexte spécial d'enquêtes sur des infractions terroristes ne connaît pas d'aménagements car d'après la Cour « la stricte limite de temps imposée par cette exigence ne laisse guère de souplesse dans l'interprétation, sinon on mutilerait, au détriment de l'individu, une garantie procédurale ». Elle poursuit en précisant : « On aboutirait à des conséquences contraires à la substance même du droit protégé par lui ».

³⁸⁹ CEDH, 10 nov. 1969, *Stögmüller c/ Allemagne*, n° 1602/62. L'arrêt l'a bien précisé. L'article 6 § 1 concerne tous les justiciables et son but est d'éviter une lenteur excessive de la justice tout en permettant d'éviter à la personne en cause une trop grande incertitude sur son sort. V. aussi CEDH, 13 sept. 2005, *Gosselin c/ France*, n° 66224/01, non publié. « C'est dire que si les autorités nationales n'agissent pas avec diligence dans la conduite de la procédure, il y aura violation de l'art. 5 § 3 même si les motifs allégués par les juridictions pour rejeter des demandes de mise en liberté étaient pertinents et suffisants ».

d'être raisonnable lorsqu'il n'existe plus de véritable exigence d'intérêt public justifiant, eu égard à la présomption d'innocence, une exception à la règle du respect de la liberté individuelle³⁹⁰. En outre lorsque le motif invoqué pour prolonger la détention provisoire est le danger de fuite, il ne peut s'apprécier uniquement sur la base de la gravité de la peine encourue, mais doit s'analyser en fonction d'un ensemble d'éléments supplémentaires pertinents³⁹¹. En fonction de l'état de détention de la personne poursuivie, il convient d'apprécier si le délai écoulé a dépassé à un moment donné les limites acceptables, celles du sacrifice qui, dans les circonstances de la cause, pouvait raisonnablement être infligé à une personne présumée innocente³⁹². « *Il est évident que la persistance initiale des motifs retenus par une juridiction d'instruction à l'appui de sa décision de maintien en détention peut parfaitement ne pas résister à l'épreuve du temps. Dès lors l'article 5 § 3 de la Convention est violée* »³⁹³. Cependant, concernant les autorités nationales, il y a un espoir sérieux d'échapper à la rigueur de l'article 5 § 3. Il arrive alors parfois que reprenant un des critères d'appréciation du caractère raisonnable du délai de l'article 6 § 1, la Cour tient compte de la complexité de l'affaire pour se prononcer sur la conduite de la procédure³⁹⁴. À la suite de nombreuses condamnations, les juges nationaux ont pour obligation de se montrer davantage

³⁹⁰ Le mode d'emploi de cette formule a été précisé par l'arrêt *Neumeister* lui-même. V. notamment R. PELLOUX, « Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans les arrêts *Wemhoff* et *Neumeister* », AFDI 1969, p. 276. V. également CEDH, 9 mars 2006, *Svipsta c/ Lettonie*, n° 66820/01 : c'est la raison pour laquelle la prolongation automatique d'une détention provisoire viole l'art. 5. À les supposer, par extraordinaire, soucieuses d'éviter une violation de l'article 5 § 3, les autorités nationales doivent donc savoir que si la persistance de raisons plausibles de soupçonner la personne arrêtée d'avoir accompli une infraction est une condition *sine qua non* de la régularité du maintien en détention, au bout d'un certain temps, elle ne suffit plus. Lorsque ce temps est expiré, il leur faut ajouter d'autres motifs pour légitimer la privation de liberté et les choisir de manière à ce qu'ils se révèlent pertinents et suffisants aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme. Le maintien en détention provisoire doit être justifié à partir d'éléments précis et concrets : ainsi les juges européens ont indiqué qu'en l'espèce la Chambre d'accusation aurait dû indiquer de façon plus précise et individualisée les raisons qui ont conduit à penser que la détention était nécessaire : CEDH, 26 juin 1991, *Letellier c/ France*, n° 12369/86, Série A, n° 207, AFDI 1991, p. 592, obs. V. COUSSIRAT-COUSTERE ; JDI 1992, p. 788, obs. E. DECAUX et P. TAVERNIER ; RSC 1991, p. 805, obs. L.-E. PETITI ; D. 1992, Somm., p. 328, obs. J.-F. RENUCCI. Lorsque ces caractères sont réunis, les autorités nationales doivent de surcroît apporter une diligence particulière à la poursuite de la procédure (CEDH, 10 nov. 1969, *Matzenetter c/ Autriche*, n° 2178/64). V. également CEDH, 18 oct. 2012, *Rossi c/ France*, n° 60468/08, D. Actu. 2012, obs. M. BLOMBLED. « *N'est pas déraisonnable une détention provisoire ayant duré plus de 4 ans dès lors qu'elle se trouve objectivement justifiée par des motifs pertinents et suffisants* ».

³⁹¹ CEDH, 8 juin 1995, *Yagci et Sargin c/ Turquie*, n° 16419/90, 16426/90.

³⁹² CEDH, 5 oct. 2004, *Blondet c/ France*, n° 49451/99, § 41, AJ pénal 2004, p. 450, obs. J. COSTE ; CEDH, 31 mars 2005, *Dumont-Maliverg c/ France*, n° 57547/00.

³⁹³ J.-F. RENUCCI, *Droit Européen des droits de l'homme ; Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH, op.cit.*, p. 300 ; CEDH, 26 sept. 2006, *Gérard Bernard c/ France*, n° 27678/02, § 47. V. aussi CEDH, 26 sept. 2002, *Grisez c/ Belgique*, n° 35776/97, § 49.

³⁹⁴ CEDH, 26 janv. 1993, *W. c/ Suisse*, n° 14379/88, Série A, n° 254-A, § 30. La Cour n'a pas jugé déraisonnable une détention provisoire qui avait pourtant duré plus de quatre ans.

vigilants quant au respect des exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme³⁹⁵. Par ailleurs, il conviendra de constater une très nette accentuation du caractère subsidiaire de la privation de liberté en cours de procédure qui se traduit par des dépassements du délai raisonnable quand aucune alternative à la détention n'a été envisagée³⁹⁶. Par conséquent, les autorités judiciaires doivent agir avec toute la promptitude nécessaire, car au bout d'un certain temps, la détention cesse d'être fondée sur des motifs pertinents et suffisants³⁹⁷. Concernant la commission d'actes et d'infractions criminelles entraînant la réclusion criminelle à perpétuité, la poursuite de l'incarcération ne se justifie que si des indices concrets révèlent une véritable exigence d'intérêt public sans porter atteinte au principe de présomption d'innocence et à la règle du respect de libertés individuelles³⁹⁸. En définitive, la longueur de l'instruction importe peu, mais une détention excessive équivaudrait à une « *sanction anticipée* » infligée à une personne dont la culpabilité n'est pas, par hypothèse encore prouvée. La Cour européenne des droits de l'homme peut alors être saisie en démontrant le caractère déraisonnable de la détention provisoire.

B. Des garanties fondamentales

67. Les droits spécifiques autres que ceux attribués aux personnes privées de liberté bénéficient aux accusés qui n'ont pas encore été jugés. Aussi il faut distinguer les droits qui selon la jurisprudence européenne représentent des aspects particuliers du droit à un procès équitable garantie par l'article 6 § 1. Le droit à la présomption d'innocence est consacré à travers l'article 6 § 2. Il figure de ce fait parmi les éléments du procès pénal équitable exigés

³⁹⁵ CEDH 4 mai 2006, *Ambruszkiewicz c/ Pologne*, n° 38797/03, § 33.

³⁹⁶ CEDH, 8 nov. 2007, *Lelièvre c/ Belgique*, n° 11287/03 : « *la détention provisoire est une mesure de caractère exceptionnel pouvant être utilisée seulement dans les cas où elle s'avèrerait strictement nécessaire* ». CEDH, 23 avr. 2007, *Cretello c/ France*, n° 2078/04, Dr. pén. 2009, p. 20, obs. E. DREYER. Il y a également des hypothèses de références trop abstraites ou trop imprécises aux motifs de maintien en détention provisoire. V. notamment CEDH, 31 août 2005, *Dumont-Maliverg c/ France*, n° 68591/01.

³⁹⁷ CEDH, 17 mars 1997, *Muller c/ France*, n° 21802/93, Rec. 1997-II, JCP G 1998, I, p. 107, n° 13, obs. F. SUDRE ; RSC 1998, p. 384, obs. KOERING-JOULIN ; CEDH, 31 oct. 2006, *Zborowski c/ Pologne*, n° 13535/36. V. aussi CEDH, 26 sept. 2002, *Grisez c/ Belgique, préc.*, « *la persistance de raisons plausibles de soupçonner la personne arrêtée d'avoir commis une infraction est une condition sine qua non de la régularité du maintien en détention, mais au bout d'un certain temps elle ne suffit plus. La Cour doit alors établir si les autres motifs adoptés par les autorités judiciaires continuent à légitimer la privation de liberté. Quand ils se révèlent pertinents et suffisants, elle recherche de surcroît si les autorités nationales compétentes ont apporté une diligence particulière à la poursuite de la procédure* ».

³⁹⁸ CEDH, Gde Ch., 6 avr. 2000, *Labita c/ Italie*, n° 26772/95, Rec. 2000-IV, § 152.

par le paragraphe 1^{er}³⁹⁹. Ledit article précise que toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. Ce droit a été érigé en principe fondamental⁴⁰⁰ étant considéré comme une garantie forte dans toute société démocratique. Ledit principe s'impose alors aux juges dans un premier temps dans le cadre d'un procès et lors du prononcé de la peine. Il convient de constater que le champ d'application a été très souvent élargi par la Cour européenne des droits de l'homme, cette dernière ayant pour objectif principal de protéger des droits effectifs et concrets. Il a été soutenu la thèse selon laquelle il ne pouvait y avoir atteinte à la présomption d'innocence qu'à l'issue d'une procédure en cas de condamnation et seulement si la motivation du juge permettait de supposer que celui-ci avait considéré a priori l'intéressé comme coupable. D'une part, la Cour européenne des droits de l'homme a répliqué en faisant jouer l'article 6 § 2 lorsque des juridictions nationales avaient clôturé les poursuites pour prescription⁴⁰¹, avaient acquitté l'intéressé⁴⁰² ou n'avaient même pas été amenées à statuer sur la culpabilité⁴⁰³. En d'autres termes, il a été admis que la présomption d'innocence profite à toute personne non condamnée par un jugement définitif contre toute constatation formelle de sa culpabilité sous quelque forme que ce soit. D'autre part, la Cour européenne des droits de l'homme a répliqué en excluant l'exigence d'un constat formel de ce que le juge avait considéré l'intéressé comme coupable *a priori*. De surcroît, il est manifeste qu'une autorité judiciaire n'est pas la seule à contrevenir au dit principe. La Cour européenne des droits de l'homme⁴⁰⁴ a en effet précisé « *qu'une atteinte à la présomption d'innocence peut émaner non seulement d'un juge ou d'un tribunal, mais aussi d'autres autorités publiques* ». Cette extension a découlé logiquement de l'interprétation extensive de la Convention. La Commission « *avait déjà*

³⁹⁹ CEDH, 27 févr. 1980, *Deweert c/ Belgique*, n° 6903/75, Série A, n° 35, § 38.

⁴⁰⁰ Comm. EDH, 30 mars 1963, *Autriche c/ Italie*, n° 25642/94, Ann. Vol. 6, p. 783.

⁴⁰¹ CEDH, 25 mars 1983, *Minelli c/ Suisse*, n° 8660/79, Série A, n° 62 § 37. Il suffit d'une motivation donnant à penser que le juge considère l'intéressé comme coupable pour caractériser une violation de l'article 6. Il y a donc atteinte à la présomption d'innocence si, sans établissement légal de la culpabilité d'un prévenu, une décision judiciaire le concernant reflète le sentiment qu'il est coupable.

⁴⁰² CEDH, 25 août 1993, *Sekanina c/ Autriche*, n° 13126/87, Série A, n° 266-A, RSC 1994, p. 362, obs. R KOERING-JOULIN.

⁴⁰³ CEDH, 26 mars 1982, *Adolf c/ Autriche*, n° 8269/78, Série A n°49.

⁴⁰⁴ CEDH, 10 fév. 1995, *Allenet de Ribemont c/ France*, n° 15175/89, Série A, n° 308 ; AFDI 1995, p. 485, obs. V. COUSSIRAT-COUSTERE ; JDI 1996, p. 211, obs. E. DECEAUX et P. TAVERNIER ; RTDH 1995, p. 657, comm. D. SPIELMAN ; RSC 1995, p. 639, obs. L.-E. PETTITI ; JCP G 1996, I, p. 3910, n° 8, obs. F. SUDRE ; D. 1996, Somm., p. 196, obs. J.-F. RENUCCI. « *Elle constate qu'en l'espèce, certains des plus hauts responsables de la police ont désigné le requérant comme l'un des instigateurs, et donc le complice, de l'assassinat. Il s'agit là, à l'évidence, d'une déclaration de culpabilité qui, d'une part incitait le public à croire en celle-ci et de l'autre, préjugait de l'appréciation des faits par les juges compétents. Partant, il y a eu violation de l'art. 6 § 2 de la convention* ». Il a été jugé que cette garantie s'applique avant même le début de la phase préparatoire du procès pénal.

estimé que le principe fondamental de la présomption d'innocence garantit à tout individu que les représentants de l'État ne pourront le traiter comme coupable d'une infraction avant qu'un tribunal compétent n'en ait apporté la preuve selon la loi»⁴⁰⁵. À la lecture du texte conventionnel, il apparaît que l'interprétation de ce dernier doit être extensive dans la mesure où elle doit être faite au regard de l'application des conditions de vie actuelle en tenant compte de la dynamique politique, sociale, juridique et culturelle dans laquelle il est inséré⁴⁰⁶. Par ailleurs, il apparaît qu'il est admis de préciser qu'une critique peut être portée dans la mesure où les juges parfois ne vont pas jusqu'au bout de leur logique. Il arrive parfois que cette logique d'interprétation élargie de la présomption d'innocence ne s'accompagne pas de garanties concrètes et effectives. Lorsque la violation a été établie avant le prononcé de la peine, il est difficile d'envisager une réparation concrète et effective.

La consécration de la présomption d'innocence exerce une importante influence sur le régime des preuves en matière pénale. Elle implique alors que le doute profite à l'accusé et que la charge de la preuve pèse sur l'accusation à laquelle il incombe d'offrir des preuves suffisantes pour fonder une déclaration de culpabilité⁴⁰⁷. De ce fait, la présomption d'innocence ne fait pas obstacle au maintien des présomptions de fait ou de droit, mais, en matière répressive, elle oblige à les contenir dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense⁴⁰⁸. De même, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé dans l'arrêt *Klouvi c/ France*⁴⁰⁹ que la présomption légale, déduite de l'article 226-10 du Code pénal, entraînant la réalisation de l'élément matériel du délit de dénonciation calomnieuse lorsque l'homme poursuivi pour viol a bénéficié d'un non-lieu ou a été acquitté, constitue une atteinte au droit à la présomption d'innocence. La difficulté réside au sein de l'appréhension du droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Il apparaît alors un lien étroit entre la présomption d'innocence et le

⁴⁰⁵ Comm. EDH, rapport 3 oct. 1978, n° 7986/77 ; rapport 17 déc. 1991, *X. c/ Pays-Bas*, n° 8361/78 ; CEDH, 26 mars 2002, *Butkevicius c/ Lituanie*, n° 48297/99, Rec. 2002-II ; CEDH, 11 fév. 2003, *O. c/ Norvège*, n° 29327/95, Rec. 2003-II ; CEDH, 28 oct. 2004, *Y.B et autres c/ Turquie*, n° 48173/99 et 48319/99, § 48 ; CEDH, 19 mai 2005, *Diamantides c/ Grèce*, n° 71563/01, RSC 2006, p. 452, obs. F. MASSIAS ; CEDH, 10 mars 2010, *Kouzmin c/ Russie*, n° 58939/00 ; CEDH, 28 juin 2011, *Lizaso Azconobieta c/ Espagne*, n° 28834/08, § 42.

⁴⁰⁶ CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c/ Irlande*, préc. Adde CEDH, 25 avr. 1978, *Tyrer c/ Royaume-Uni*, Série A n° 26, § 31.

⁴⁰⁷ CEDH, 6 déc. 1988, *Barbera, Messegué et Jabardo c/ Espagne*, n°10588/83, 10589/83, 10590/83.

⁴⁰⁸ CEDH, 7 oct. 1988, *Salabiaku c/ France*, n° 10519/83, Série A, n° 141-A, § 28, RSC 1989, p. 167, obs. L.-E. PETTITI et F. TEITGEN ; JDI 1989, p. 829, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER. Les juges européens ont estimé dans l'affaire *Salabiaku* que l'existence de présomptions de culpabilité n'est pas nécessairement contraire à la Convention européenne des droits de l'homme.

⁴⁰⁹ CEDH, 30 juin 2011, *Klouvi c/ France*, n° 30754/03, JDI 2012, chron. 6, obs. A. DECAUX, P. TAVERNIER, M. BOUMGHAR.

droit de ne pas s'auto-incriminer et de garder le silence. En effet, à l'occasion de l'arrêt *Funke c/ France*⁴¹⁰, il a été fait état d'un droit qui n'est pas expressément consacré à travers l'article 6, mais qui se trouve être au cœur de la notion de procès équitable. Ce dernier présente une certaine parenté avec la notion de présomption d'innocence. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme⁴¹¹ a rappelé que ce droit nouvellement affirmé n'était pas absolu. Il y a en effet des situations qui appellent assurément de la part de l'accusé une explication pour apprécier la force de persuasion des éléments à sa charge⁴¹². Pour les juges européens, la présomption de culpabilité reste un grand principe qui est à examiner au regard du respect d'autres droits de la défense.

68. Les droits de la défense désignent en général de nombreux droits énumérés par l'article 6 § 3 dont la Cour a affirmé à plusieurs reprises qu'ils étaient eux aussi des aspects particuliers du droit à un procès équitable, ils occupent « *une place primordiale* » dans toute société démocratique⁴¹³. La Cour de Strasbourg a, à de nombreuses reprises, manifesté son souhait d'empêcher ces droits de rester théoriques ou illusoire. La problématique qui se pose réside dans le fait que s'agissant de droits conditionnels, est-il possible de les restreindre ? Afin de légitimer une potentielle restriction, il faut pouvoir justifier de sa nécessité⁴¹⁴. Tout homme a le droit d'être assisté, aussi le fait de désigner un avocat n'assure pas une assistance et une défense effective⁴¹⁵. Aussi, pour rendre concrets et effectifs ces droits, elle a dégagé de nombreuses obligations positives⁴¹⁶ à l'égard des États. Les droits de la défense s'imposant face à toute infraction commise, cette démarche extensive a été suivie par le fait d'avoir le droit à l'assistance d'un avocat, de faire interroger les témoins et d'être assisté d'un interprète.

⁴¹⁰ CEDH, 25 févr. 1993, *Funke c/ France*, n° 10588/83.

⁴¹¹ CEDH, 8 févr. 1996, *Murray c/ Royaume-Uni*, n° 18731/91, Rec. 1996, p. 30 ; JCP G 1997, I, p. 4000, obs. F. SUDRE.

⁴¹² CEDH, 20 oct. 1997, *Serves c/ France*, n° 20225/92. La CEDH a estimé que le droit de se taire ne peut faire obstacle à une condamnation pour refus de prêter serment. Elle n'en continue pas moins à faire des applications inattendues de ce droit par exemple en matière fiscale : CEDH, 3 mai 2001, *J.B c/ Suisse*, n° 31827/96.

⁴¹³ CEDH, 23 nov. 1993, *Poitrimol c/ France*, n° 14032/88, Série A, n° 277-A, § 38 ; RSC 1994, p. 370, obs. L.-E. PETTITI ; JDI 1994, p. 821, obs. P. TAVERNIER ; AFDI 1994, p. 684, obs. R. PELLOUX.

⁴¹⁴ CEDH, 5 oct. 2006, *Viola c/ Italie*, n° 45106/04, § 60. V. aussi CEDH, 27 oct. 2011, *Stojkovic c/ France et Belgique*, n° 25303/08, § 55 : *Le respect des droits de la défense s'impose même pour des actes procéduraux effectués à l'étranger*. AJ Pénal 2012, p. 93, note J.-R. DEMARCHI ; Dr. pén. 2012, n° 4, chron. 3, comm. 18, obs. E. DREYER ; RSC 2012, p. 2411, obs. J.-P. MARGUENAUD ; RTDH 2013, p. 143, obs. A. WEYEMBERGH ; JDI 2012, chron. 6, obs. A. DECAUX, P. TAVERNIER, M. BOUMGHAR et autres ; RTD Eur. 2012, p. 369, obs. E. PALVADEAU.

⁴¹⁵ A. DARSONVILLE, « Procès équitable et effectivité des droits de la défense », D. Act. 22 mai 2007.

⁴¹⁶ V. *supra* n° 24.

Un individu accusé a le droit de se défendre lui-même,⁴¹⁷ mais dans cette hypothèse, l'État est tenu de l'obligation positive d'assurer sa comparution personnelle au procès même si ce dernier ne l'a pas demandé lorsque la question en jeu revêt une importance particulière⁴¹⁸. Toutefois, lorsque l'inexpérience de l'accusé ou la technicité des questions rend illusoire une telle autodéfense, l'État est tenu d'une autre obligation positive selon laquelle il exige l'intervention d'un avocat⁴¹⁹ afin d'assurer le respect concret et effectif des droits de la défense⁴²⁰. La Cour européenne des droits de l'homme rappelle l'obligation qui est faite aux États de garantir son effectivité, notamment lorsqu'une « *privation de liberté est en jeu* »⁴²¹. Il conviendra de rappeler que c'est en se fondant sur l'article 6 § 3 que les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *Salduz c/ Turquie*⁴²², *Dayanan c/ Turquie*⁴²³ et *Brusco c/ France*⁴²⁴ ont affirmé le droit à l'assistance d'un avocat dès le début de la garde à vue⁴²⁵ tout en précisant que la nomination d'un conseil n'assure pas elle seule l'effectivité de l'assistance qu'il peut procurer à l'accusé⁴²⁶. L'arrêt *Navone c/ Monaco*⁴²⁷ a utilement précisé que le droit à l'assistance d'un avocat ne se confondait pas avec le droit de ne pas participer à sa propre incrimination et de garder le silence, si bien que la renonciation à l'un ne vaut pas

⁴¹⁷ CEDH, 8 févr. 2000, *Voisine c/ France*, n° 27362/95.

⁴¹⁸ CEDH, 21 sept. 1993, *Kremzov c/ Autriche*, n° 12350/86.

⁴¹⁹ CEDH, 25 avr. 1983, *Pakelli c/ Allemagne*, n° 8398/78.

⁴²⁰ CEDH 24 mai 1991, *Quaranta c/ Suisse*, n° 12744/87, Série A, n° 205, § 30.

⁴²¹ CEDH, 4 nov. 2010, *Katritsch c/ France*, n° 22575/08. V. en ce sens : O. BACHELET, « Droits de la défense : nouvelle méconnaissance par la France du droit à l'assistance d'un avocat », D. Actu., 22 nov. 2010.

⁴²² CEDH, Gde Ch., 27 nov. 2008, *Salduz c/ Turquie*, n° 36391/02, § 55, JCP G 2009, I, p. 104, n° 5, obs. F. SUDRE ; Dr. pén. 2009, p. 23, obs. E. DREYER ; RTDH 2010, p. 663, note D. HOLZAPFEL. La Grande chambre a précisé que pour que le droit à un procès équitable demeure suffisamment concret et effectif, il faut en règle générale, que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police, sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit.

⁴²³ CEDH, 13 oct. 2009, *Dayanan c/ Turquie*, n° 7377/03, D. 2009, Jur., p. 2897, note J.-F. RENUCCI ; AJ pénal 2010, Jur., p. 27, obs. C. SAAS ; RSC 2010, p. 231, obs. D. ROETS ; Dr. pén. 2010, n° 4, chron. n° 3, obs. E. DREYER. Cet arrêt a repris les principes de l'arrêt *Salduz*. Il a renforcé l'exigence d'effectivité de la défense. Ainsi l'équité de la procédure requiert que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au Conseil, en particulier la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires ou encore le soutien de l'accusé et le contrôle des conditions de détention. *En l'espèce, le requérant n'a pas bénéficié de l'assistance d'un conseil lors de sa garde à vue parce que la loi en vigueur à l'époque pertinente y faisait obstacle. En soi une telle restriction systématique sur la base des dispositions légales pertinentes suffit à conclure à un manquement aux exigences de l'art. 6 de la Convention, nonobstant le fait que le requérant a gardé le silence au cours de sa garde à vue. Adde* CEDH, 28 août 2012, *Simons c/ Belgique*, n° 71407/10, Gaz. Pal. 26-27 oct. 2012, p. 39, note F. FOURMENT.

⁴²⁴ CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco c/ France*, n° 1466/07.

⁴²⁵ A. GIUDICELLI, « Droit à l'assistance effective d'un avocat au cours de la garde à vue : l'Assemblée plénière rappelle au respect des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme », RSC 2011, p. 410.

⁴²⁶ CEDH, 7 oct. 2008, *Bogumil c/ Portugal*, n° 35228/03, § 46.

⁴²⁷ CEDH, 24 oct. 2013, *Navone c/ Monaco*, n° 62880/11, 62892/11, 62899/11.

renonciation à l'autre. Lorsque l'accusé a pris directement le parti de se faire assister par l'avocat de son choix, l'État est tenu de l'obligation de prendre toutes mesures qui assureront la communication confidentielle entre le défenseur et le client⁴²⁸. Aussi un avocat lorsqu'il est choisi, les autorités étatiques doivent lui assurer la libre communication avec le client, ce qui est un gage de l'effectivité de ce droit. En effet, le non-respect de cette exigence entraîne de lourdes conséquences sur l'état de la procédure et entraîne ainsi une atteinte à l'équité procédurale. Un arrêt controversé et retentissant, l'arrêt *Poitrinol c/ France*⁴²⁹ consolidé par l'arrêt *Van Pelt c/ France*⁴³⁰ a précisé que ce droit à l'assistance d'un défenseur de son choix devait être garanti même à l'accusé qui refuse délibérément de comparaître. Selon cette approche, un autre arrêt a été rendu, l'arrêt *Krombach c/ France*⁴³¹ qui par sa portée a stigmatisé la règle de l'article 630 du Code de procédure pénale qui interdisait la représentation par contumace par un avocat⁴³². Par ailleurs, si l'accusé en attente du prononcé de la peine prétend à l'assistance gratuite d'un avocat commis d'office⁴³³, il faut qu'il soit dépourvu des moyens de rémunérer un défenseur et que les intérêts de la justice exigent une telle désignation. Aussi pour vérifier la réalisation de la seconde de ces conditions, la Cour prend en considération la sévérité de la sanction dont le requérant risquait de se voir frapper et la complexité de la cause. De ce fait, si un avocat est désigné d'office, l'État est tenu de l'obligation de garantir qu'il assurera effectivement la défense de l'accusé⁴³⁴. Lorsque la situation met en évidence une infraction grave⁴³⁵, laquelle va entraîner nécessairement après instruction la réclusion criminelle à perpétuité, l'assistance par un avocat dès la phase

⁴²⁸ CEDH, 28 nov. 1991, *S. c/ Suisse*, n° 12629/87, 13965/88. V. aussi CEDH, 16 oct. 2001, *Brennan c/ Royaume-Uni*, n° 39846/98, Rec. 2001-X, § 58 ; JDI 2002, p. 272, obs. O. BACHELET ; version définitive 16 janv. 2002, n° 39846/98 ; V. également CEDH, 12 mai 2005, *Ocalan c/ Turquie*, n° 46221/99, § 132 et s.

⁴²⁹ CEDH, 23 nov. 1993, *Poitrinol c/ France*, préc., § 34. V. aussi CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, préc., § 99 ; CEDH, 16 mai 2002, *Karatas et Sari c/ France*, n° 38396/97, § 61.

⁴³⁰ CEDH, 23 mai 2000, *Van Pelt c/ France*, n° 31070/96, JCP G 2000, I, 291, n° 29, obs. F. SUDRE ; RSC 2001, p. 429, obs. F. MASSIAS ; D. 2001, Somm. p. 1061, obs. J.-F. RENUCCI.

⁴³¹ CEDH, 13 fév. 2001, *Krombach c/ France*, n° 29731/96, Rec. 2001-II, § 89, D. 2001, p. 3304, note J.-P. MARGUENAUD ; JCP G 2001, I, p. 342, n° 15, obs. F. SUDRE ; RSC 2001, p. 429, obs. F. MASSIAS. Comp. CJCE, 28 mars 2000, *Krombach et Bamberski*, aff. C-7/98, RTD Civ. 2000, p. 944, obs. J. RAYNARD ; RTDH 2001, p. 801, obs. C. PICHERAL et F. SUDRE. V. aussi CEDH, 31 mars 2005, *Mariani c/ France*, n° 43640/98, § 42. Cette procédure a été remplacée par le défaut criminel.

⁴³² CEDH, Gde Ch., 1^{er} mars 2006, *Sedjovic c/ Italie*, n° 56581/00, §105 et §106, RTDH 2007, p. 521, note L. FRANCOIS. V. aussi CEDH, 11 oct. 2012, *Abdelali c/ France*, n° 43353/07 : Il a été estimé qu'offrir à un accusé le droit de faire opposition pour être jugé en sa présence, mais sans qu'il puisse contester la validité des preuves retenues contre lui, vide de sa substance la notion de procès équitable.

⁴³³ CEDH, 25 sept. 1992, *Pham Hoang c/ France*, n° 13191/87, Série A n° 243, § 41 : « Lorsque les intérêts de la justice l'exigent tout accusé a le droit d'être assisté gratuitement par un avocat commis d'office ».

⁴³⁴ CEDH, 13 mai 1980, *Artico c/ Italie*, n° 6694/74, Série A, n° 37, § 33.

⁴³⁵ En ce sens, V. CEDH, 12 mai 2017, *Simeonovi c/ Bulgarie*, n° 21980/04 ; A. PORTMANN, « CEDH : Le droit à être défendu par un avocat en garde à vue n'est pas un droit autonome », D. Actu., 29 mai 2017.

d'instruction préliminaire menée par la police est un droit fondamental⁴³⁶. Toutefois, il est important de préciser que dans un contexte où les lois se multiplient suite aux divers attentats perpétrés, la Cour européenne a dû se prononcer⁴³⁷ sur le fait de savoir si le renforcement des exigences de lutte contre le terrorisme peut se traduire par un abaissement du niveau de protection des droits de l'homme. La nécessité de lutter contre le terrorisme peut-elle alors justifier des affaiblissements, en principe contraires à la Convention, des droits des personnes soupçonnées d'être mêlées à des actes de terrorisme pourvu que les droits de la défense n'en soient pas vidés de leur substance ? La Cour européenne des droits de l'homme est alors à la recherche d'un nouvel équilibre procédural. La Cour a alors précisé les critères permettant de déterminer la compatibilité d'une restriction à l'accès à un avocat avec le droit à un procès équitable. Elle a alors précisé les raisons impérieuses⁴³⁸ de différer l'assistance d'un avocat. De plus, la Cour a dû répondre à la question de savoir si l'absence de raisons impérieuses de restreindre l'accès à l'assistance juridique suffit à elle seule à emporter violation de l'article 6. La Cour a répondu dans la négative dans la mesure où elle a précisé que l'absence de raisons impérieuses n'emporte pas à elle seule violation de l'article 6, car il faut statuer sur l'existence ou non d'une violation du droit à un procès équitable en tenant compte de la procédure dans son ensemble et en considérant que les droits énoncés par l'article 6 § 3 ne sont pas des fins en soi, mais des aspects particuliers du droit plus général à un procès équitable. Par conséquent, il conviendra de constater un affaiblissement des garanties procédurales pour permettre une

⁴³⁶ CEDH, 24 nov. 1993, *Imbrioscia c/ Suisse*, n° 13972/88 et CEDH, 8 fév. 1996, *Murray c/ Royaume-Uni, préc.* ; suivant lesquels le droit à l'assistance d'un avocat s'applique même au stade de l'instruction préliminaire menée par la police. V. aussi CEDH, 19 oct. 2004, *Mahkfi c/ France*, n° 59335/00, suivant lequel il est constaté une violation de l'article 6 § 3 parce que l'avocat avait dû plaider à 4 heures du matin devant une Cour d'assises après 14 heures de débats.

⁴³⁷ CEDH, Gde Ch., 13 sept. 2016, *Ibrahim et autres c/ Royaume-Uni*, n° 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09 ; D. 2016, p. 1862, obs. C. de PRESSE. Dans cette espèce, deux semaines après les quatre attentats suicides à la bombe du 7 juillet 2005 qui firent 52 victimes et des centaines de blessés dans trois rames de métro et autobus de Londres, les requérants avaient mis le feu à quatre nouvelles bombes qui n'explosèrent pas dans les moyens de transports collectifs où ils les avaient placées. Ces criminels ont été filmés par des caméras de vidéosurveillance donc ils ont été identifiés puis arrêtés après quelques jours de chasse à l'homme nationale. Ils ont été condamnés pour complot d'assassinat à la réclusion criminelle à perpétuité assortie d'une période minimale d'emprisonnement de quarante ans. Ils ont indiqué dans leur requête devant la CEDH qu'ils étaient froissés par le déroulement de la procédure qui devait aboutir au prononcé de cette lourde peine. Ils se prétendaient en effet victimes d'une violation de leur droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1 et l'article 6 § 3 qui garantit le droit pour un accusé de se défendre lui-même ou d'avoir l'assistance d'un défenseur.

⁴³⁸ Gde. Ch. CEDH, 13 sept. 2016, *Ibrahim et autres c/ Royaume-Uni, préc.* : Les raisons impérieuses de retarder l'assistance juridique aux fins de l'article 6 de la Convention européenne se justifient par le fait « *qu'un gouvernement démontre de façon convaincante l'existence d'un besoin urgent de prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique dans un cas donné* ».

réaction plus efficace face à la menace terroriste⁴³⁹. Il s'agit alors d'une régression générale du droit à l'assistance juridique que « *les temps difficiles de lutte contre le terrorisme auront permis de cristalliser* »⁴⁴⁰.

Les droits de la défense se traduisent également au travers le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins ainsi que par le droit d'obtenir l'aide d'un interprète. La portée du droit d'interroger ou de faire interroger les témoins est réduite par l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme. Qu'est-ce qu'un témoin ? Il se définit d'un point de vue européen comme toute personne dont les dires sont rapportés au juge et sur lesquels ce dernier se fonde pour entrer en voie de condamnation⁴⁴¹. En effet, depuis l'arrêt *Kostovski c/ Pays-Bas*⁴⁴², la Cour considère que malgré ce droit, la recevabilité des preuves relève au premier chef des règles du droit interne et de l'appréciation des juridictions nationales. Par conséquent, sa mission ne consiste pas à se prononcer sur le point de savoir si des dépositions de témoins ont été à bon droit admises comme preuves, mais à rechercher si la procédure dans son ensemble a revêtu un caractère équitable. Il n'est aucunement imposé la convocation ou l'interrogation de tout témoin à charge ou à décharge. En effet, aux termes de l'article 6 § 3 d) tout accusé a le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge. Pour la Cour, les exigences de l'équité ne conduisent guère à constater des violations de ce texte que dans les cas où une condamnation a été prononcée sur le fondement exclusif ou principal de témoignages de personnes dont l'audition n'a pas été organisée⁴⁴³. Avant que la peine ne soit prononcée, l'accusé doit avoir la possibilité de contester un témoignage à charge, mais également d'être confronté à ses accusateurs à un moment ou à un

⁴³⁹ Gde. Ch. CEDH, 13 sept. 2016, *Ibrahim et autres c/ Royaume-Uni, préc.* La CEDH a alors conclu que même si les requérants ont bénéficié avec retard d'une assistance juridique et que leurs déclarations ont été admises alors que pas d'assistance juridique, la procédure suivie pour chacun d'eux a été toutefois équitable. Le § 293 de l'arrêt permet de justifier la régression du droit à l'assistance juridique dans le sens où il est indiqué que pour « *l'intérêt public il est on ne peut plus impérieux de prévenir et réprimer les attentats terroristes* ».

⁴⁴⁰ J.-P. MARGUENAUD, « La régression des garanties procédurales conventionnelles face aux exigences de la lutte contre le terrorisme », RSC 2017, p. 130.

⁴⁴¹ CEDH, 6 mai 1985, *Bönish c/ Autriche*, n° 8658/79, Série A, n° 92, § 32, CDE 1988, p. 455, obs. G. COHEN-JONATHAN ; AFDI 1987, p. 239, obs. V. COUSSIRAT-COUSTERE ; RSC 1985, p. 164, obs. L.-E. PETTITI ; JDI 1986, p. 1083, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER.

⁴⁴² CEDH, 20 nov. 1989, *Kostovski c/ Pays-Bas*, n° 11454/85, Série A, n° 166 ; AFDI 1991, p. 602, obs. V. COUSSIRAT-COUSTERE ; JDI 1990, p. 738, obs. P. ROLLAND ET P. TAVERNIER ; RTDH 1990, p. 267, obs. J. CALLEWEART ; Dr. pén. 1990, comm. 143, obs. A. MARON ; RSC 1990, p. 388, obs. L.-E. PETTITI.

⁴⁴³ CEDH, 20 sept. 1993, *Saïdi c/ France*, n° 14647/89. V. aussi CEDH, 27 févr. 2001, *Luca c/ Italie*, n° 33354/96 : les exigences de l'équité ne conduisent guère à constater des violations de ce texte que dans les cas où une condamnation a été prononcée sur le fondement exclusif ou principal sur la base de déclarations faites par une personne accusée dans une procédure connexe qui, à l'audience s'est prévalué du droit de garder le silence.

autre de la procédure⁴⁴⁴. La jurisprudence européenne très fluctuante et évolutive précise que désormais l'audition des témoins prend une place plus importante au sein de la procédure⁴⁴⁵. Cela relève de la compétence du juge national. En effet, ce dernier décide de la nécessité ou de l'opportunité de citer un témoin⁴⁴⁶. Il est désormais nécessaire d'indiquer que lorsqu'elle est nécessaire, la déclaration des témoins peut d'ailleurs être recueillie de manière à préserver leur anonymat et par conséquent leur sécurité⁴⁴⁷. La problématique qui pose difficulté repose sur la crédibilité du témoin. Le juge doit pouvoir contrôler les raisons justifiant l'anonymat. Ce qui de surcroît peut être source d'insécurité juridique. Le principe du contradictoire est alors malmené. Faudrait-il parler d'irrespect, d'atteintes au dit principe ? Des difficultés subsistent lorsque la justice est confrontée à des accusés jugés « *dangereux* » et que la fiabilité des témoignages est faible. Il est nécessaire de trouver un compromis entre les intérêts légitimes du témoin et les exigences du procès équitable. La difficulté semble persister en ce qui concerne la question du témoin absent. La Cour européenne des droits de l'homme a alors décidé que « *une condamnation reposant uniquement ou dans une mesure déterminante sur la déposition du témoin absent n'emporte pas automatiquement violation de l'article 6 de la Convention* »⁴⁴⁸. Alors le principe est assoupli, il faut néanmoins veiller à ce que cette possibilité d'entendre un témoin anonyme reste une exception et ne devienne pas une pratique courante. Il faut en effet pouvoir confronter toutes les preuves et ainsi tous les différents témoins. Il conviendra d'ajouter qu'en raison de l'autonomie reconnue au terme « *témoins* », les mêmes principes valent aussi pour les experts⁴⁴⁹. Par ailleurs, il est en effet entendu que prévaut le droit d'être assisté gratuitement par un interprète. En effet, l'article 6 § 3 e) prévoit que tout accusé a droit à se faire assister gratuitement d'un interprète s'il ne comprend pas ou

⁴⁴⁴ CEDH, 13 avr. 2006, *Vaturi c/ France*, n° 75699/01, § 49 et s. Il y a eu violation de l'article 6 § 3 d) dans la mesure où le requérant n'a pu interroger ni faire interroger aucun témoin durant son procès.

⁴⁴⁵ CEDH, 13 juill. 2012, *Hümmer et Sievert c/ Allemagne*, n° 26171/07.

⁴⁴⁶ CEDH, 19 déc. 1989, *Kamasinski c/ Autriche*, n° 9783/82, Série A, n° 168, § 89 et s. ; RTDH 1991, p. 231, note J. CALLEWAERT.

⁴⁴⁷ CEDH, 26 mars 1996, *Doorson c/ Pays-Bas*, n° 20524/92, Rec. 1996-II, D. 1997, Somm., p. 207, obs. J.-F. RENUCCI. Il n'est donc pas impossible de prononcer des condamnations grâce à des indicateurs occultes. V. aussi, CEDH, 14 fév. 2002, *Visser c/ Pays-Bas*, n° 26668/95. La Cour exige une vérification du sérieux et du bien-fondé des craintes en raison desquelles le témoin a conservé l'anonymat. V. également, CEDH, 20 nov. 1989, *Kostovski c/ Pays-Bas*, *préc.* Les juges européens font preuve de réalisme et admettent les témoignages anonymes mais sous certaines conditions.

⁴⁴⁸ CEDH, Gde Ch., 15 déc. 2011, *Al-Khawaja et Tahery*, n° 26766/05, D. 2012, p. 586, note J.-F. RENUCCI ; JCP G 2012, 87, p. 165, n° 9, obs. F. SUDRE ; Dr. pén. 2012, n° 4, chron. 3, comm. 19, obs. E. DREYER ; RSC 2012, p. 245, obs. D. ROETS ; JDI 2012, chron. 6, obs. A. DECAUX, P. TAVERNIER, M. BOUMGHAR et autres.

⁴⁴⁹ CEDH, 28 août 1991, *Brandstetter c/ Autriche*, n° 11170/84, 12876/87, 13468/87.

ne parle pas la langue utilisée lors de l'audience⁴⁵⁰. Afin de rendre ce droit concret et effectif, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la gratuité s'étendait à tous les actes de procédure dont l'accusé doit avoir compris la signification pour être en mesure de réfuter les arguments de l'accusation dès la phase de l'enquête et que l'État devait exercer le contrôle de la valeur de la traduction proposée par l'interprète⁴⁵¹. En conclusion, il conviendra de dire que les juges européens examinent et évaluent les différentes valeurs afin de déterminer si les exigences posées par la Cour ont été respectées afin de rendre le prononcé de la peine effectif.

La Cour européenne des droits de l'homme pose des principes que les États doivent respecter, mais la portée générale des arrêts rendus n'est que déclaratoire. Elle se borne donc dans chaque affaire à dire s'il y a eu ou non violation de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle ne se reconnaît donc pas compétente pour abroger la loi, annuler l'acte ou casser la décision s'il y a eu violation. Aussi la Cour de Strasbourg a assoupli le caractère déclaratoire pour aménager les effets des arrêts dans le temps et pour orienter les réformes internes. Pour prononcer la peine perpétuelle, les juges doivent respecter les exigences procédurales posées par la Cour européenne des droits de l'homme, ces mêmes exigences qui sont affirmées et sujettes à controverse.

⁴⁵⁰ CEDH, 19 déc. 1989, *Kamasinski c/ Autriche, préc.* ; CEDH, 14 janv. 2003, *Lagerblom c/ Suède*, n° 26891/95. V. aussi, CEDH, 28 nov. 1978, *Luedicke, Belkacem et Koc c/ Allemagne*, n° 6210/73, 6877/75, 7132/75, Série A, n° 29, § 40. V. également, Crim. 29 juin 2005, n° 04-86.110, AJ pénal 2005, p. 419, obs. J.-F. RENUCCI.

⁴⁵¹ CEDH, 19 déc. 1989, *Kamasinski c/ Autriche, préc.* ; CEDH, 14 oct. 2014, *Baytar c/ Turquie*, n° 45440/04. V. aussi, CEDH, 28 nov. 1978, *Luedicke, Belkacem et Koc c/ Allemagne, préc.* Dans un souci d'effectivité, la Cour a repoussé la thèse selon laquelle les frais d'interprète devraient être remboursés en cas de condamnation.

Section 2

La sanction modérée

69. En Europe, la licéité des peines dépend non seulement de leur reconnaissance en droit national, mais encore de leur absence de contrariété avec la Convention européenne des droits de l'homme. Compte tenu de la diversité des conceptions de la peine de perpétuité en général et en particulier des peines perpétuelles incompressibles, parmi les pays européens, le point de savoir si ces dernières soulèvent des difficultés au regard de la Convention européenne des droits de l'homme était inévitablement à se poser. Les auteurs d'une étude statistique expliquent que l'expression de « *durée effective* » des peines perpétuelles n'est pas contradictoire, car « *la peine perpétuelle signifie rarement l'incarcération pour le reste de la vie* »⁴⁵². L'ambiguïté persiste cependant, car la réclusion criminelle à perpétuité est une peine par essence incompressible dépourvue de terme, mais n'est pas absolue en raison d'un risque d'inconstitutionnalité. Une procédure complexe permet un retour au droit commun de l'application des peines, après trente ans d'incarcération. De ce fait, l'effectivité de la peine perpétuelle est conditionnée par une sanction modérée au regard d'une incompressibilité contestée (§ 1) et d'une incompressibilité corrigée (§ 2).

§ 1. L'incompressibilité contestée

70. Robert Badinter, suite à la condamnation de Patrick Henry n'envisageait pas d'emprisonnement à vie⁴⁵³. Or, la peine à la réclusion criminelle à perpétuité prévoit une peine dite incompressible. Des dispositions législatives prévoient l'application de la réclusion criminelle à perpétuité (A) et au regard des différents États européens, il s'avère que la peine dite incompressible est considérée comme étant inconstitutionnelle (B).

⁴⁵² A. KENSEY, « Durée effective des peines perpétuelles », *loc. cit.*

⁴⁵³ R. BADINTER, *L'abolition. op. cit.*, p. 122. « Nous savions que la perpétuité n'existait que dans les codes. Mais combien de décennies s'écouleraient avant qu'il puisse quitter la prison ? ».

A. Une interdiction législative

71. Le droit comparé peut permettre une meilleure compréhension du droit national. Le droit pénal des États membres s'avère très hétérogène quant à sa peine maximale. Suivant les États, la peine perpétuelle est « *inexistante, inappliquée, usuelle ou automatique* »⁴⁵⁴. La législation pénale française figure parmi les plus répressives, or la seule durée maximale de la peine ne suffit pas dans la mesure où celle-ci pourrait être incompressible. La majorité des États européens ne prévoit pas de peine perpétuelle incompressible. La peine dite incompressible serait alors contraire aux dispositions européennes⁴⁵⁵. En droit français, l'article 221-3 du Code pénal en son alinéa 2⁴⁵⁶ prévoit que par « *décision spéciale, la Cour d'assises peut, ne décider qu'aucune des mesures prévues à l'article 132-23 du Code pénal* »⁴⁵⁷

⁴⁵⁴ L. LECHON, « Perpétuité : une réclusion à vie ? », Les Chroniques du CIRAP, ENAP, juill. 2009, n° 5, p. 15.

⁴⁵⁵ CEDH, 2 sept. 2010, *Iorgov c/ Bulgarie*, n° 36295/02. Dans cette espèce, le requérant se plaignait de s'être vu infliger une peine privative de liberté perpétuelle et incompressible, en quoi il voyait une violation de l'article 3 de la Convention. Sous l'angle du même article, il dénonçait également ses conditions de détention à la prison de Pleven. Il alléguait par ailleurs ne disposer, en violation de l'article 5 § 4 de la Convention, d'aucun recours pour contester la légalité de son maintien en détention.

⁴⁵⁶ Art. 221-3 du C. pén. : « *Le meurtre commis avec préméditation ou guet-apens constitue un assassinat. Il est puni de la réclusion criminelle à perpétuité.*

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatifs à la période de sûreté sont applicables à l'infraction prévue par le présent article. Toutefois, lorsque la victime est un mineur de quinze ans et que l'assassinat est précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie ou lorsque l'assassinat a été commis sur un magistrat, un fonctionnaire de la police nationale, un militaire de la gendarmerie, un membre du personnel de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, à l'occasion de l'exercice ou en raison de ses fonctions, la cour d'assises peut, par décision spéciale, soit porter la période de sûreté jusqu'à trente ans, soit, si elle prononce la réclusion criminelle à perpétuité, décider qu'aucune des mesures énumérées à l'article 132-23 ne pourra être accordée au condamné ; en cas de commutation de la peine, et sauf si le décret de grâce en dispose autrement, la période de sûreté est alors égale à la durée de la peine résultant de la mesure de grâce ».

⁴⁵⁷ Art. 132-23 du C. pén. : « *En cas de condamnation à une peine privative de liberté, non assortie du sursis, dont la durée est égale ou supérieure à dix ans, prononcée pour les infractions spécialement prévues par la loi, le condamné ne peut bénéficier, pendant une période de sûreté, des dispositions concernant la suspension ou le fractionnement de la peine, le placement à l'extérieur, les permissions de sortir, la semi-liberté et la libération conditionnelle.*

La durée de la période de sûreté est de la moitié de la peine ou, s'il s'agit d'une condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité, de dix-huit ans. La cour d'assises ou le tribunal peut toutefois, par décision spéciale, soit porter ces durées jusqu'aux deux tiers de la peine ou, s'il s'agit d'une condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité, jusqu'à vingt-deux ans, soit décider de réduire ces durées.

Dans les autres cas, lorsqu'elle prononce une peine privative de liberté d'une durée supérieure à cinq ans, non assortie du sursis, la juridiction peut fixer une période de sûreté pendant laquelle le condamné ne peut bénéficier d'aucune des modalités d'exécution de la peine mentionnée au premier alinéa. La durée de cette période de sûreté ne peut excéder les deux tiers de la peine prononcée ou vingt-deux ans en cas de condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité.

Les réductions de peines accordées pendant la période de sûreté ne seront imputées que sur la partie de la peine excédant cette durée ».

ne pourra lui être appliquée : lorsqu'un assassinat est commis sur un mineur de moins de quinze ans ou lorsque celui-ci est précédé d'actes de tortures, de barbarie ou de viol et lorsque l'assassinat est commis sur une personne dépositaire de l'autorité publique, la Cour d'assises peut alors décider que le détenu ne pourra bénéficier d'aucun aménagement de peine. Il s'agit alors de la perpétuité réelle appelée également peine incompressible. Le droit d'application de la peine perpétuelle est particulièrement exposé à une conception sécuritaire des politiques pénales⁴⁵⁸. Depuis son entrée en vigueur en 1994, seules trois personnes ont été condamnées à la perpétuité réelle⁴⁵⁹. Il conviendra de préciser néanmoins que dans une majorité d'États membres, l'incompressibilité des peines perpétuelles est en constante progression en Europe.

72. La lutte antiterroriste et le prononcé de peines à l'encontre de détenus ayant commis des actes terroristes⁴⁶⁰ sont au cœur des préoccupations nationales et européennes⁴⁶¹. Le Conseil de l'Europe tente et souhaite combattre ces crimes. « *Il renforce l'action juridique contre le terrorisme, la sauvegarde des valeurs fondamentales et une action efficace contre les causes du terrorisme*⁴⁶². Malgré les difficultés que cela peut représenter une lutte efficace contre le terrorisme, reste possible dans le plein respect des droits de l'homme ». La difficulté majeure réside dans le fait de trouver un consensus entre les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme et les impératifs de sécurité⁴⁶³. La préoccupation est ancienne, mais elle est intense suite aux attentats terroristes commis en France en 2015 et en 2016. « *La lutte*

⁴⁵⁸ V. *supra* n° 60.

⁴⁵⁹ Aucune condamnation n'a été prononcée concernant le deuxième cas prévu par l'article faisant référence à un assassinat commis sur une personne dépositaire de l'autorité publique. Cela pourrait peut-être s'expliquer du fait que cette disposition a été prévue plus tardivement en 2011.

⁴⁶⁰ La notion de terrorisme est imprécise. Les critères sont flous et parfois sont relatifs. De ce fait, la lutte efficace contre le terrorisme dans le respect des principes démocratiques est difficile. Dans l'affaire, CEDH, 26 oct. 2006, *Chraïdi c/ Allemagne*, n° 65655/01, la Cour a utilisé l'expression de « *terrorisme international* ». L'interrogation suscitée se base sur le sens de cette expression. N'avons-nous pas fait une catégorie spécifique de crimes ? En catégorisant ces crimes, il est plus difficile de trouver une sanction adéquate aux actes criminels commis.

⁴⁶¹ Conseil de l'Europe, *Les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, Les lignes directrices contre les droits de l'homme*, éd. du Conseil de l'Europe, 2005 ; F. AUBERT, « Répression du terrorisme et protection des libertés individuelles », *Rev. int. crim. pol. tech.*, 1978, p. 367 et s., A. NORMANDEAU, « Le terrorisme international et la peine de mort », *RSC* 2006, p. 895 et s., J.-C. PAYE, « Lutte anti-terroriste : la fin de l'État de droit », *RTDH* 2004, p. 61 s.

⁴⁶² J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme, op.cit.*, § 43 et s.

⁴⁶³ E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERGH (ss la dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux, Nemesis/Bruylant*, 2002 ; O. DE SCHUTTER, « La Convention européenne à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme », *RUDH* 2001, p. 185.

contre le terrorisme devient alors un des enjeux du XXI^e siècle »⁴⁶⁴. L'enjeu est important, car les États doivent trouver une riposte proportionnée aux exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'ils sont confrontés à des individus ayant commis des actes terroristes. Des aménagements s'imposent au regard des droits fondamentaux, mais il faut veiller à ce qu'il ne soit pas porté atteinte à la substance même des droits⁴⁶⁵. Il faut par conséquent trouver « *des limites aux limites* », car il va exister et il existe un conflit entre la liberté et la sécurité. Ce conflit doit aboutir à la mise en évidence du respect du principe de l'état de nécessité en droit pénal. Il est impératif d'éviter toutes dérives inacceptables au regard des droits fondamentaux, mais certaines mesures y dérogeant peuvent être prises dans la mesure où ces dernières permettent d'éviter des risques ou des actes criminels et que les désagréments qu'elles pourraient engendrer ne sont que minimes. Les États ont alors l'obligation de protéger toute personne contre le terrorisme en prenant des mesures adaptées⁴⁶⁶. Ces mesures doivent alors respecter les droits fondamentaux. C'est ainsi que toute pratique se confondant avec l'arbitraire doit être exclue. Les mesures antiterroristes et sanctionnant les actes terroristes doivent alors avoir obligatoirement une base juridique. Les restrictions quant aux exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme doivent être définies de façon précise tout en répondant aux critères de nécessité et de proportionnalité par rapport au but poursuivi. En France, la perpétuité réelle était illicite. Qu'en est-il en cas d'acte terroriste ? Depuis l'amendement du 3 mars 2016⁴⁶⁷, lors de l'étude du projet de réforme pénale devant l'Assemblée nationale, il a été décidé que la perpétuité réelle pourra alors être prononcée aux auteurs des actes terroristes⁴⁶⁸. Le Parlement a définitivement adopté la loi renforçant la lutte contre le crime organisé et le terrorisme. La présente loi a créé de nouveaux délits en matière terroriste. Le nouvel article 412-7 du Code pénal prévoit, comme pour le

⁴⁶⁴ Sur l'impact de cette action terroriste sur les droits fondamentaux : A. WEYEMBERGH, « L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen », in *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERGH (ss la dir.), Nemesis/Bruylant, 2002, p. 153 et s. ; J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, *op.cit.*

⁴⁶⁵ Un exemple britannique marquant. La législation antiterroriste adoptée en 2001 était sévère dans le sens où les étrangers soupçonnés de terrorisme pouvaient être détenus sans procès, indéfiniment. La Chambre des Lords a déclaré le 16 déc. 2004 qu'une telle législation était incompatible avec la Convention européenne des droits de l'homme et que l'existence d'un tel texte dans une démocratie constituait en réalité une victoire pour le terrorisme. Note P.-H. MARTIN, « L'honneur des juges britanniques, Chambre des Lords, 16 déc. 2004 », D. 2005, chron. p. 1055 s.

⁴⁶⁶ P. PONCELA, « Peines et prisons : la régression », RSC 2016, p. 565.

⁴⁶⁷ Loi n° 2016-731, du 3 juin 2016, JO 4 juin, complétée par la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant la loi n° 55-385 du 3 avril 1955. M. HERZOG-EVANS, « Lois du 3 juin et du 21 juillet 2016 et exécution des peines : communication, (im) précisions, et répression », AJ pénal 2016, p. 470.

⁴⁶⁸ S. FUCINI, « Ce que prévoit la loi renforçant la lutte contre le crime organisé et le terrorisme », D. Actu., 14 juin 2016.

meurtre d'un mineur accompagné de tortures ou d'actes de barbarie ou le meurtre d'un représentant de l'autorité publique, que la Cour d'assises pourra porter à trente ans la période de sûreté pour les crimes terroristes punis de la réclusion criminelle à perpétuité, ou décider qu'aucune des mesures énumérées à l'article 132-23 ne pourra être accordée au condamné. La Cour d'assises pourra alors, lorsque le crime terroriste est passible de la réclusion criminelle à perpétuité, soit porter la peine de sûreté à trente ans, soit décider qu'aucun aménagement de peine n'est possible et en conséquence étendre la période de sûreté à la « *fin de vie* ».

La question⁴⁶⁹ qui suscite tout l'intérêt de cette étude concerne alors la conformité douteuse à l'égard des libertés fondamentales. Est-il possible de demander le prononcé d'une perpétuité réelle et effective, c'est-à-dire une perpétuité irrévocable sans possibilité de réexamen ? En effet, la réclusion criminelle à perpétuité est en ce sens semblable à la peine de mort, car si celle-ci ne tue pas le condamné, elle met fin à sa vie civile et sociale et le plonge dans une solitude éternelle⁴⁷⁰ en lui laissant comme seul espoir d'avenir la mort. Le législateur a nuancé cette peine. La perpétuité incompressible reste une procédure d'exception. L'article 720-4 du Code pénal précise que « *un détenu condamné à la perpétuité réelle peut voir son dossier examiné par le juge d'application des peines que s'il a subi une incarcération d'une durée au moins égale à trente ans* ». Cet article permet à la Cour européenne des droits de l'homme de juger conforme au droit européen le régime français de la peine à perpétuité réelle offrant ainsi une possibilité de réexamen au détenu. Ce dispositif de réexamen reste toutefois très restrictif dans la mesure où l'aménagement de peine n'est pas aisé à obtenir⁴⁷¹. Cette peine est néanmoins critiquée par la doctrine qui voit le prolongement de la peine de mort⁴⁷². Par ailleurs, il a également été rapporté que « *l'existence de la procédure juridique de réexamen posée par la Cour européenne des droits de l'homme pour que la perpétuité réelle ne soit pas considérée comme un traitement inhumain est un leurre* »⁴⁷³. Une étude faite en 2007 par un conseiller d'insertion démontrait que la plupart des demandes de libération étaient très souvent rejetées⁴⁷⁴. Le débat reste alors ouvert sur le sort des auteurs d'actes terroristes.

⁴⁶⁹ R. PARIZOT, « Loi du 3 juin 2016 : aspects obscurs de droit pénal général », RSC 2016, p. 376.

⁴⁷⁰ R. DATI avait indiqué en avril 2016 : « *cette perpétuité réelle transformerait les terroristes en fauve et le personnel pénitentiaire serait en danger* » ; www.bienpublic.com.

⁴⁷¹ Une des conditions à remplir est d'obtenir un avis favorable de cinq magistrats de la Cour de cassation afin qu'une demande d'aménagement de peine soit présentée devant le Tribunal d'application des peines.

⁴⁷² D. SALAS, magistrat, expliquait lors d'un entretien avec le journal l'Humanité que malgré l'abrogation de la peine de mort, la mort pénale existe toujours car la prison à perpétuité est semblable à une « *mort à petit feu* ».

⁴⁷³ L. BLISSON, secrétaire générale du Syndicat de la magistrature critique les effets néfastes de l'enfermement.

⁴⁷⁴ Le cas de P. HENRY le démontre. Ayant échappé à la peine de mort en janvier 1976 pour avoir séquestré et tué un enfant de sept ans, condamné à la prison à perpétuité, il a demandé de nombreuses fois la libération conditionnelle qui lui a été refusée. En 2001, la libération conditionnelle lui a été octroyée et il a été arrêté en

B. Une interdiction constitutionnelle

73. La question de la durée maximale de la peine renvoie aux interrogations concernant les manifestations de grande sévérité dans certains États. Le droit espagnol au sein du Code pénal de 1995 en son article 36 précise que « *la peine privative de liberté aura une durée minimale de six mois et une durée maximale de vingt ans, sauf exception prévues au présent Code* »⁴⁷⁵. Il est nécessaire de rappeler que cette fourchette et notamment le plafond de vingt ans est imposé par la Constitution⁴⁷⁶. À cet égard, l'article 25 du texte constitutionnel prévoit que « *les peines privatives de liberté et les mesures de sécurité tendent à la rééducation et à la réinsertion dans la société et ne pourront pas comporter de travaux forcés* ». Les exceptions sont rares⁴⁷⁷. D'autres législations fixent également une mesure inférieure à la peine perpétuelle avec des exceptions en cas de survenance de circonstances aggravantes. L'exemple le plus marquant est l'homicide volontaire. En droit portugais, le maximum est de vingt ans⁴⁷⁸ sauf à prévoir un maximum de vingt-cinq ans dans les cas prévus par la loi⁴⁷⁹. Si l'article 131 du Code pénal portugais concernant le meurtre prévoit une peine de seize ans, l'article 132 monte le maximum à vingt-cinq ans en cas de « *reproche ou perversité de l'agent* ». De plus, le Code slovaque prévoit que la peine privative de liberté est en principe de quinze ans au plus⁴⁸⁰. L'homicide puni normalement de 5 ans peut l'être de 40 ans s'il existe certaines circonstances aggravantes comme la cruauté et le but de lucre⁴⁸¹.

Par ailleurs, certaines législations prévoient deux peines privatives de liberté. Pour exemple le Code pénal de la République dominicaine prévoit que la première peine est de 10 ans,⁴⁸² mais qu'en cas d'assassinat, de parricide, d'infanticide et d'empoisonnement, la peine

Espagne en possession de drogue alors qu'il tentait de la faire passer en France. Il a alors été de nouveau incarcéré. Il a depuis, de nouvelles fois, demandé la libération conditionnelle qui lui a été refusée car son projet de réinsertion n'était pas assez concret. Cela fait plus de quarante ans qu'il est détenu.

⁴⁷⁵ Le précédent Code prévoyait un maximum de trente ans.

⁴⁷⁶ G. QUINTERO OLIVARES (ss la dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal, Aranzadi*, éd. 1996, art. 36, p. 333.

⁴⁷⁷ L'article 138 fait référence à l'homicide volontaire. La peine prévue est normalement celle de quinze ans et elle passe à vingt ans en cas de de circonstances aggravantes suivantes. L'article 140 prévoit une peine de vingt-cinq ans en cas de deux ou trois circonstances aggravantes cumulées. Donc l'assassinat peut entraîner une peine supérieure au maximum classique de la privation de liberté.

⁴⁷⁸ Art. 41 al. 1 C. pén. portugais.

⁴⁷⁹ Art. 41 al. 2 C. pén. portugais.

⁴⁸⁰ Art. 37 C. pén. slovaque.

⁴⁸¹ Art. 127 C. pén. slovaque.

⁴⁸² Art. 21 du C. pén. de la République dominicaine.

peut atteindre 30⁴⁸³. Les tortures ou actes de barbarie peuvent être punis de réclusion jusqu'à 15 ans⁴⁸⁴. Le Code pénal norvégien adopte quant à lui une position selon laquelle il y a deux sanctions voisines. D'une part la réclusion avec un maximum de 15 et d'autre part la détention avec un maximum de 20 ans⁴⁸⁵. Ces législations par conséquent ne prévoient pas la réclusion criminelle à perpétuité. Le principal intérêt des législations retenant le principe d'une peine perpétuelle est de marquer à un niveau élevé la valeur quasi sacrée de certaines valeurs sociales, comme la vie humaine ou l'intérêt de l'État et de la nation.

74. Certaines législations sont étrangères à la fixation du maximum de la peine. L'aggravation de la peine par rapport au maximum légal apparaît dans le cas du cumul réel d'infractions. Sans doute dans un grand nombre de législations, un tel cumul n'entraîne pas d'aggravation de la peine encourue pour l'infraction la plus grave et il faut parler de non-cumul des peines, comme en France. Dans d'autres États, les législations sont alors différentes et le principe inverse du cumul matériel des peines est retenu. Il en est ainsi en Espagne où il convient de le rappeler le maximum de la peine est de vingt ans. Si les peines peuvent être accomplies de manière simultanée, le juge impose néanmoins toutes les peines et elles s'exécutent toutes sauf intervention du principe du délit continué selon lequel « *si les divers délits procèdent d'un plan précis ou profitent d'une même occasion* » une seule infraction est censée avoir été commise et une seule peine est prononcée. Si les peines ne peuvent pas être accomplies simultanément, elles sont alors exécutées successivement. La sévérité est donc considérable tout juste atténuée par la règle que le temps maximum de la privation de liberté ne peut dépasser le triple du temps de la peine la plus grave. Ce principe est d'ailleurs complété par des dispositions exceptionnelles. La peine en cas d'assassinat peut alors atteindre quarante ans. La libération conditionnelle sera alors accordée plus difficilement que pour des délits « *ordinaires* ». Il n'est pas certain alors que le droit français soit plus strict que le droit espagnol. Par conséquent, au regard de ces différentes affirmations, le sentiment prévalant est celui selon lequel dans les systèmes rejetant la peine perpétuelle, la sévérité est proche de celle des autres systèmes, mais peut être tout de même moins sévère. Alors se pose la question de la durée de la période incompressible.

⁴⁸³ Art. 302 du C. pén. de la République dominicaine.

⁴⁸⁴ Art. 303-1 du C. pén. de la République dominicaine.

⁴⁸⁵ Le Code dans sa version punitive connaissait la réclusion criminelle à perpétuité qui a disparu en 1981.

§ 2. L'incompressibilité corrigée

75. La licéité des peines dépend en Europe de leur reconnaissance en droit national, mais aussi de leur absence de contrariété avec la Convention européenne des droits de l'homme. « *Il semble y avoir un courant en Europe, qui va à l'encontre de l'instauration des peines d'emprisonnement de très longue durée et incompressible* »⁴⁸⁶. C'est le signe de la prise en considération d'un tournant important et qui fait l'objet d'une réflexion au niveau des États européens. Ce changement opéré relève d'un constat établi et appuyé par une recommandation du Comité européen pour la prévention de la torture en vertu de laquelle toutes les personnes condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité doivent bénéficier d'un régime de détention qui les prépare à la libération. S'il convient de constater qu'il y a une incompressibilité légale qui est prévue (A), il n'en reste pas moins que ce constat se traduit à travers une incompressibilité pratique (B).

A. Une incompressibilité légale

76. La majorité des États européens ne prévoit pas de peine perpétuelle incompressible⁴⁸⁷. La réclusion criminelle à perpétuité est confrontée à une absence de projet d'aménagement légal de peine. La libération conditionnelle⁴⁸⁸ qui est la principale alternative à un emprisonnement à vie suppose le dépôt d'une requête du condamné auprès de l'autorité judiciaire. Or, dans une enquête menée, 43 % des réclusionnaires accessibles à un aménagement n'étaient pas ou plus demandeurs bien qu'ils auraient pu le faire depuis une durée moyenne de huit ans. Le constat est tel que cette peine annihile toute projection dynamique vers une libération. L'absence de fin de peine exclut alors le condamné des examens annuels de réductions de peine supplémentaire, ce qui nuit à un nouveau prononcé de la peine davantage favorable à la personne poursuivie pour crime. Aucune incitation judiciaire ne permet donc de le mobiliser durant toute cette première phase de la peine d'où un possible effet de suradaptation carcérale qui se prolonge parfois au-delà de la période de sûreté ou du temps d'épreuve. Cette problématique s'illustre particulièrement auprès de

⁴⁸⁶ D. VAN ZYL SMIT, « L'Europe à la veille de rendre illicite les peines incompressibles », *loc. cit.*

⁴⁸⁷ *Ibid.* « *Soit ces pays n'ont pas du tout de peine perpétuelle, soit il est prévu dans leur droit écrit que toute personne condamnée à une réclusion criminelle à vie doit pouvoir faire examiner une demande de libération après avoir purgé un temps d'épreuve déterminé* ».

⁴⁸⁸ V. *infra* n° 118.

condamnés n'ayant connu que la marginalité en milieu libre. Sans aucun lien extérieur durant leur détention, ces personnes semblent ne s'inscrire que dans un quotidien carcéral, source de socialisation pour laquelle ils sacrifient leur liberté potentielle. Pour d'autres, si une volonté de libération s'est un temps exprimée, elle s'est avérée insuffisante. Dans ces situations, la perpétuité peut alors être qualifiée de « sociale »⁴⁸⁹ dans le sens où l'existence sociale de l'individu, après de telles durées de détention, est difficilement transposable.

A contrario, cette peine infinie peut n'être perçue qu'exclusivement comme punitive et entretenir des postures d'opposition systématique, déjà fortement prédisposées par le crime sanctionné⁴⁹⁰ ou par une dangerosité pénitentiaire⁴⁹¹. Pour ces détenus, la moindre requête d'aménagement de peine pourrait être ainsi synonyme de compromission avec l'institution et donc inenvisageable, quitte à se priver d'une perspective de libération. De ces situations émergent de très longues détentions de plus de trente ans. La perpétuité sociale, symbolisée par cette passivité procédurale, tend par la suite à devenir « sanitaire » en raison du vieillissement des condamnés et de la détérioration⁴⁹² de leur état de santé. Dans plusieurs cas, les experts médicaux eux-mêmes vont privilégier un maintien en détention, dans l'intérêt des réclusionnaires. C'est le cas d'un détenu de 85 ans, conditionnable depuis 16 ans, diabétique, alité, et s'enfermant dans un mutisme total : « *la modification du lieu de résidence est souvent un élément aggravant et déstabilisant majeur qui leur fait perdre tous leurs repères de lieu de temps, mais également et surtout de relations humaines aussi difficiles et complexes qu'elles puissent être* »⁴⁹².

77. L'incompressibilité légale se traduit également au travers des « libertés refusées » par l'autorité judiciaire qui concernent près d'un tiers des condamnés à perpétuité maintenus en détention⁴⁹³. Il ne s'agit pas ici de simples rejets ponctuels, mais plutôt de perspectives de libération extrêmement limitées, voire inconcevables. Le pronostic défavorable se décline sur deux aspects de dangerosité : psychiatrique et criminologique. Dans le premier cas, l'élaboration d'un projet d'aménagement adapté se heurte à la crise du secteur psychiatrique, vacances de postes de médecin et surtout restriction des capacités d'accueil en nombre comme

⁴⁸⁹ L. LECHON, « Perpétuité : une réclusion à vie ? », *loc.cit.*

⁴⁹⁰ Le contexte de terrorisme par exemple.

⁴⁹¹ Le contexte des évasions par exemple.

⁴⁹² Ces propos sont issus de l'expertise psychiatrique. Évoquant le contexte judiciaire particulier, le même expert note que « *M. X, condamné pour l'assassinat de cinq personnes, sera probablement mal accueilli dans une structure non habituée à des sujets de ce type. Même si le risque de récidive apparaît particulièrement faible, il sera perçu comme potentiellement dangereux (...) et sera mis à l'écart et isolé ce qui aggravera son état* ».

⁴⁹³ Statistiquement, 10 personnes sur 32.

en durée. Une enquête a ainsi relevé un projet prévoyant une hospitalisation libre dans un centre psychothérapeutique, suivi, en cas d'évolution favorable, d'un possible hébergement social accompagné. La poursuite du suivi thérapeutique est de plus assurée par le même psychiatre qu'en détention. Ce projet sera cependant rejeté, car le centre hospitalier spécialisé ne permet que des accueils de court séjour. Outre ces critères externes, la restriction du concept d'irresponsabilité pénale entraîne l'incarcération de personnes souffrant de pathologies psychiatriques lourdes. De tels états peuvent hypothéquer la formalisation cohérente d'un projet. Pour exemple le cas d'un détenu psychotique qui refuse toute collaboration autre qu'avec le chef d'établissement qu'il investit d'un prétendu pouvoir discrétionnaire en matière de libération. Pour un autre condamné, la procédure est mieux appréhendée dans sa forme puisqu'une requête est déposée, mais pas sur le fond, car il s'agit d'une libération conditionnelle⁴⁹⁴. Une perspective de libération semble encore plus limitée en cas de dangerosité criminologique. La fonction de neutralisation individuelle de la réclusion criminelle à perpétuité répond alors à un risque élevé de récurrence, souvent lié à une criminalité sexuelle. Dans de tels cas, l'absence totale d'évolution personnelle quant à l'acte criminel suffit pour justifier le maintien prolongé en détention. Pour l'auteur d'un viol en récurrence (accompagné d'un meurtre), les experts, malgré vingt-deux ans de détention, concluent que *« la dangerosité sociale (ou criminologique) apparaît inchangée (...) le degré de réadaptabilité sur le plan psychologique est médiocre... »*. Les juges estiment que ce déni de faits ne permet *« aucun travail d'introspection et de préparation à la sortie (...) ce ressort psychologique fait barrage et crée un obstacle insurmontable en l'état (...) il présente une dangerosité extrême et il ne saurait être question de prendre le risque de le voir libre dans un tel contexte psychologique »*.

L'intérêt des expertises psychiatriques récentes est essentiel, car ce détenu est l'un des premiers tueurs en série à être examiné après une durée d'emprisonnement de plus de trente ans. Les experts sont ici interloqués par l'absence d'aggravation des symptômes et de décompensation de sa personnalité. Bien plus préoccupant, cette absence totale d'évolution quant à sa culpabilité ou son équilibre psychiatrique, est également observée concernant sa dangerosité, dont *« il n'apparaît pas que le potentiel ait pu être modifié depuis le début de sa détention (...) elle reste identique, de même que les risques de récurrence en milieu libre »*. L'un des deux experts conclut ainsi son pronostic quant à une éventuelle réadaptabilité. Enfin, l'effectivité de l'emprisonnement à vie pourrait s'altérer en fonction de l'état de santé du

⁴⁹⁴ Expulsion au Soudan alors qu'il bénéficie du statut de réfugié politique en France.

réclusionnaire et permettre un aménagement de peine en fin de vie ainsi qu'un décès en dehors d'une structure pénitentiaire. Les deux derniers condamnés évoqués dans cette recherche infirment cette hypothèse. Leurs requêtes en suspension de peine médicale ont été soit rejetées, soit suspendues par l'appel du Parquet⁴⁹⁵. Au motif de leur dangerosité criminologique, ces deux réclusionnaires ont donc exécuté leur peine jusqu'à la mort. Ces situations atténuent la portée de l'argument d'un « véritable droit à ne pas mourir en prison »⁴⁹⁶ développé par le gouvernement français devant la Cour européenne des droits de l'homme. Si l'aménagement de la réclusion criminelle à perpétuité demeure effectif, il est démontré que pour trois-quarts des situations pénales observées, les perspectives de libération sont très faibles, voire improbables. Qu'il s'agisse de facteurs externes ou de critères individuels défavorables, il est donc possible d'affirmer que la période incompressible est légale en France.

B. Une incompressibilité pratique

78. Le procédé selon lequel, après trente ans d'incarcération, il est permis un retour au droit commun est illusoire en pratique⁴⁹⁷. En effet, au regard de l'âge et du profil criminologique des condamnés comment revenir sur le prononcé de la peine afin de trouver un aménagement possible ? Il peut être fait référence à une reconnaissance d'une incompressibilité « *intuitu personae* ». Cette incompressibilité est basée sur des critères individuels défavorables qui justifient selon la Cour une détention d'une exceptionnelle durée⁴⁹⁸. L'incompressibilité est alors envisagée *a posteriori* dans la mesure où le prononcé de la peine à perpétuité et de son maintien dépend de l'absence de toute évolution positive. Jusqu'en 2006, aucune décision spéciale d'incompressibilité n'est venue accompagner une condamnation à perpétuité. Pour exemple, un homme de 34 ans, jugé en octobre 2006 par la Cour d'assises d'Indre et Loire pour huit viols et le meurtre d'une mineure de 15 ans. Cette perpétuité incompressible va être prononcée à trois autres reprises en moins d'un an. La

⁴⁹⁵ L'un des détenus est décédé cinq jours après à l'hôpital de Fresnes.

⁴⁹⁶ CEDH, 11 avr. 2006, *Léger c/ France*, préc.

⁴⁹⁷ L. LECHON, « Perpétuité : une réclusion à vie ? », *loc.cit.*

⁴⁹⁸ CEDH, 11 avr. 2006, *Léger c/ France*, préc. Le risque de récidive avait été souligné par la Cour de cassation ainsi que la dangerosité potentielle issues des conclusions d'expertises. Des tendances paranoïaques ont été évoquées supposant la mise en place d'un suivi psychologique qui n'était pas envisagé par le condamné. De ce fait l'incompressibilité en pratique a été justifiée par le risque de récidive qui a été avancé dans le refus de libération conditionnelle et qui justifie ainsi un temps de détention long.

Cour d'Assises du Bas-Rhin en juillet 2007 va prononcer une telle peine pour l'auteur, âgé de 59 ans, de trois meurtres et deux viols ; la Cour d'Assises de Nièvre, à l'encontre d'un homme âgé de 57 ans reconnu coupable du viol et du meurtre d'un mineur de 4 ans. En appel, la Cour d'Assises du Cher maintient l'incompressibilité, mais revient à une peine de trente ans, assortie d'un suivi socio-judiciaire perpétuel. De plus, un homme ayant commis sept assassinats a été condamné à la réclusion criminelle à perpétuité en mai 2008 par la Cour d'assises des Ardennes, il n'a pas interjeté appel. Les auteurs de ces crimes ont en commun « *la sérialité criminelle* »⁴⁹⁹. La question qui se pose concerne ainsi la notion d'incompressibilité de la peine étant donné qu'outre la loi de 1994, la réclusion criminelle à perpétuité peut s'avérer être infinie dès son prononcé. Pour illustration, un homme âgé de 66 ans a été condamné à perpétuité avec une période de sûreté de trente ans. De ce fait, il ne peut être envisagé une liberté conditionnelle qu'à l'âge de 93 ans. Par conséquent, l'incompressibilité de sa peine peut sembler être alors effective.

79. Face à cette situation, l'emprisonnement à vie est-il ainsi toléré par la Cour européenne des droits de l'homme ? Il conviendra de préciser que dès 1976, une recommandation européenne traitant des longues peines⁵⁰⁰ a admis de manière implicite l'hypothèse d'un emprisonnement à vie. Dans sa règle n° 11, la résolution invite « *les États membres à adapter aux peines de détention à vie les mêmes principes que ceux régissant les longues peines* ». Il a en effet été évoqué un octroi de libération conditionnelle « *dès le moment où un pronostic favorable peut être formulé* »⁵⁰¹. De même, il convient de rappeler que le maintien en détention d'un condamné « *qui ne représenterait plus un danger* » serait incompatible avec les principes de la Convention européenne des droits de l'homme, la libération éventuelle devant dépendre « *du pronostic individuel* ». Dans le cas contraire, un pronostic défavorable justifierait la poursuite de l'incarcération. La recommandation 2003 qui concerne la gestion des condamnés à perpétuité permet de le confirmer⁵⁰².

⁴⁹⁹ La sérialité criminelle signifie la commission d'au moins trois crimes reliés entre eux par une connexité factuelle.

⁵⁰⁰ REC 2, 7 fév. 1976, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, sur le traitement des détenus en détention de longue durée.

⁵⁰¹ *Ibid*, Règle n° 10.

⁵⁰² *Ibid*. L'étape finale du « *plan de déroulement de peine* » aurait lieu « *idéalement* » en milieu ouvert, de préférence au sein de la société. L'adverbe « *idéalement* » semble indiquer que cet objectif de libération peut ne pas être atteint. De plus, la partie relative « *aux catégories spéciales de condamnés à perpétuité* » fait ainsi référence aux condamnés à la perpétuité. La règle 31 vise « *les détenus susceptibles de passer leur vie en prison* ». Les termes de ce texte sont explicites.

Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, comme indiqué précédemment, a permis de définir les conditions d'une peine perpétuelle effective. Elle a rappelé que la réclusion criminelle à perpétuité pouvait être synonyme de traitement inhumain et dégradant si dans les faits « *il n'existait aucun espoir de pouvoir bénéficier de mesures telles que la libération conditionnelle* ». La Cour ne s'est toutefois pas prononcée sur des peines dites incompressibles. Elle n'a seulement admis que la persistance d'un pronostic individuel défavorable, constitué par le déni des faits, un état dangereux ou un risque de récidive. Cela permet de justifier un maintien en détention, sans limites de temps, ce qui par conséquent conduit à s'interroger sur l'efficacité de la peine.

CHAPITRE 2

L'EFFICACITÉ SUBORDONNÉE DE LA PEINE PERPÉTUELLE

80. La Cour européenne des droits de l'homme doit clarifier sa pensée quant à la peine perpétuelle, parce que la signification réelle de la notion de perspective de libération de « *jure et de facto* » demeure incertaine. Le droit à la sûreté, consacré à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 est un des premiers droits mis en péril lors de la privation de liberté. Cet article vise également la liberté, ce qui pourrait créer une confusion entre les deux droits inaliénables. Ce risque de confusion peut également se retrouver au sein de l'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui dispose que « *toute personne a droit à la liberté et à la sûreté* »⁵⁰³. La définition du droit à la sûreté a suscité certaines hésitations, mais celle-ci est désormais acquise. Le droit à la sûreté est « *la certitude pour les citoyens qu'ils ne feront pas l'objet, notamment de la part du pouvoir, de mesures arbitraires les privant de leur liberté matérielle, telles qu'arrestations ou détentions* »⁵⁰⁴. Le droit à la sûreté est donc un rempart contre la privation arbitraire de liberté. Ce droit se trouve présent tout au long du processus répressif. Le droit à la sûreté pose des interrogations dans la matière pénale en amont du procès et ainsi avant le prononcé de la peine. La phase d'enquête permettant de placer une personne en examen, période à l'issue de laquelle une peine sera prononcée. Ainsi quel que soit le cadre dans lequel la mesure privative de liberté intervient, celle-ci doit impérativement être justifiée. Il est des hypothèses où le législateur vient *ab initio* encadrer la privation de liberté. Par

⁵⁰³ « L'article 6 de la charte de l'Union européenne utilise la même expression. Le conseil constitutionnel s'est lui-même heurté à ce risque de confusion en reliant, d'abord, le principe de sécurité juridique au droit à la sûreté (Cons. const, 4 juill. 1989, 89-254 DC, considérant n° 12), avant de le rattacher au droit à la liberté, en l'occurrence contractuelle, garanti par l'article 7 (Cons. const.. 13 janv. 2000, 99-423 DC, considérant n° 40), pour finalement autonomiser le principe de sécurité juridique, en lui faisant puiser sa normativité dans l'article 16 de la Déclaration (v. par exemple, Cons. const. 30 juill. 2010, 2010-19/27 QPC, époux P. et A., considérant n° 19, où le Conseil observe que les dispositions contestées « n'affectent aucune situation légalement acquise » dans des conditions contraires à l'article 16 de la Déclaration de 1789). Ces hésitations, liées à la question de la valeur constitutionnelle du principe de sécurité juridique, révèlent également quelques hésitations dans l'appréhension du droit à la sûreté », J.-B. PERRIER, « La diffusion du droit à la sûreté », in *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, E. PUTMAN et M. GIACOPELLI (ss la dir.), Mare & Martin, 2015, spéc. p. 63.

⁵⁰⁴ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, coll. Thémis, PUF, t. I, 9^e éd., 2003, p. 23.

conséquent, au terme de l'examen des différentes hypothèses de privation de liberté, il apparaît que ces privations doivent être justifiées pour éviter de heurter le droit à la sûreté de la personne concernée. Ces justifications sont liées aux faits pour lesquels la personne va être condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité et implique de surcroît l'adaptation encadrée de la sanction étatique (Section 1) et l'encadrement sanctionné de l'interprétation (Section 2).

Section 1

L'adaptation encadrée de la sanction étatique

81. Le prononcé d'une peine à la réclusion criminelle à perpétuité est à mettre en corrélation avec une réponse apportée à la commission d'un acte criminel. Toutefois il est nécessaire de déterminer cette peine et pour ce faire il est nécessaire de l'encadrer. Mais de quelle manière faut-il procéder ? Cet encadrement doit avoir lieu en amont avant même l'élaboration des projets de loi afin de vérifier la compatibilité des textes légaux avec les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme. La sanction est alors « *méditée* » (§ 1) et individuellement adaptée (§ 2).

§ 1. La sanction « *méditée* »

82. La peine perpétuelle, dès lors qu'elle est prononcée, est manifestement encadrée. Cet encadrement répond nécessairement au besoin inéluctable de respecter les droits fondamentaux des personnes privées de liberté⁵⁰⁵. Ces autorités se déclinent à travers des autorités indépendantes qui de par leur autonomie ont une influence d'autant plus grande que la sanction qui sera par ailleurs prononcée, sera « *façonnée* » par des institutions telles que la Commission nationale consultative des droits de l'homme, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté et le Défenseur des droits (A) ainsi qu'à travers des autorités juridictionnelles (B).

A. Des recommandations spéciales des autorités indépendantes

83. Dans un premier temps, il convient d'examiner les prérogatives détenues par la Commission nationale consultative des droits de l'homme. La Commission nationale consultative des droits de l'homme est une autorité indépendante créée en 1947 par René Cassin⁵⁰⁶. Elle a pour rôle d'assurer en toute indépendance, auprès du gouvernement et du

⁵⁰⁵ « *Le droit des personnes détenues représentent l'archétype des droits fondamentaux applicables aux personnes privées de liberté* », in E. PUTMAN et M. GIACOPELLI (ss la dir.), *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, coll. droit privé et sciences criminelles, éd. Mare & Martin, 2015, p. 11.

⁵⁰⁶ L'un des artisans de la Déclaration universelle des droits de l'homme et prix Nobel de la paix, il a présidé la CNCDH jusqu'à sa disparition en 1976. La CNCDH est une autorité administrative inscrite dans l'histoire des

parlement un rôle de conseil de propositions dans le domaine des droits de l'homme, du droit et de l'action humanitaire et du respect des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. Elle agit sur saisine du gouvernement, mais dispose également d'une faculté d'autosaisine⁵⁰⁷. Elle est une institution indépendante⁵⁰⁸ et pluraliste⁵⁰⁹ engagée dans la protection et la promotion des droits de l'homme⁵¹⁰. Il convient alors de préciser la nécessité d'un fonctionnement interactif afin de promouvoir son travail qui tend à une réflexion aboutie. La Commission nationale consultative des droits de l'homme peut intervenir à tout moment de la procédure législative permettant ainsi de l'associer en amont de l'élaboration des projets de loi⁵¹¹. Cette procédure est favorable à la promotion et à la protection des droits de l'homme. Il convient alors de s'interroger sur l'influence des avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme à l'égard du législateur.

Par son large mandat auprès du gouvernement, la Commission nationale consultative des droits de l'homme peut intervenir au niveau de la détermination d'une peine à perpétuité, c'est-à-dire qu'elle peut intervenir sur tout le système législatif qui l'encadre. Étant très attachée aux rôles de conseil et de contrôle qui lui sont accordés, elle met en place de larges procédures lui permettant d'être efficace. D'abord, elle dispose d'un rôle de conseiller auprès du gouvernement et du parlement. Les saisines de la Commission nationale consultative des droits de l'homme⁵¹² par les ministères représentent environ un tiers des avis adoptés, sans

institutions républicaines. V. notamment, E. DECAUX, « Utile Cassandre, du rôle de la Commission nationale consultative des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de J. MOURGEON - Pouvoir et liberté*, Bruylant, 1998, p. 589-606.

⁵⁰⁷ Elle est la plus ancienne institution nationale des droits de l'homme. Elle a été refondée par la loi n° 2007-292 du 5 mars 2007. En 2013, elle a été ré-accréditée parmi les 70 institutions nationales des droits de l'homme de statuts A, c'est à dire conforme aux principes de Paris (missions dévolues à la CNCDH par décret constitutif du 26 juillet 2007).

⁵⁰⁸ Son indépendance se caractérise par le fait qu'elle assiste le Premier ministre et les ministres intéressés par ses avis sur toutes les questions de portée générale relevant de son champ de compétence tant sur le plan national qu'international lui permettant d'appeler publiquement l'attention du Parlement et du Gouvernement sur les mesures qui lui paraissent de nature à favoriser la protection et la promotion des droits de l'homme.

⁵⁰⁹ Son pluralisme et sa représentativité se déterminent à travers les 64 personnalités qualifiés et représentants d'organisations issues de la société civile qui la composent.

⁵¹⁰ Art. 1er de la loi n° 2007-292 du 5 mars 2007.

⁵¹¹ Cela accroît l'efficacité de son activité de conseil auprès du gouvernement du fait qu'elle participe à des réunions avec les cabinets ministériels avant que les projets soient présentés en Conseil des ministres. Le travail est organisé scrupuleusement au sein de cinq sous-commissions thématiques qui réfléchissent et apportent leur raisonnement sur les différentes problématiques sous-jacentes aux droits européens des droits de l'homme. La CNCDH se réunit en moyenne une fois par mois afin d'adopter les avis à la majorité des suffrages exprimés. Par la suite, les avis sont rendus publics et communiqués aux ministères concernés. Par ailleurs, depuis 2013, ces derniers sont publiés au journal officiel.

⁵¹² Pour illustration : *Avis du 29 septembre 2014 sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, JORF n° 0231 du 5 octobre 2014 page n° 45.

négliger le fait qu'elle s'autosaisisse lorsqu' elle est confrontée à des thématiques transversales ou de propositions de loi. L'impact peut-il être considéré différemment selon que la Commission nationale consultative des droits de l'homme s'est autosaisie ou a été saisie officiellement ? La composition même de la Commission nationale consultative des droits de l'homme par le pluralisme et la pluridisciplinarité de ses membres lui confère une légitimité non contestée pour s'exprimer sur l'enfermement et sur les peines⁵¹³. Son fonctionnement est simple dans la mesure où elle organise des réunions de concertation avec les cabinets ministériels conduisant à l'efficacité accrue de son fonctionnement. L'apport de cette dernière est fondamental du fait qu'elle peut apporter un éclairage aux rédacteurs des projets de lois. Ensuite, elle contribue aux rapports des traités et favorise les échanges et ainsi la coopération entre les États. Elle assure ainsi en France la concertation dans le domaine des droits de l'homme. De par cette seconde fonction, elle est amenée à intervenir pour la protection des libertés ou des droits. Ce qui va l'amener à coopérer avec d'autres autorités administratives indépendantes, tels le Contrôleur général des lieux de privation de liberté⁵¹⁴ et le Défenseur des droits⁵¹⁵. De plus, afin de promouvoir les garanties octroyées par la Convention européenne des droits de l'homme, elle participe à l'éducation aux droits de l'homme et à la citoyenneté démocratique⁵¹⁶. Enfin, à travers sa mission de promotion des droits de l'homme en France, elle alerte et sensibilise l'opinion publique.

Ladite Commission a une implication très forte sur la scène internationale. Elle élabore dans un premier temps des avis. Les travaux de la Commission nationale consultative des droits de l'homme sont organisés au sein de cinq sous-commissions dont les mandats couvrent l'ensemble des sujets entrant dans le champ des droits de l'homme et de l'action humanitaire⁵¹⁷. Cette autorité a pour rôle d'examiner les projets ou propositions de loi, mais

⁵¹³ C. 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 2012, p. 747.

⁵¹⁴ La CNCDH est intervenue avec le contrôleur général des lieux de privation de liberté en 2013 par la voie de la tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme. Elle a par ailleurs avec lui en 2014, à l'occasion de l'adoption de l'avis relatif à la réforme pénale (*Avis du 27 mars 2014 sur le projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation de la peine*, JORF n° 0087 du 12 avr. 2014 page n° 48), organisé une conférence-débat afin d'évoquer le milieu fermé et le milieu ouvert et lever les nombreux préjugés sur leurs contraintes respectives et sur les modalités de passage de l'un à l'autre.

⁵¹⁵ La CNCDH a rédigé une communication avec le Défenseur des droits relative à l'exécution par la France d'un arrêt européen.

⁵¹⁶ Le président ou la présidente de la CNCDH ainsi que le ministre ou la ministre de l'éducation nationale remettent tous les ans le prix René Cassin créé en 1998 à l'occasion du 40ème anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

⁵¹⁷ Ces sous-commissions, toutes nommées par des lettres allant d'A à E, vont procéder aux auditions des personnes ou entités qualifiées sur les sujets qu'elles portent afin d'élaborer des projets d'avis complets qui sont par la suite soumis à l'assemblée plénière de la CNCDH.

elle n'a pas vocation à se substituer aux analyses du Conseil d'État qui veille au respect des normes supérieures, à la structure du texte, son intelligibilité et sa cohérence avec le droit existant. La question qui se pose alors est la suivante : les avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme ont-ils une visibilité suffisante ? L'apport le plus important que réalise la Commission nationale consultative des droits de l'homme se caractérise à travers l'impact des dispositions législatives sur l'exercice et l'effectivité des droits. Par conséquent, les avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, par leurs apports auprès de commissions compétentes du Sénat ou de l'Assemblée nationale, permettent à ses représentants auditionnés d'infléchir la portée d'un dispositif du texte examiné en amont par le Parlement avec toujours comme but premier d'éviter ou d'atténuer un projet qui porterait atteinte à l'effectivité des droits et libertés fondamentales. La mission de la Commission nationale consultative des droits de l'homme permet ainsi d'éclairer les pouvoirs publics et de promouvoir les droits de l'homme⁵¹⁸. Il conviendrait de considérer que cette dernière joue un rôle de porte-parole, de « *porte-voix institutionnel* »⁵¹⁹. Par conséquent, la Commission nationale consultative des droits de l'homme formule des recommandations à l'intention des pouvoirs publics sur des sujets relatant des inquiétudes dénoncées régulièrement par les instances européennes et internationales permettant de relayer les pensées des instances régionales, mais également internationales concernant l'effectivité des droits de l'homme en France et leurs recommandations⁵²⁰. La Commission nationale consultative des droits de l'homme bénéficie donc d'un double mandat à la fois de protection et de promotion. Le mandat de protection se détermine à travers le suivi de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et contribue à la protection des droits de l'homme. Suite à l'adoption du protocole n° 11, le président de la Cour peut dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice par la voie de la tierce intervention⁵²¹ demander l'avis

⁵¹⁸ Les avis de la CNCDH étant publiés au Journal officiel sont mieux entendus. Aussi à travers le souhait de faire rayonner la philosophie des droits de l'homme et d'inscrire l'élaboration de ses avis au sein de l'appareil législatif et politique, la CNCDH multiplie les rencontres avec les cabinets ministériels. De plus le nombre des auditions de la CNCDH devant les parlementaires n'a cessé d'augmenter.

⁵¹⁹ Pour exemple en janvier 2013, elle a organisé le colloque « *Défendre en justice la cause des personnes détenues* » avec l'observatoire international des prisons et le Centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux.

⁵²⁰ CNCDH, *Les droits de l'homme en France, Regards portés par les instances internationales*, Rapport 2012-2014, La documentation française, éd. 2014.

⁵²¹ Art. 36 Conv. EDH : « 1. *Dans toute affaire devant une Chambre ou la Grande Chambre, une Haute Partie contractante dont un ressortissant est requérant a le droit de présenter des observations écrites et de prendre part aux audiences.* 2. *Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le président de la cour peut inviter toute Haute Partie contractante qui n'est pas Partie à l'instance ou toute personne intéressée autre que le requérant à présenter des observations écrites ou à prendre part aux audiences.* 3. *Dans toute affaire devant*

de la Commission nationale consultative des droits de l'homme pour certaines affaires dans lesquelles il a été constaté une atteinte de nature systémique aux droits fondamentaux⁵²². Aussi, elle contribue à la pénétration du droit européen au sein de l'administration française, en s'appuyant dans ses avis sur la jurisprudence de la Cour européenne. Pour illustration, la Commission nationale consultative des droits de l'homme a présenté des observations par le biais de la tierce intervention dans le cadre de l'affaire *Yengo c/ France*⁵²³ relative aux conditions de détention au centre pénitentiaire de Nouméa en Nouvelle-Calédonie. Elle a insisté sur le caractère structurel de la surpopulation dans les maisons d'arrêt françaises et sur l'indignité des conditions matérielles de détention portant ainsi atteinte à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵²⁴. Le mandat de promotion se détermine en raison de la nature des missions de la Commission nationale consultative des droits de l'homme et de l'étendue de son champ d'intervention. Elle a de par ses qualités et prérogatives la possibilité de peser en toute indépendance sur le débat public tant sur le plan national qu'international.

84. Dans un deuxième temps, il convient d'examiner le rôle et les prérogatives détenues par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté⁵²⁵, organe administratif de contrôle démocratique⁵²⁶. Le cadre normatif de son activité se décline aujourd'hui à travers la hiérarchie des normes. Passant d'une place institutionnelle précaire, puis à durée déterminée, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a pu asseoir sa légitimité démocratique et devenir une référence au niveau européen⁵²⁷. Cette légitimité a pu être obtenue parce que la réforme intervenue en 2014 a inséré dans la loi la règle conventionnelle

une Chambre ou la Grande Chambre, le Commissaire aux Droits de l'homme du Conseil de l'Europe peut présenter des observations écrites et prendre part aux audiences. » ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Les interventions éclairées devant la CEDH ou le rôle stratégique des amici curiae », in *Mélanges J.-P. COSTA – La conscience des droits*, Dalloz, 2011, p. 67 ; E. DECAUX et C. PETTITI, *La tierce intervention devant la CEDH et en droit comparé*, Bruylant, 2009.

⁵²² Au regard de la règle 9.2 des Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts qui dispose que : « *le Comité des Ministres est en droit de prendre en considération toute communication transmise par des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme, concernant l'exécution des arrêts* », la CNCDH intervient donc pour identifier les mesures générales propres à prévenir les violations systémiques de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁵²³ CEDH, 21 mai 2015, *Yengo c/ France*, n° 50494/12 ; M. LÉNA, « Quel recours contre l'indignité des conditions de détention ? », *D. Actu.*, 26 mai 2015.

⁵²⁴ Art. 3 Conv. EDH : « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ».

⁵²⁵ La loi n° 2014-528 du 26 mai 2014 a modifié la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté.

⁵²⁶ E. SENNA, « La succession au CGLPL : l'amorce d'une seconde étape », *AJ pénal* 2015, p. 483.

⁵²⁷ E. SENNA, « Une décennie après : le CGLPL est unique et irremplaçable », *AJ pénal* 2017, p. 423.

d'immunité et a instauré une protection assurée par la loi pénale⁵²⁸. Cette transposition législative ne correspond pas à une nécessité juridique, mais elle permet d'assurer l'effectivité de la protection et d'être plus dissuasive⁵²⁹. Il serait ainsi nécessaire d'introduire des infractions spécifiques dans la législation et encourager les États dans lesquels les phénomènes d'intimidation ou de représailles sont récurrents d'adopter des dispositions légales qui pourraient s'appliquer au Conseil de l'Europe ou à tout organe de contrôle international.

Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a pour mission de « *s'assurer du respect des droits fondamentaux* » des personnes privées de liberté et ainsi d'assurer l'effectivité du respect des droits fondamentaux. Sa mission va s'exercer dans une perspective préventive et non curative. Cette autorité administrative indépendante n'est pas une instance juridictionnelle. Son rôle n'est donc pas de trancher des litiges individuels entre l'administration et la personne privée de liberté. Il conviendra de préciser dans cette analyse que le Contrôleur général des lieux de privation de liberté n'a pas pour compétence d'examiner le bien-fondé de la mesure de privation de liberté qui est prononcée. De par les principes déontologiques qui encadrent ses missions, l'indépendance, l'impartialité, le secret professionnel, la neutralité, il a pour rôle de prévenir les atteintes qui pourraient être portées aux droits fondamentaux d'une personne privée de liberté lors du prononcé de sa peine et de son emprisonnement dans un établissement. La difficulté qui paraît être posée concerne le qualificatif « *fondamental* ». En effet, un droit fondamental serait un droit déclaré, un droit supérieur, mais en aucun cas un droit qui s'utiliserait quotidiennement. Ce qui paraît étonnant dans le sens où le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a pour tâche de prévenir l'atteinte quotidienne aux droits d'une privation de liberté donnée. L'action doit intervenir par conséquent en amont lors du prononcé de la peine et non pas lors de l'exécution⁵³⁰ de celle-ci. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté ne doit pas attendre que « *"le mal soit fait" pour intervenir, mais doit s'attacher à repérer ce qui, dans le fonctionnement ordinaire du lieu de privation de liberté contrôlée, est susceptible d'être à l'origine de ce mal* »⁵³¹. L'interrogation qui se pose alors repose sur les contours des prérogatives, sur le champ d'action. Il convient de considérer que les atteintes possibles sont nombreuses et leurs origines multiples. C'est pour cela que la loi du 30 octobre 2007 n'a pas porté de précisions concernant les sources auxquelles le Contrôleur général des lieux de privation de liberté doit se rapporter

⁵²⁸ Art. 8-2 et Art. 13-1 de la loi n° 2014-528 du 26 mai 2014.

⁵²⁹ Elle est plus dissuasive en ayant créé le délit d'entrave qui est puni de 15.000 € d'amende.

⁵³⁰ V. *infra* n° 125.

⁵³¹ A. HAZAN « Le contrôleur général des lieux de privation de liberté », in *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, *op. cit.*

afin de déterminer ce qui peut faire partie des droits fondamentaux. Même s'il existe de nombreuses références, telle la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les règles pénitentiaires européennes ne sont pas inscrites comme références, car elles sont considérées uniquement en tant que valeur indicative. Certes il ne peut y avoir de contrôle objectif sans se référer à une norme, cela est incontestable. Néanmoins, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté n'est lié à aucune d'entre elles. Dans le cadre de ses missions, il n'est pas fait l'écueil des lieux pour lesquels il doit être compétent, ce qui lui permet de se rendre dans tous les lieux où à la suite d'une décision de l'administration ou d'un juge une personne est privée de liberté d'aller et de venir. Il serait opportun de penser que ce champ de compétence est ainsi défini matériellement. En donnant une définition matérielle de ses compétences, cela permet d'apporter de la cohérence dans l'exercice de ses missions. Intervenant au sein de lieux extrêmement différents, il aurait pu lui être reproché de ne pas être compétent. Cela justifie le caractère résolument transversal de l'approche que peut avoir le Contrôleur général des lieux de privation de liberté⁵³².

Les prérogatives⁵³³ du Contrôleur général des lieux de privation de liberté ainsi que l'exercice de son action ont pour objectif principal de pallier aux manques, d'éviter les écueils rencontrés par les contrôles administratifs et judiciaires opérés. La loi du 26 mai 2014 a contribué à l'élargissement de ses compétences. La première consiste dans la possibilité qui lui est donnée de visiter à tout moment, tout lieu de privation de liberté, quel qu'il soit et où qu'il soit situé sur le territoire de la République, sans que les autorités ne puissent s'y opposer. De ce fait, il a la possibilité de s'entretenir avec toutes les personnes dont le concours lui paraît nécessaire afin d'éclairer ses interrogations⁵³⁴. Le constat incontournable est le suivant : ces visites ont un objectif précis qui résulte de l'étude de l'état, de l'organisation, du fonctionnement de l'établissement, afin d'y rechercher de façon préventive ce qui serait susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux des personnes emprisonnées, en l'espèce à perpétuité. Il conviendra de constater qu'il y a un véritable lien indissociable entre le

⁵³² Pour exemple, la loi n° 2014-528 du 26 mai 2014 en son article 1^{er} a étendu la compétence du contrôleur général des lieux de privation de liberté concernant les étrangers en situation irrégulière. En effet, alors que sa mission s'arrêtait aux centres de rétention administrative ou des zones d'attente au sein des ports et aéroports, la loi précise qu'il est compétent désormais pour assurer « *le contrôle de l'exécution par l'administration des mesures d'éloignement prononcées à l'encontre d'étrangers jusqu'à leur remise aux autorités de l'État de destination* ».

⁵³³ E. SENNA, *Contrôleur général des lieux de privation de liberté*, Rép. pén., avril 2015.

⁵³⁴ La loi n° 2014-528 du 26 mai 2014 en son article 8-1 permet au contrôleur général des lieux de privation de liberté et ayant la qualité de médecin la possibilité de se voir communiquer, avec l'accord de la personne concernée, les informations couvertes par le secret médical. Ce qui par conséquent lui permet de contrôler le respect du principe de dignité humaine.

fait d'atteindre l'objectif et le fait d'effectuer un travail au sein même des lieux de privation de liberté. En effet, le fait de se rendre dans différents lieux afin de contrôler les mesures prises n'est réalisé qu'avec l'objectif principal de s'assurer du respect des droits fondamentaux. C'est pour cela que le Contrôleur général réalise un véritable travail d'immersion durant de nombreux jours afin de comprendre la réalité complexe du microsystème que forme une prison, un établissement psychiatrique ou tout autre lieu privatif de liberté. Il est nécessaire que ce dernier établisse des liens entre ce qui est vu et ce qui est censé exister. En partant de l'évaluation de l'action des administrations pour mettre en œuvre les droits fondamentaux des personnes placées sous leur garde, il peut être fait le choix de placer un individu dans un autre établissement pénitentiaire. Au regard de la condamnation à perpétuité, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté doit par exemple comprendre ce que l'architecture d'un lieu a comme influence sur les personnes qui s'y trouvent, ce que peut aussi générer comme tensions l'absence de contact humain⁵³⁵. Il est nécessaire d'évaluer, d'examiner les conditions de vie effectives des personnes emprisonnées⁵³⁶. Une précision est à apporter concernant l'obligation d'indépendance. En effet, il ne peut être soumis aux instructions provenant d'autorités. La seconde se caractérise à travers le fait que le Contrôleur général de privation de liberté a la faculté d'être saisi par toute personne physique ou morale, de tout fait ou situation susceptibles de relever de sa compétence ainsi que la faculté de s'autosaisir. Il s'agit alors de sources d'informations précieuses dans le sens où elles permettent d'apporter des améliorations des conditions de détention et peuvent permettre ainsi d'appréhender lors du prononcé de la peine l'établissement dans lequel va être conduit le condamné à perpétuité. Ce qui est recherché c'est l'effectivité des droits fondamentaux afin de convaincre les destinataires des rapports et obtenir des avancées, obtenir une complémentarité assurant les objectifs de sécurité et de respect de la dignité.

85. Dans un troisième temps, il convient d'examiner le rôle et les prérogatives détenues par le Défenseur des droits. Par la loi du 29 mars 2011, l'autorité constitutionnelle indépendante du Défenseur des droits a été instaurée. Ce dernier a pour rôle de défendre les droits et les libertés dans le cadre des relations avec les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics et les organismes investis d'une mission

⁵³⁵ Voir le rapport d'activité pour l'année 2015 du Contrôleur général des lieux de privation de liberté.

⁵³⁶ Pour ce faire, et surtout en toute objectivité, les Contrôleurs sont issus de milieux variés. Ils peuvent être des médecins, des directeurs d'établissements pénitentiaires, des directeurs d'hôpitaux, des avocats, des magistrats... Une fois la ou les visites effectuées, un rapport est rédigé et transmis aux ministres compétents qui sont tenus d'y répondre.

de service public. Il défend également et doit promouvoir l'intérêt supérieur et les droits de l'enfant, de lutter contre les discriminations ainsi que de promouvoir l'égalité et veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République. Une autre attribution qui lui est octroyée concerne la prévention pour laquelle son rôle est important. Il exerce une mission préventive de promotion des droits et de l'égalité qui consiste à intervenir en amont des ruptures d'égalité et des atteintes aux droits fondamentaux afin de faire évoluer les pratiques pour qu'elles soient en conformité avec la loi. Dans l'exercice de ses missions, il a vocation à veiller aux droits fondamentaux des personnes privées de liberté. En effet, les détenus sont privés d'aller et venir, mais leur détention provisoire, pendant l'attente du prononcé de la peine, ne saurait les priver des autres droits reconnus à la personne. Il veille à ce que les établissements pénitentiaires respectent les droits et libertés fondamentaux.

Le défenseur des droits dispose également de pouvoirs d'investigations importants. D'une part, il peut auditionner des personnes afin de recueillir les informations nécessaires à son investigation. Ce qui est intéressant de préciser résulte du fait que le secret de l'enquête et de l'instruction ne peut lui être opposé⁵³⁷ dans l'hypothèse où il a obtenu l'accord préalable des juridictions saisies ou du Procureur. D'autre part, il a le pouvoir de procéder à des vérifications sur place. Les autorités publiques ne peuvent alors pas s'y opposer si cette opération est motivée par une réclamation relevant du domaine de la déontologie de la sécurité. Enfin, ce dernier dispose d'un pouvoir d'injonction lui permettant d'enjoindre à la personne mise en cause de prendre les mesures nécessaires dans un délai déterminé. Dans cette hypothèse, il a la possibilité de rendre un rapport qui sera rendu public selon des modalités prédéterminées. Il est important de notifier également que le juge des référés peut ordonner toutes mesures utiles. Par ailleurs, le délit d'entrave aux missions du défenseur des droits consistant à ne pas communiquer les informations et les pièces utiles à l'exercice de sa mission ou de l'empêcher d'accéder à des locaux administratifs ou privés est pénalement réprimé. Par conséquent, cela permet au Défenseur des droits d'apporter une réponse concrète aux réclamations reçues et de ce fait se prémunir d'une atteinte aux droits et libertés fondamentales⁵³⁸ lors du prononcé d'un placement dans un établissement pénitentiaire dans le

⁵³⁷ Exceptions en ce qui concerne la défense nationale, la sûreté de l'État ou la politique extérieure.

⁵³⁸ Pour exemple de réclamation : Le Défenseur des droits reçoit de nombreuses réclamations concernant les décisions de l'administration pénitentiaire, lorsque les demandes des personnes détenues auprès de la direction restent souvent sans réponse. Les délégués vont intervenir et servent de « *porte-voix* » en assurant un dialogue avec l'administration pénitentiaire. Les délégués sont régulièrement saisis de situation d'indigence et contribuant à l'amélioration des conditions de vie de la personne mise en détention, comme le changement d'affectation de

cadre de la réclusion criminelle à perpétuité. La question la plus récurrente que reçoit le Défenseur des droits concerne la matière de la déontologie pénitentiaire. Le grief le plus allégué porte sur des violences physiques infligées aux détenus en détention en l'attente de leur procès par le personnel pénitentiaire. Il peut s'agir de violences entre codétenus facilitées par une carence de l'administration pénitentiaire, mais également de violences commises par les personnels pénitentiaires. Le Défenseur des droits va se référer aux notions de nécessité et de proportionnalité afin d'évaluer l'usage de la force, la Cour européenne des droits de l'homme fixant ses exigences en la matière. Par conséquent, le Défenseur des droits va établir un rapport dans lequel il formulera des recommandations. Il peut préconiser de renforcer la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement en prison. Il recommande une attention particulière à la rédaction des comptes rendus lors de la formation des personnels comme au cours de leur exercice professionnel. Cela permet d'avoir un regard sur ce qui a été réalisé et de se prémunir de la suite, c'est-à-dire éviter que lors d'un prononcé de la peine l'individu soit exposé à l'irrespect des exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme et lui permettre d'avoir des recours contre l'État en question. Ce travail des autorités indépendantes est couplé à la prévention généralisée des autorités juridictionnelles.

B. Une prévention généralisée des autorités juridictionnelles

86. Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté doivent être respectés. Pour ce faire, il y a des autorités juridictionnelles qui vont participer à la prévention de telles atteintes⁵³⁹. La question qui semble devoir se poser est la suivante : pourquoi devoir prévenir lors du prononcé d'une peine perpétuelle ? Les autorités juridictionnelles permettent d'avoir un regard sur les mesures qui sont prises. Ainsi, lors du prononcé de la peine et du placement dans l'établissement, ces dernières peuvent permettre d'éviter une atteinte aux exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme. Le juge judiciaire et le juge administratif cherchent à introduire du droit dans bien des « *recoins de la vie policière* »⁵⁴⁰. Dans cet élan, ils surprennent en troublant parfois la sérénité et les habitudes des lieux

cellule insalubre, la lessive régulière des draps, l'accès à la télévision, les difficultés financières sur le compte nominatif d'un détenu, le fonctionnement des cantines, la religion... Ils interviennent également pour favoriser le transfert d'un détenu. V. notamment, J. TOUBON, « Le défenseur des droits », in *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté, op. cit.*, p. 43.

⁵³⁹ G. GIUDICELLI-DELAGE, *Institutions juridictionnelles*, coll. Droit fondamental, PUF, 1993.

⁵⁴⁰ J. NORMAND, « Le juge judiciaire, juridiction d'exception des atteintes portées par les autorités administratives à la liberté individuelle », RTD civ. 1998, p. 181.

d'enfermement, le « *trop-plein* » de droit se produit alors parfois. Toutefois, comme peut en témoigner le Tribunal des conflits⁵⁴¹, ils s'abandonneraient volontiers l'un à l'autre des pans importants des libertés individuelles, le « *trop peu* » réapparaîtrait. En matière de liberté individuelle, la compétence des juridictions judiciaires doit trouver sa voie en conciliant deux principes apparemment antagonistes⁵⁴². L'autorité judiciaire est « *gardienne de la liberté individuelle* »⁵⁴³. Cette liberté est préservée des atteintes qui pourraient être portées par les autorités publiques. Il apparaît néanmoins « *qu'au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" figure celui selon lequel relève en dernier ressort de la compétence des juridictions administratives l'annulation ou la réformation des décisions prises par les autorités administratives dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique*⁵⁴⁴ »⁵⁴⁵. Par conséquent, eu égard le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, ce dernier se voit reconnaître une valeur constitutionnelle. Ce principe permet alors aux autorités juridictionnelles une prévention généralisée à l'égard des personnes poursuivies et condamnables à la réclusion criminelle à perpétuité.

Les autorités juridictionnelles ont alors compétence afin de se prémunir d'un mauvais placement lors du prononcé d'une peine. Lorsqu'un crime est commis et que ce dernier est passible de la réclusion criminelle à perpétuité, les autorités juridictionnelles se doivent de vérifier si ce criminel ne devrait pas bénéficier d'une hospitalisation d'office. À cet égard, l'autorité judiciaire est alors seule compétente pour apprécier la nécessité d'une telle mesure et les conséquences qui peuvent en résulter. Toutefois, il appartient à l'autorité administrative d'apprécier la régularité de la mesure administrative qui a ordonné le placement. Par conséquent, la régularité interne du placement relève du juge judiciaire et la régularité externe du juge administratif. Ce qui permet alors à tout individu d'avoir droit d'accéder à un

⁵⁴¹ Trib. des conflits, 4 nov. 1996, *Vanius et Dame Robert*, Gaz. Pal., 20 déc. 1997, concl. J. SAINTE-ROSE, p. 7 et 10 ; Trib. des conflits, 17 févr. 1997, *Préfet de l'Île-de-France*, Bull. T. confl. n° 1, p. 1 ; Gaz. Pal., 20 déc. 1997, concl. J. SAINTE-ROSE ; Trib. des conflits, 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris*, JCP G 1997, II, p. 22861, rap. SARGOS, D. 1997, p. 567, note A. LEGRAND ; AJDA 1997, p. 635, chron. D. CHAUVAUX et Th.-X. GIRARDOT ; RFDA 1997, p. 514, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA.

⁵⁴² *Ibid.*

⁵⁴³ L'article 66 de la Constitution de 1958 a consacré l'autorité judiciaire.

⁵⁴⁴ Cons. const., 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, AJDA 1987, p. 345, note J. CHEVALLIER ; RFDA 1987, p. 287, concl. P. GENEVOIS ; RD publ. 1987, p. 1341, obs. Y. GAUDEMET ; D. 1988, p. 117, note F. LUCHAIRE. V. également, Cons. Const., 28 juill. 1989, n° 89-261 DC, RFDA 1989, p. 691 ; AJDA 1989, p. 619, comm. J. CHEVALLIER ; D. 1990, p. 161, note X. PRÉTO.

⁵⁴⁵ J. NORMAND, « Le juge judiciaire, juridiction d'exception des atteintes portées par les autorités administratives à la liberté individuelle », *loc. cit.*

Tribunal⁵⁴⁶. Ces interrogations étaient-elles prévisibles lorsque l'arrêt *Golder*⁵⁴⁷ a été rendu le 21 février 1975 ? La Cour européenne des droits de l'homme « a comblé cette lacune en procédant à une interprétation téléologique⁵⁴⁸ de l'article 6 et en invoquant le principe de la prééminence du droit qui sous-tend la Convention tout entière, le principe général du droit suivant lequel une contestation civile doit pouvoir être soumise à un règlement judiciaire, ainsi que l'interdiction d'un déni de justice en tant que principe du droit international »⁵⁴⁹. Une idée est née selon laquelle, il faut généraliser le contrôle juridictionnel des conditions de vie imposées aux personnes retenues contre leur gré. Pour ce faire, il faudrait que soit construite une législation harmonieuse de ces mesures.

87. Par ailleurs, cette généralisation de la prévention se traduit au regard du pouvoir détenu par le juge administratif. La sphère d'intervention du juge administratif⁵⁵⁰ apparaît considérable dans la mesure où ce dernier peut émettre des avis permettant de prévenir les atteintes aux droits fondamentaux de chaque détenu. Ledit juge s'est imposé comme l'acteur indispensable du décloisonnement du droit de la prison et de la volonté certaine de rendre plus visible le monde pénitentiaire en utilisant le droit européen des droits de l'homme. Il peut en effet intervenir en ce qui concerne les fouilles⁵⁵¹, les mesures de surveillance ou de protection particulières, les modifications du régime de détention, l'accès aux soins et à l'hygiène⁵⁵², les transfèvements⁵⁵³, les sanctions disciplinaires, les refus d'emploi, le régime de la correspondance⁵⁵⁴, l'isolement⁵⁵⁵. Ces mesures font l'objet en effet de décisions du Conseil d'État. Cette évolution cohérente et moderne ne paraît pas devoir être remise en cause. Il est moins certain que le juge judiciaire ait eu, jusqu'à présent autant de curiosité. Il y a des raisons institutionnelles ou historiques qui permettent de l'expliquer. Le droit pénitentiaire⁵⁵⁶

⁵⁴⁶ L.-A. SICILIANOS, *Conv. EDH, art. 6 : La protection du droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Rép. eur. sept. 2014, section 2. V. notamment, V. BOUCHARD, « Le droit de recours en matière pénale », LPA 2002, n° 124, pp. 11-14.

⁵⁴⁷ CEDH, 21 févr. 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, n° 4451/70, Série A, n° 18, AFDI 1975, p. 330, note R. PELLOUX.

⁵⁴⁸ L.-A. SICILIANOS, *Conv. EDH, art. 6 : La protection du droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, point 28.

⁵⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁵⁰ A. MEYNAUD, « La bonne administration de la justice et le juge administratif », RFDA, 2013, p. 1029.

⁵⁵¹ V. *infra* n° 158 et 159.

⁵⁵² V. *infra* n° 160.

⁵⁵³ V. *infra* n° 153.

⁵⁵⁴ V. *infra* n° 166.

⁵⁵⁵ V. *infra* n° 181.

⁵⁵⁶ J.-P. DUROCHE et P. PEDRON, *Droit pénitentiaire*, 3^e éd. Vuibert droit, 2016.

n'est pas depuis si longtemps ni si naturellement une branche du judiciaire. Il y a des raisons pratiques selon lesquelles le juge judiciaire et les établissements pénitentiaires travaillent ensemble au jour le jour. Il y a également des raisons culturelles selon lesquelles la sensibilité aux nécessités de la répression et de la protection des victimes est devenue une seconde nature de la justice judiciaire, qui peut la rendre compréhensive à l'égard de l'administration. Enfin des raisons constitutionnelles sont également à prendre en considération selon lesquelles la procédure pénitentiaire est une procédure pénale donc elle relève du pouvoir législatif et celui-ci ne peut pas tout prévoir. Les juridictions des deux ordres sont alors à la fois opposées et complémentaires et permettent de remplir leur rôle préventif. Toutefois, ces autorités juridictionnelles permettent certes de « méditer » la sanction, mais elles permettent également de l'adapter.

§ 2. La sanction adaptée

88. Le principe d'individualisation est un principe essentiel qui autorise le juge à adapter la sanction au regard notamment de la personne du délinquant et des circonstances de l'infraction. Le principe d'individualisation des peines est supplanté par la fonction de neutralisation individuelle. Ce principe concourt nécessairement au respect de la légalité procédurale de droit commun dans l'ordre intérieur des prisons sous la pression européenne, ce qui concourt nécessairement à une individualisation du prononcé de la peine optimisée (A) ainsi qu'à une individualisation objectivement juridictionnalisée (B).

A. Une individualisation optimisée

89. Le courant de l'individualisation des peines en tant que facteur d'atténuation de la sévérité remonte à la fin du XIX^e siècle. Il est un principe du droit pénal qui est devenu la clef de voûte de la pénologie moderne à travers la théorie de Raymond Saleilles⁵⁵⁷ au XIX^e siècle puis à travers celle du mouvement de défense sociale de Marc Ancel⁵⁵⁸ au XX^e siècle. Cela a permis au juge d'acquérir une grande liberté quant au choix et l'adaptation de la peine en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. L'intérêt de l'étude de ce principe réside dans le fait que ce dernier peut constituer à la fois un obstacle à la

⁵⁵⁷ R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, Alcan 1898, réédition de la troisième édition, suivi de : *L'individualisation de la peine cent ans après Saleilles* (plusieurs contributions), Eres, 2001.

⁵⁵⁸ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, op.cit.

certitude de la peine et à la fois il semble être inconciliable avec les peines perpétuelles. Pendant longtemps ce principe a été dépourvu de valeur constitutionnelle pour le Conseil constitutionnel. Le principe d'individualisation des peines⁵⁵⁹ a en effet dans un premier temps été mal accepté par le Conseil constitutionnel. Dans les décisions des 19 et 20 janvier 1981⁵⁶⁰, il a été affirmé que l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme « *n'implique pas que la nécessité des peines doive être appréciée du seul point de vue de la personnalité du condamné* » en ajoutant que l'individualisation des peines n'a jamais eu « *le caractère d'un principe unique et absolu prévalant de façon nécessaire et dans tous les cas sur les autres fondements de la répression pénale* ». Dans un second temps, le Conseil constitutionnel est allé dans le sens du principe en condamnant les peines automatiques. C'est-à-dire les peines qui interdisaient aux juges d'apprécier la gravité du comportement puni et de dispenser l'intéressé de sanction et de faire varier la durée de celle-ci. Le principe a alors été posé en tant que principe à valeur constitutionnelle. Il s'est alors fondé sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme en précisant que le principe de nécessité des peines implique qu'une peine « *ne peut être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à l'espèce* ». Il faudra attendre une décision rendue par le Conseil constitutionnel le 22 juillet 2005⁵⁶¹ pour que soit proclamé, de façon incidente et concise le principe d'individualisation des peines. Il est précisé dans cette décision uniquement que ce principe découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Une décision a été rendue le 3 mars 2007 contenant la même affirmation et ajoutant une précision textuelle selon laquelle ce principe « *s'impose dans le silence de la loi* »⁵⁶². Puis une décision est rendue le 9 août 2007 par le Conseil constitutionnel dans laquelle ce dernier apporte des précisions quant aux critères de délimitation de ce principe. Le principe d'individualisation « *ne saurait faire obstacle à ce que le législateur fixe des règles assurant une répression effective des infractions* »⁵⁶³. Par ailleurs, il précise que le principe n'implique pas « *que la peine soit exclusivement déterminée en fonction de la personnalité de l'auteur de l'infraction* »⁵⁶⁴. Ainsi l'individualisation n'a pas à être laissée entre les mains du seul juge. La loi aurait pu alors moduler la répression en raison d'autres critères. À travers cette décision, il conviendra de constater que la peine ne saurait être prononcée qu'en fonction exclusivement

⁵⁵⁹ V. *supra* n° 40.

⁵⁶⁰ Cons. const., 19-20 janv. 1981, décision n° 81-127 DC, considérant n° 16.

⁵⁶¹ Cons. const., 22 juill. 2005, n° 2005-520 DC, considérant n° 3.

⁵⁶² Cons. const., 3 mars 2007, n° 2007-553, DC, considérant n° 28 ; v. notamment J. PRADEL, *Droit pénal général*, 21^e éd., Cujas, 2016, p. 129.

⁵⁶³ Cons. const., 9 août 2007, n° 2007-554 DC, considérant n° 13.

⁵⁶⁴ *Ibid.*

de la personne de l'auteur de l'infraction. Elle dépendrait également de la nature de l'acte qu'il a commis et des conditions de sa réalisation. Elle prendrait alors en compte la punition de l'infraction et la protection de la société⁵⁶⁵. Ainsi, le principe de l'individualisation de la peine impliquerait une adaptation de la peine prévue par le texte, non une modération systématique.

Dans la mesure où le Conseil constitutionnel affirme que s'il peut être limité par le législateur, le principe d'individualisation ne peut pas être totalement supprimé, la constitutionnalité de la peine incompressible ou de la mesure de détention illimitée devient douteuse, car elle s'oppose, par hypothèse à tout aménagement. Dans sa décision du 20 janvier 1994 relative à la peine incompressible, le Conseil constitutionnel a affirmé que l'exécution des peines vise non seulement la protection de la société, la punition du condamné, mais aussi son amendement et sa réinsertion. L'ancien article 132-24 du Code pénal posait le principe de la personnalisation de la peine au stade de son prononcé. Il était prévu en effet uniquement que : « *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* ». L'individualisation est ainsi un moyen de rechercher la conciliation des impératifs contradictoires du droit pénal reposant sur la protection effective de la société, la sanction du coupable et les intérêts de la victime, la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et la prévention de la commission de nouvelles infractions. Par conséquent, la décision rendue le 9 août 2007 n'apporte que peu de précisions et ainsi une faible évolution en rappelant comme l'avait fait le Conseil constitutionnel dans sa décision rendue en 1981⁵⁶⁶ que « *l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme n'implique pas que la nécessité des peines doit 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 que, précisément, l'article 8 de la Déclaration de 1789 a entendu proscrire et qui lui permettrait, à son gré, de faire échapper à la loi pénale, hors des cas d'irresponsabilité établis par celle-ci, des personnes convaincues de crimes ou de délits* »⁵⁶⁷. Le principe de l'individualisation des peines est par conséquent « *clairement constitutionnalisé, mais prudemment encadré puisqu'il n'appartient, en la matière, ni au conseil, ni à un juge pénal, de substituer son appréciation à*

⁵⁶⁵ M. GIACOPELLI, « De l'individualisation de la peine à l'indétermination de la mesure », in *Mélanges offerts à R. GASSIN – Sciences pénales et sciences criminologiques*, PUAM, 2007, p. 233 ; J.-C. SOYER, « Une certaine idée du droit... de la sanction pénale », in *Une certaine idée du droit – Mélanges offerts à A. DECOCQ*, Litec, 2004, p. 557.

⁵⁶⁶ Cons. const. 19-20 janv. 1981, *préc.*

⁵⁶⁷ Cons. const., 9 août 2007, *préc.*, considérant n°15.

celle du législateur »⁵⁶⁸. Suite à cette décision, le Conseil constitutionnel craignant que le principe d'individualisation des peines soit un « *outil trop destructeur* »⁵⁶⁹, donne ensuite de nouvelles précisions. Deux décisions sont rendues le 29 septembre 2010⁵⁷⁰ dans lesquelles le Conseil constitutionnel délimite plus précisément ce principe. Il est affirmé que ce principe découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et implique que la peine « *ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce* ». Il a été ajouté pour atténuer sa portée « *qu'il ne saurait toutefois faire obstacle à ce que le législateur fixe des règles assurant une répression effective des infractions* »⁵⁷¹. Les juges se déterminent alors autant en fonction de la personnalité de l'auteur des faits qu'en fonction de ce qu'il a fait⁵⁷². Le principe d'individualisation encadre pour sa part l'exercice du pouvoir de punir du juge en précisant qu'il s'exerce dans les limites déterminées par les textes et en fonction d'un panachage de critères qui doivent conserver le souci de conciliation des intérêts divers dont est fait le droit pénal. La peine n'a pas à être centrée sur la seule personne de l'auteur de l'infraction.

90. La loi du 15 août 2014⁵⁷³ relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales a consacré le principe de l'individualisation d'une sanction concourant à son efficacité⁵⁷⁴. Consécutivement à un avis rendu par la Commission nationale consultative des droits de l'homme par rapport « *aux droits* » de la victime, il a été constaté que la légitimité de la présence de la victime en droit pénal est portée par le système répressif lui-même qui ne peut fonctionner sans conceptualiser, donc sans créer des victimes⁵⁷⁵. Le nouvel article 132-1 du Code pénal précise que « *toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée* » et « *dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature,*

⁵⁶⁸ B. DE LAMY, « Principe d'individualisation des peines : la personnalité du condamné n'est qu'un critère parmi d'autres », RSC 2008, p. 136.

⁵⁶⁹ B. DE LAMY, « Les peines obligatoires et le principe de l'individualisation des peines », RSC 2011, p. 182.

⁵⁷⁰ Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC ; AJDA 2010, p. 1172 ; D. 2010, p. 1560, obs. S. LAVRIC ; AJ pénal 2010, p. 392, obs. J.-B. PERRIER ; RTD com. 2010, p. 815, obs. B. BOULOC. V. également, Cons. const., 29 sept. 2010, n° 2010-41 QPC ; D. 2011, p. 54, note B. BOULOC.

⁵⁷¹ Cons. const., 29 sept. 2010, n° 2010-40 QPC, considérant n° 3 ; D. 2010, p. 2732, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE, T. GARE et S. MIRABAIL ; AJ pénal 2010, p. 501, obs. J.-B. PERRIER.

⁵⁷² J. VERHAEGEN, « juger le fait avant de juger l'homme », Rev. int. crim. pol. tech., 1986, p. 265.

⁵⁷³ Loi n° 2014-896 du 15 août 2014, J.-H. ROBERT, « Punir dehors », comm. de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014, Dr. pén. 2014, étude 16, n° 3.

⁵⁷⁴ G. BEAUSSONIE, « Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales », RSC 2014, p. 809.

⁵⁷⁵ CE, ass., 19 juill. 2011 : « *Refus d'une consécration "d'un droit au procès pénal" pour les victimes d'une infraction* », JCP 2011, juris. 1248.

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 énoncées à l'article 130-1 ». Il apparaît ainsi la consécration du principe d'individualisation de la peine. Par cette terminologie, il faut le rappeler, il convient de conclure qu'il s'agit d'un devoir pour le juge selon des directives légales de déterminer ce que sera la peine qualitativement et quantitativement et ce que sera alors son régime en prenant en compte les spécificités de l'infraction et de son auteur. L'individualisation est ainsi une concrétisation.

L'idée d'individualisation est reprise sous une autre forme, celle de proportionnalité entre le fait et la sanction afin de répondre aux exigences européennes. La Cour européenne des droits de l'homme n'indique pas d'ailleurs d'autres éléments lorsqu'elle la définit comme « *la nécessité d'un contrôle par les autorités judiciaires internes de la proportionnalité de la restriction légale litigieuse à la lumière des particularités de chaque espèce* »⁵⁷⁶. Pour apprécier si une peine ou une mesure contrevient ou non au principe de nécessité et de proportionnalité⁵⁷⁷, la Cour s'attache alors à la faculté du juge de l'adoucir. Par ailleurs, cela n'empêche pas de préciser que l'individualisation de la sanction est décrite au titre des atteintes au respect de la dignité humaine au stade de la sanction⁵⁷⁸. De ce fait, l'absence « *de réelles explications des juges sur les raisons de leurs choix* »⁵⁷⁹ affecterait la dignité des condamnés, car « *l'individualisation peut être ressentie comme arbitraire, tant les paramètres qui y président sont peu visibles* »⁵⁸⁰. Par conséquent, ce qui sauve les peines perpétuelles de l'inconstitutionnalité et de l'inconventionnalité, c'est la possibilité reconnue au juge d'un aménagement aussi infime, hypothétique ou lointain soit-il⁵⁸¹. D'incompressible la peine doit pouvoir devenir compressible, ce qui est, au moins en théorie, toujours le cas. En pratique, il est constaté cependant que les aménagements de peine restent exceptionnels pour les

⁵⁷⁶ CEDH, 17 juin 2004, *Zdanoka c/ Lettonie*, n° 58278/00, AJDA 2004, p. 1809, chron. J.F. FLAUSS.

⁵⁷⁷ V. *infra* n° 129.

⁵⁷⁸ M. ROBERT, « De l'inégalité dans la détermination de la peine », in *Conseil de l'Europe, Comité Européen pour les problèmes criminels, disparités dans le prononcé des peines : causes et solutions*, Strasbourg, 1989, pp. 9 et s.

⁵⁷⁹ G. LEVASSEUR, « De la minimisation de l'enquête de personnalité à la généralisation du pouvoir discrétionnaire », RSC 1961, p. 83.

⁵⁸⁰ A. GARAPON, « Peine fixe vs individualisation : analyse d'un clivage culturel », *Justices*, 1998, n° 9, p. 145.

⁵⁸¹ Crim., 20 janv. 2010, *préc.*, « *Pour cette même raison, la Cour de cassation ne considère pas la réclusion criminelle perpétuelle assortie d'une période de sûreté comme une peine inhumaine et dégradante au sens de l'article 3 de la Conv. EDH* ».

condamnés à de longues peines⁵⁸². Aussi l'efficacité de la peine se traduira par la juridictionnalisation de l'individualisation des peines privatives de liberté.

B. Une individualisation juridictionnalisée

91. La loi du 15 juin 2000 relative à la présomption d'innocence a permis de passer de « *la judiciarisation à la juridictionnalisation de l'exécution des peines* »⁵⁸³. Le terme judiciariser consiste « *à soumettre une institution au contrôle de l'autorité judiciaire garante des libertés individuelles* », le terme juridictionnaliser consiste « *à attribuer à des actes qui ne le comporteraient normalement pas, la qualification d'actes juridictionnels afin de leur étendre le régime de ce dernier. De plus, « le régime des actes juridictionnels susceptibles de faire l'objet de recours inclut, aussi bien pour la convention européenne (...) que pour le nouvel article préliminaire du Code de procédure pénale introduit par la loi du 15 juin 2000, le respect des droits de la défense, le principe du contradictoire et l'équilibre des droits des parties* »⁵⁸⁴. Ce qui permet de démontrer que le domaine de l'individualisation de la peine doit être considéré par le législateur national comme relevant de la matière pénale au sens européen afin que les garanties de l'article 6 relatif au droit à un procès équitable puissent s'appliquer. La matière pénale au sens européen prend de l'ampleur au niveau du droit national grâce au législateur puisque l'univers carcéral s'ouvre à la légalité procédurale de droit commun contenue au sein de l'article 6 de la Convention européenne⁵⁸⁵. L'introduction de ce phénomène de légalité procédurale au bénéfice des détenus traduit par conséquent la volonté du juge de Strasbourg d'aligner progressivement le statut juridique du « *détenu-justiciable* » sur celui du « *justiciable libre* ». Cela est fondamental dans la perspective d'un droit commun européen de la détention que l'applicabilité de la légalité procédurale de droit commun permette de consolider la protection des droits matériels du détenu. Afin de pouvoir prononcer une peine de réclusion criminelle à perpétuité tout en respectant les exigences posées par la

⁵⁸² En France, quelques lois successives dont les premières remontent à 1824 (loi accordant au juge statuant en matière criminelle le pouvoir d'accorder les circonstances atténuantes) et 1832 (loi accordant ce pouvoir aux jurés) ont pour effet d'adoucir la peine et donc de faire reculer la peine perpétuelle. Les circonstances atténuantes se sont alors développées.

⁵⁸³ C. LAZERGES, « De la judiciarisation à la juridictionnalisation de l'exécution des peines par la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », in *La sanction du droit - Mélanges offerts à P. COUVRAT*, La sanction du droit, PUF, 2001, pp. 489-503.

⁵⁸⁴ *Ibid.*

⁵⁸⁵ J.-P. CÉRÉ, « L'influence du droit européen sur le droit de l'exécution des peines », RPD 2005, pp. 263-276, spéc. p. 268.

Cour européenne, les droits procéduraux doivent être une condition indispensable d'une protection effective et efficace en détention des droits matériels⁵⁸⁶.

92. Toute personne a le droit à un procès équitable. Ce principe s'applique également à une personne présumée coupable d'un crime puni de la réclusion criminelle à perpétuité. Ce dernier bénéficie de la protection de la Cour européenne des droits de l'homme. Le détenu, personne humaine et citoyen, est également un justiciable. Il doit en vertu de cette qualité disposer du droit d'accès au juge et de manière corrélative également disposer de l'ensemble des garanties procédurales indispensable à l'exercice effectif de ce droit. Ce qui signifie alors qu'en juridictionnalisant, le droit d'être informé au regard du droit à un procès équitable a pour corollaire le droit de contester. Cela semble permettre de trouver un positionnement du curseur au centre des exigences européennes prévues par les dispositions de l'article 6 de la Convention. Le juge européen s'est donc attaché dans sa jurisprudence à élargir le champ d'application des dispositions procédurales conventionnelles concernant le domaine relatif à l'application ou à l'individualisation de la peine. Le juge européen a usé de la technique des « *notions autonomes* » ou a emprunté « *une démarche contextuelle* » afin d'étendre le rayonnement des droits procéduraux conventionnels à des domaines qui étaient exclus par les droits nationaux. Cette technique a donc permis de contribuer à l'assimilation du détenu justiciable au justiciable libre. La question qui suscite néanmoins réflexion repose sur le fait que le détenu bénéficie des droits procéduraux contenus dans la Convention européenne, les garanties procédurales sont-elles effectives ? Le détenu étant enfermé, cela ne constitue-t-il pas une entrave aux garanties procédurales ? Le juge européen se limite à souligner au sein du paragraphe 2 de l'article 5 de la Convention qu'il « *énonce une garantie fondamentale : toute personne arrêtée doit savoir pourquoi elle a été privée de liberté. Intégrée au système de protection qu'offre l'article 5, elle oblige à signaler à une telle personne, dans un langage simple accessible pour elle, les raisons juridiques et factuelles de sa privation de liberté, afin qu'elle puisse en discuter la légalité devant un tribunal en vertu du paragraphe 4. Elle doit bénéficier de ces renseignements dans le plus court délai, mais le policier qui l'arrête peut ne pas lui fournir en entier sur-le-champ. Pour*

⁵⁸⁶ G. LEVASSEUR, « Aperçu sur la judiciarisation de l'exécution des sanctions répressives », RPDP 1983, pp. 327-352, spéc. pp. 337-338. L'auteur avait déclaré devant l'Assemblée générale de la société générale des prisons et de législation criminelle que « *il faut judiciariser parce qu'il existe, sur la quasi-totalité des points où le juge de l'application des peines intervient, un conflit entre la société et l'individu, entre la défense de la société et les droits fondamentaux de l'individu, celui-ci fût-il condamné. Un tel conflit doit être soumis à un juge au plein sens du terme. La nécessité de judiciariser au nom de la dignité humaine, au nom des droits de l'homme, est facile à démontrer par l'analyse des pouvoirs du juge de l'application des peines* ».

déterminer si elle en a reçu assez et suffisamment tôt, il faut avoir égard aux particularités de l'espèce »⁵⁸⁷. Le juge européen érige ainsi l'application de cette garantie en condition indispensable de l'exercice effectif du contrôle de la légalité de la détention prévu au § 4 de l'article 5 de la Convention. Il opte pour une appréciation de nature « contextuelle » ou « systémique » des garanties procédurales⁵⁸⁸ dans le but de conférer un effet utile au contrôle de légalité de la détention dans le but d'appliquer d'une manière effective et concrète le droit de tout individu au respect de sa liberté et de sa sûreté.

Ces garanties procédurales de droit commun sont le corollaire du prononcé de la peine en vertu du principe d'individualisation. Le juge européen encadre les législations nationales. Ce principe d'ingérence est souhaité afin de prévenir et de sanctionner le non-respect des exigences prévues par la Convention européenne des droits de l'homme.

⁵⁸⁷ En ce sens, V. par exemple : CEDH, 28 oct. 1994, *Murray c/ Royaume-Uni*, n° 14310/88, Série A, n° 300-A, § 72 ; CEDH, 5 fév. 2002, *Conka c/ Belgique*, n° 51564/99, Rec. 2002- I, § 50, JCP G 202, I, p. 157, obs. F. SUDRE ; CEDH, 12 avr. 2005, *Chamaiev et douze autres c/ Géorgie et Russie*, n° 36378/02, § 413, JCP G 205, I, p. 59, chron. F. SUDRE ; CEDH, 3 mai 2007, *Soysal c/ Turquie*, n° 50091/99, § 68.

⁵⁸⁸ V. *supra* n° 64.

Section 2

L'encadrement sanctionné de l'interprétation

93. La peine est prononcée, mais sa détermination est limitée par le contrôle de conventionnalité. Ce dernier est marqué par le souci de l'effectivité des droits et des libertés énoncées par la Convention tout en ménageant aux États la faculté de limiter et d'opérer une conciliation avec d'autres objectifs essentiels. Pourquoi cette interrogation concernant le souhait d'un principe d'ingérence ? Il conviendra d'y répondre en exposant que d'un point de vue matériel, c'est la jurisprudence de la Cour qui constitue le principal levier d'évolution. En effet, de nombreux principes doivent leur existence à la seule jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Néanmoins, il ne faut pas négliger le fait que ladite Cour vise davantage à sanctionner les défaillances que de les prévenir. Il est nécessaire de se référer à la jurisprudence européenne afin d'avoir connaissance des règles à appliquer, cette dernière étant fluctuante et complémentaire d'autres décisions rendues, il n'est pas aisé de reconnaître un ensemble de normes venant de ses décisions. L'étude du pouvoir normatif du juge européen⁵⁸⁹ se traduit par le système de protection mis en place par la Convention et repose sur le principe de subsidiarité. La Cour opère un véritable contrôle. Si l'objectivité pragmatique de la Cour permet à la fois un mécanisme de sauvegarde et un mécanisme de subsidiarité (§ 1), il apparaît néanmoins que cette dernière émet une certaine subjectivité qui est alors controversée (§ 2).

§ 1. L'objectivité pragmatique de la Cour

94. La question de la légitimité du juge européen concerne tant sa qualité de juridiction et la crainte d'un gouvernement à Strasbourg que sa qualité internationale qui concentre les préoccupations souverainistes des juristes étatistes préoccupées par la survie de « *l'objet État* ». La Cour peut être considérée comme un sujet d'incompréhension pour ceux qui refusent de penser le pouvoir du juge européen comme un pouvoir de faire ou de défaire le droit sans ménagement pour la hiérarchie des normes. Il est fondamental que le juge européen s'immisce dans les règles encadrant le droit national afin de prévenir les atteintes aux droits

⁵⁸⁹ B. BELDA, *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté, contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne de droits de l'homme*, *op.cit.*

fondamentaux lors de prononcé de peines. C'est indubitablement à la jurisprudence que la Convention se doit d'être ce qu'elle est, au vu d'un droit qualitativement et quantitativement éminemment jurisprudentiel. Comme le rappelle la Cour européenne des droits de l'homme, la « *Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles* »⁵⁹⁰. C'est alors que la Cour procède à une réécriture et à une réinterprétation permanente qui permet à la fois un enrichissement « *quantitatif du catalogue conventionnel* »⁵⁹¹ et un approfondissement substantiel des normes conventionnelles. Le contentieux européen des droits de l'homme s'analyse alors au détour de grands indicateurs, un mécanisme de sauvegarde objectivé (A) et un mécanisme de subsidiarité salvateur (B).

A. Un mécanisme de sauvegarde objectivé

95. La Convention européenne des droits de l'homme n'est pas un simple échange d'engagements interétatiques, car elle crée des obligations objectives à la charge des États. Le respect de ces droits ne s'impose non pas au titre de contrepartie des droits consentis par les autres États parties mais à raison des engagements pris directement à l'égard des individus. La Commission européenne des droits de l'homme a affirmé ce caractère pour la première fois à l'occasion d'une décision rendue le 11 janvier 1961 dans laquelle l'Autriche s'opposait à l'Italie⁵⁹². La Cour est alors analysée comme étant une juridiction réceptive aux arguments étatiques qu'il s'agisse de la recevabilité ou de l'examen au fond tout en conservant la plus grande objectivité. La Cour a en effet toujours affirmé cette analyse en mettant en avant l'objectivisation et la singularité de la Convention⁵⁹³. Le contrôle juridictionnel de la Cour européenne a été rendu obligatoire depuis l'entrée en vigueur en 1998 du Protocole d'amendement n° 11. Elle assume alors depuis une mission de sauvegarde des droits conventionnels, mais également une mission de développement des droits de l'homme. En ce sens, l'alinéa 2 du préambule de la Convention européenne dispose que « *le but du Conseil de*

⁵⁹⁰ CEDH, 25 avr. 1978, *Tyrer c/ Royaume-Uni*, préc.

⁵⁹¹ Y. LECUYER, *Convention et Cour européennes des droits de l'homme*, coll. Gualino, éd. Lextenso 2015-2016, p.13.

⁵⁹² CEDH, 11 janv. 1961, *Autriche c/ Italie*, n° 788/60, Ann. IV, p.139 : « *considérant [...] que les obligations souscrites par les États contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiètements des États contractants plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers* ».

⁵⁹³ CEDH, 18 janv. 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, n° 5310/71, Série A, n° 25. La Cour de Strasbourg a fermement affirmé que « *ses arrêts servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention, et à contribuer de la sorte au respect, par les États, des engagements qu'ils ont assumé en qualité de parties contractantes* ».

l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres, et que l'un des moyens d'atteindre ce but est la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

Par ailleurs, il conviendra de préciser que paradoxalement cela pourrait dénoter une connaissance approximative du système européen de protection des droits de l'homme pouvant entraîner des conséquences néfastes sur le système européen. Aussi, appliquée concrètement aux individus déjà privés de liberté, cette double mission permet d'une part de sanctionner les atteintes injustifiées aux droits fondamentaux des détenus et d'autre part d'enrichir la norme conventionnelle « générale » au profit des détenus. De par cette analyse, cela permet de se prémunir lors du prononcé d'une peine d'une atteinte aux libertés fondamentales. À la lecture de la jurisprudence relative au contentieux de la privation de liberté, il convient de constater que le juge européen a considérablement élargi la portée et de surcroît enrichi le contenu de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que ses protocoles additionnels et ce spécifiquement au profit des individus privés de la liberté d'aller et venir⁵⁹⁴. De par sa légitimité, le juge européen octroie de manière significative une protection spécifique aux individus privés de liberté. Cette protection est alors adaptée à leur condition factuelle et juridique. La norme conventionnelle générale disposée à travers la condition particulière dans laquelle sont placées les personnes privées de liberté est particulièrement visible à travers l'interprétation prétorienne de l'article 3 de la Convention européenne relatif à l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains. En ce sens, il a pu être précisé que « *alors que l'article 3 s'adresse à tout homme, perçu dans son unité et sa globalité (...), et emprunte une démarche globale fondée sur le postulat de l'identité universelle de la personne humaine, la jurisprudence européenne a favorisé l'émergence d'une protection catégorielle, qui, procédant d'une démarche analytique, induit un morcellement de l'homme et la prise en compte de catégories particulières d'individus. Fondée sur le mécanisme de la protection par ricochet, la protection catégorielle, par glissement progressif devient une protection spécifique* »⁵⁹⁵. Ainsi, le juge de Strasbourg n'hésite pas à créer de nouveaux droits au bénéfice exclusif d'une catégorie particulière

⁵⁹⁴ A. GOUTTENOIRE, « Les droits de l'homme en prison », RPDP 2005, pp. 107-116. L'auteur a relevé en ce sens que « *non seulement les détenus sont bénéficiaires des garanties de la convention européenne comme tout autre individu, mais ils sont en outre appelés à être des destinataires privilégiés de ces droits du fait de la vulnérabilité qu'implique leur incarcération* ».

⁵⁹⁵ F. SUDRE, « L'économie générale de l'article 3 CEDH », in *La portée de l'article 3 de la Convention EDH*, C.-A. CHASSIN (ss la dir.), coll. Rencontres européennes, Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 7-19, spéc. pp. 16-17.

d'individus, les détenus. Il convient alors d'affirmer que l'universalité des droits de l'homme coexiste avec une approche catégorielle qui est commandée par la vulnérabilité du détenu.

96. Le détenu bien que vulnérable est assujéti à des contraintes en raison de l'infraction à la législation nationale effectivement commise. Il revient au juge européen d'élaborer une norme européenne de protection des droits des détenus qui doit certes être empreinte d'humanisme, mais également proche des réalités et des exigences liées au contexte spécifique de la privation de liberté. Il apparaît alors important de prendre en compte les nécessités liées à l'ordre public et social dans la mesure où le détenu ne peut être totalement assimilé à un citoyen libre respectueux de la législation et des codes sociaux et de prendre en compte également les nécessités liées à l'ordre interne pénitentiaire, notamment les exigences sécuritaires et disciplinaires. Aussi les restrictions à l'exercice des droits fondamentaux du détenu seront donc justifiées. « *Le détenu, à la suite d'une condamnation, conserve les prérogatives qui lui appartiennent en tant qu'Homme. Celles-ci doivent donc être affirmées et leur exercice aménagé en fonction des exigences de la détention* »⁵⁹⁶. Ce caractère objectif de la Cour européenne des droits de l'homme a pour conséquence première que la Cour désactive le principe de réciprocité des engagements internationaux. De ce fait l'application de la Convention européenne des droits de l'homme ne saurait dépendre du comportement des autres hautes parties contractantes à son égard⁵⁹⁷. La seconde conséquence repose sur le fait que la Cour est compétente pour contrôler la conventionnalité des réserves étatiques ou des déclarations interprétatives faites par un État⁵⁹⁸. La Cour doit vérifier que la réserve ne va pas au-delà des dispositions explicitement écartées par la loi⁵⁹⁹ et qu'il ne s'agit pas d'une réserve de caractère général. Par la notion de caractère général, il convient de comprendre qu'il pourrait s'agir d'une réserve « *rédigée en des termes trop vagues ou amples pour que l'on puisse en apprécier le sens et le champ d'application exacts* ».

Le mécanisme conventionnel de sauvegarde des droits acquiert toute objectivité par l'affirmation d'un ordre public européen. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a utilisé dans un arrêt rendu le 11 janvier 1961 la notion « *d'ordre public communautaire des*

⁵⁹⁶ G. ROUJOU DE BOUBÉE, « La protection des droits de l'homme en droit pénal français », RIDP 1976, pp. 93-109, spéc. p. 108.

⁵⁹⁷ CEDH, 18 janv. 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, préc.

⁵⁹⁸ CEDH, 29 avr. 1988, *Belilos c/ Suisse*, n° 10328/83, Série A, n° 132, § 60 ; RGDIP 1989, p. 273, note G. COHEN-JONATHAN.

⁵⁹⁹ CEDH, 22 mai 1990, *Weber c/ Suisse*, préc.

libres démocraties d'Europe »⁶⁰⁰. Cette notion d'ordre public européen a été consacrée à travers l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 23 mars 1995⁶⁰¹. Cet arrêt érige la convention en « *instrument constitutionnel de l'ordre public européen* ». La difficulté présentée se retrouve au sein de la confrontation de deux notions différentes, d'une part la conventionnalité et d'autre part la constitutionnalité. En effet, comment laisser penser que le système conventionnel pouvait être également constitutionnel ? La Cour européenne des droits de l'homme a alors utilisé une seule fois cette qualification dans un arrêt rendu le 12 décembre 2001⁶⁰² puis elle a laissé tomber en désuétude. Pourtant cette qualification démontrait la valeur constitutionnelle de la justice conventionnelle dans le sens où lorsqu'un recours est dirigé contre un État, il s'agit « *d'une forme d'action publique européenne* ». Cet ordre permet à la fois par conséquent de renforcer l'efficacité et l'effectivité du système conventionnel grâce à la nature même de la Convention européenne des droits de l'homme et permet de neutraliser les normes externes et les accords internationaux conclus par les hautes parties contractantes avec des États tiers dans l'espace qu'il conditionne. L'ordre public européen est ainsi l'ordre d'une Europe institutionnelle qui est vouée intégralement à la protection des valeurs et des libertés fondamentales. La définition de son contenu s'est alors faite à travers des notions de prééminence du droit et de société démocratique⁶⁰³ dans lequel le juge occupe une place centrale. La légitimité du juge européen se traduit également à travers le principe de subsidiarité.

B. Un mécanisme de subsidiarité salvateur

97. Il est important de rappeler que le système de protection mis en place par la Convention repose entièrement sur le principe de subsidiarité. Comme indiqué dans les développements précédents, c'est à l'État qu'incombe de garantir le respect de la Convention. Le juge européen n'intervient que dans l'hypothèse où l'État a manqué à cette obligation inscrite à l'article 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme qui dispose que « *les*

⁶⁰⁰ CEDH, 11 janv. 1961, *Autriche c/ Italie*, préc.

⁶⁰¹ CEDH, 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie*, n° 15318/89, Série A, n° 310, RUDH 1996, p. 6, obs. F. SUDRE ; RGDIP 1998, p. 123, obs. G. COHEN-JONATHAN ; RTDH 1998, p. 102, obs. J.P. COT.

⁶⁰² CEDH, Gde Ch., 12 déc. 2001, *Bankovic et autres c/ Belgique et 16 autres États*, n° 52207/99, RTDH 2002, p. 1057, obs. G. COHEN-JONATHAN.

⁶⁰³ En ce sens voir : CEDH, 7 déc. 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, n° 5095/71, 5920/72, 5926/72, Série A, n° 23 ; AFDI 1977, p. 489, chron. R. PELLOUX ; CDE 1978, p. 359, chron. G. COHEN-JONATHAN ; JDI 1978, p. 702, chron. P. ROLLAND. CEDH, 13 août 1981, *Young, James et Webster c/ Royaume-Uni*, n° 7601/76, 7806/77, CDE 1982, p. 226 ; chron. G. COHEN-JONATHAN ; JDI 1982, p. 220, obs. P. ROLLAND.

Hautes parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ». La Cour européenne juge ainsi que la mise en œuvre et la sanction des droits et libertés garantis par la Convention revient au premier chef aux autorités nationales. Ce qui signifie que le mécanisme de plainte par devant elle revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de sauvegarde des droits de l'homme⁶⁰⁴. Le principe de subsidiarité est inscrit aussi dans le protocole n° 15 qui a modifié le préambule de la Convention afin de le faire apparaître textuellement. Ce principe est ainsi issu d'une jurisprudence européenne dans laquelle il a été reconnu⁶⁰⁵. La Cour européenne des droits de l'homme a en effet déduit la subsidiarité de la lecture de l'article 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme avec celle de l'article 19 qui limite la compétence de la Cour au contrôle du respect, par les États contractants, de leurs engagements. Par conséquent, la Convention n'institue aucun pouvoir décisionnel supranational ni pouvoir d'intervention dans les ordres juridiques des États. À cet égard, ce principe peut se justifier par le fait que la Convention n'est pas exhaustive en laissant par conséquent nécessairement un espace d'adaptation aux États. De plus, les autorités nationales qui sont en contact direct avec les autorités judiciaires peuvent évaluer au mieux la multitude de facteurs entourant une affaire les concernant. À cet égard, le but de la Convention n'est pas en principe l'uniformisation du droit des États membres, mais elle essaye de tendre vers cela. Par conséquent, la notion de souveraineté étatique permet de justifier le principe de subsidiarité en droit international du fait que les États demeurent les acteurs principaux du système de protection conventionnel des droits de l'homme.

Ce principe de subsidiarité se caractérise également par un phénomène de « *ventilation* » des compétences du fédéralisme⁶⁰⁶ qui est appelé une subsidiarité-concurrence. Ce principe n'a pas la même connotation dans le système dit conventionnel. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il s'agit d'un principe de subsidiarité-complémentarité qui tend à devenir une subsidiarité-responsabilité. Cela se justifie dans le sens où le pouvoir d'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme est limité aux seuls cas où les institutions nationales s'avèrent incapables de protéger de manière effective les droits garantis par la Convention. La Cour européenne des droits de l'homme s'appuie également sur l'obligation pesant sur les États d'en assurer le respect. Ce principe de subsidiarité se traduit alors de deux manières. Il va constituer la cause première de

⁶⁰⁴ CEDH, 29 mars 2006, *Scordino c/ Italie* n°1, n° 36813/97.

⁶⁰⁵ CEDH, 23 juill. 1968, *Belgique / Belgique*, n° 474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64.

⁶⁰⁶ Y. LECUYER, *Convention et Cour européennes des droits de l'homme*, *op.cit.*, p. 20.

la condition d'épuisement de recours interne qui permet alors de manière précise pour les États de redresser les violations éventuelles sans que l'affaire soit portée à Strasbourg. Ce principe encadre ensuite l'ensemble du contentieux à travers la marge d'appréciation concédée par la Cour aux États. Cette marge dont l'intégration au préambule de la Convention est prévue également par le protocole n° 15. Ce principe de subsidiarité est un facteur d'efficacité et de pérennité du système, mais parfois le contrôle de la conventionnalité des conditions de détention peut démontrer une atteinte au dit principe.

98. Il conviendra de constater une atteinte manifeste au principe de subsidiarité. En effet, le juge européen a affirmé que « *le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt[ait] un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garanties des droits de l'homme (...). Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leurs pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la nécessité d'une restriction ou sanction destinée à y répondre* »⁶⁰⁷. Selon l'étude de cette décision, deux types de subsidiarité prévalent. D'une part, une subsidiarité substantielle⁶⁰⁸ dans le sens où la convention ne constitue qu'un « *standard minimum* » de protection des droits de l'homme, les États disposent d'une compétence prioritaire en la matière et s'ils le souhaitent, peuvent accorder une protection plus large que celle de la Convention. D'autre part, une « *subsidiarité judiciaire ou juridictionnelle* » en vertu de laquelle le juge national est « *de droit commun* » de la Convention. Par conséquent, la « *marge nationale d'appréciation* » que le juge européen met à la disposition des autorités nationales sera l'instrument d'application privilégié du principe de subsidiarité⁶⁰⁹. La pratique selon laquelle le juge européen contrôle l'opportunité du maintien en détention porte atteinte au principe de

⁶⁰⁷ En ce sens, par exemple, CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, n° 5493/72, Série A. 24, § 48, CDE 1978, p. 350, chron. G. COHEN-JONATHAN ; JDI 1978, p. 706, GACEDH, n° 7, chron. P. ROLLAND.

⁶⁰⁸ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour des Communautés européennes et la CEDH », RAE 1998, pp. 28-47, spéc. p. 29.

⁶⁰⁹ A.-D. OLINGA et C. PICHERAL, « La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la CEDH », RTDH 1995, pp. 567-604 ; P. LAMBERT, « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in *L'interprétation de la CEDH*, F. SUDRE (ss la dir.), Bruxelles, Bruylant, coll. Droit et Justice, 1998, pp. 63-89 ; M. DE SALVIA, « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) émarger à la marge d'appréciation ? », in *Mélanges à la mémoire de R. RYSSDAL - Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, éd. Carl Heymanns, 2000, pp. 373-385 ; J. CALLEWAERT, « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », in *Mélanges à la mémoire de R. RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, op. cit.*, pp. 147-166 ; F. TULKENS et L. DONNAY, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *loc. cit.*

subsidiarité. Comment un détenu dont les agissements auront pour conséquence le prononcé d'une peine à la réclusion criminelle à perpétuité peut-il se prévaloir d'une atteinte au principe de subsidiarité ? La réponse qui sera apportée prend pour postulat que c'est en effet aux autorités nationales auxquelles il revient d'apprécier l'opportunité du maintien en détention d'un détenu. Ce détenu a en effet fait l'objet d'une peine d'emprisonnement pour violation de la législation nationale au terme d'un procès pénal. Les autorités nationales sont par conséquent mieux placées pour apprécier cette question que le juge de Strasbourg. Dans une affaire opposant Farbthuis à la Lettonie,⁶¹⁰ il est déploré que « *la majorité ait insisté non pas sur les conditions, mais plutôt sur le maintien du requérant en prison* ». Il est souligné que s'il est d'accord avec le principe d'une interprétation dynamique dans le but d'étendre l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, « *ce principe doit être concilié avec celui de subsidiarité d'appréciation* ». Le juge dans cette affaire a estimé qu'apprécier l'opportunité du maintien en détention est une question qui relève « *de la politique pénale et pénitentiaire de chaque État, fondée sur des considérations d'ordre sociologique dépassant largement les limites circonscrites de la Convention* ». Il s'agira alors pour les États de mettre en avant et de s'interroger sur les motifs commandant l'emprisonnement d'un individu.

Lorsqu'il s'agit de détention puis d'emprisonnement dont les motifs revêtent une certaine gravité, comme l'hypothèse selon laquelle un individu commet un crime contre l'humanité, il appartient aux États de mettre en balance les motifs commandant la réclusion criminelle à perpétuité, comme dans les affaires *Priebke*⁶¹¹, *Sawoniuk*⁶¹² et *Papon*⁶¹³. En l'espèce, il s'agit en effet d'un contentieux touchant les personnes malades ou âgées, mais cela s'inscrit néanmoins dans le courant des décisions prises par la Cour européenne des droits de l'homme. En partant du postulat selon lequel la Cour européenne doit « *veiller à la permanence et à l'existence de [son] ordre juridique à travers le principe (...) de la supériorité de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* », il n'est pas étonnant de concevoir que le juge européen puisse encadrer le rôle du juge national (encadrement de la « *subsidiarité juridictionnelle* ») ainsi que les compétences étatiques (encadrement de la « *subsidiarité substantielle* »)⁶¹⁴. Comme il a été

⁶¹⁰ CEDH, 2 déc. 2004, *Farbthuis c/ Lettonie*, n° 4672/02.

⁶¹¹ CEDH, 5 avr. 2001, *Priebke c/ Italie*, n° 48799/99.

⁶¹² CEDH, 29 mai 2001, *Sawoniuk c/ Royaume-Uni*, préc.

⁶¹³ CEDH, 7 juin 2001, *Papon c/ France*, n° 54210/00, Rec. 2001-VI ; D. 2001, p. 2335 s., note J.-P. CÉRÉ ; D. 2002, p. 683 s., obs. J.-F. RENUCCI ; D. 2002, p. 2893 s., note M. HERZOG-EVANS.

⁶¹⁴ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour des Communautés européennes et la CEDH », *loc. cit.*, spéc. p. 36.

exposé précédemment, compte tenu de l'existence « *d'un ordre public européen* »⁶¹⁵, il convient de constater que le principe de subsidiarité se concilie avec les principes d'harmonisation et de coopération. Cependant, contrairement aux jurisprudences existantes, il est loisible de constater que la démarche dynamique du juge européen est critiquable à partir du moment où ce dernier ne se contente plus de sanctionner le manquement des autorités étatiques à leur devoir de protection des droits fondamentaux, mais au contraire, « *outrepasse le standard minimum de protection* »⁶¹⁶. Le principe de subsidiarité est par conséquent parfois négligé par le juge européen⁶¹⁷. Aussi la Cour doit supporter des critiques quant à son volontarisme.

§ 2. La subjectivité controversée de la Cour

99. Le volontarisme de la Cour européenne des droits de l'homme, son subjectivisme et certains de ses raisonnements « *acrobatiques* » aboutissent à une amplification continue de la portée de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce qui tend à présenter le juge de Strasbourg comme le défenseur exclusif des détenus. Ainsi apparaissent une immixtion croissante (A) et une autonomie sémantique (B).

⁶¹⁵ En ce sens, voir CEDH, 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie*, préc., § 75.

⁶¹⁶ B. BELDA, *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté, contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne de droits de l'homme*, op. cit., pp. 155.

⁶¹⁷ Dans son arrêt de Gde Ch. *Broniowski c/ Pologne* du 22 juin 2004, n° 31443/96, Rec. 2004-V ; RTDH 2005, p. 203, obs. E. LAMBERT-ABDELGAWAD ; JDI 2005, p. 544, obs. P. TAVERNIER ; RDP 2005, p. 758 et p. 809, obs. F. SUDRE et H. SURREL.(GACEDH n° 72, note E. LAMBERT-ABDELGAWAD ; du même auteur « La Cour européenne au secours du Comité des Ministres pour une meilleur exécution des arrêts pilote », *loc.cit.*), la CEDH s'autorise à préciser « *quelles conséquences peuvent être tirées de l'article 46 de la Convention pour l'État défendeur* » alors même que l'article 46 § 1 de la Convention dispose uniquement que « *les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties* », laissant ainsi aux États le choix des moyens à mettre en œuvre pour se conformer aux arrêts. Une telle démarche dynamique conduit la Cour européenne à ériger son arrêt en un « *arrêt pilote* », puisqu'elle énonce les mesures générales appropriées pour mettre fin à une violation du type structurel constatée dans la législation nationale. La CEDH a récemment appliqué cette démarche au contexte carcéral dans ses arrêts du 22 octobre 2009, *Norbert Sikorski c/ Pologne*, n° 17599/05 et *Orchowski c/ Pologne*, n°17885/04.

A. Une immixtion croissante

100. « *L'opinion se dit parfois que la Cour a plus de tendresse pour les canailles que pour les honnêtes gens, alors qu'il ne s'agit que de protéger les libertés fondamentales* »⁶¹⁸. En effet, conformément à l'article 32 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, la compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles. De par son institution pour porter les valeurs et les principes du Conseil de l'Europe, la Cour a vu son rôle évoluer considérablement depuis sa première session en 1959. En tant que texte élaboré dans le cadre du conseil de l'Europe, la Convention entend en réaliser les objectifs notamment tels qu'énoncés à l'article 1^{er} du statut de ce dernier : « *Le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux qui sont leur patrimoine commun et de favoriser leur progrès économique et social* ». Le préambule de la Convention revient sur ce but qu'elle réaffirme et précise : « *Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres, et que l'un des moyens d'atteindre ce but est la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». Ainsi, la légitimité de cette entreprise repose d'une part sur le profond attachement des États à ces « *libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique* » et d'autre part « *sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme dont ils se réclament* ».

101. De nombreuses ingérences sont prévues par la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui peut amplifier effectivement sa portée. Ladite Convention ménage plusieurs possibilités pour les États de déroger aux droits en période « *normale* ». L'article 16 de la Convention européenne des droits de l'homme permet d'imposer aux étrangers des restrictions à leur activité politique par exemple⁶¹⁹. Ce qui permet d'affirmer qu'il n'y a pas de liberté pour les ennemis de la liberté. Il est *a fortiori* interdit d'interpréter la Convention comme impliquant le droit pour un État, un groupement ou un individu, de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés que la Cour

⁶¹⁸ Dans un entretien accordé au journal *Le Monde* en novembre 2011, l'ancien président de la Cour, Jean-Paul COSTA.

⁶¹⁹ CEDH, 12 oct. 1989 *H., W., P. et K. c/ Autriche*, DR 62/216. (Cette disposition avait été utilisée pour restreindre la liberté d'expression en matière de promotion du national-socialisme).

reconnaît. La Convention comprend un certain nombre de clauses dites « *d'ordre public* » ou « *de convenance* » qui sont au cœur du contrôle opéré par le juge européen. Au regard de la rédaction des articles, ces clauses se présentent souvent sous la forme d'un paragraphe second faisant suite à la reconnaissance des droits dont elles concèdent la limitation. La conventionnalité des ingérences est alors conditionnée par trois éléments qui seront rappelés. Elle doit être prévue par la loi⁶²⁰. Elle doit poursuivre un but légitime qui doit être énuméré dans lesdites clauses⁶²¹. De manière générale, les restrictions ne doivent pas excéder les buts pour lesquels elles sont prévues. Ces buts varient selon les spécificités des droits auxquels ils se rapportent même s'il existe un socle commun composé de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de la défense de l'ordre et de la prévention du crime, de la protection des droits et des libertés d'autrui. Enfin, elle doit être nécessaire dans une société démocratique. Il s'agit alors de cette partie du contrôle qui se traduit par un contrôle de proportionnalité associé à la prise en compte d'une marge d'appréciation concédée aux États. La marge d'appréciation souvent joue un rôle décisif dans le contrôle de la Cour. Elle cristallise alors pour cette raison l'opposition entre les partisans du *judicial activism* et du *self restraint*⁶²² à Strasbourg. Même si l'inconvénient majeur, comme précédemment étudié, réside dans l'éclatement des standards et la création d'un ordre public européen à plusieurs vitesses, cet outil de diplomatie juridictionnelle permet l'adaptation du contentieux européen des droits de l'homme. Il faut également rappeler que depuis la Déclaration d'Interlaken du 19 février 2010, les États membres du conseil de l'Europe ont été appelés « *à considérer les conséquences qui s'imposent suite à un arrêt concluant à la violation d'un autre État lorsque leur ordre juridique soulève le même problème de principe* ». Il faut donc examiner avec la plus grande rigueur les arrêts qui constatent une violation des droits de l'homme par un État voisin.

Par ailleurs, les États ont la faculté de déroger aux droits énoncés dans la Convention en cas de guerre ou d'autres dangers publics menaçant la vie de la Nation⁶²³. Les mesures prises ne peuvent être que temporaires et les États doivent en informer de façon motivée le secrétaire général du Conseil de l'Europe. Ce qui permet aux États d'affronter des situations de

⁶²⁰ CEDH, 28 nov. 2002, *Lavents c/ Lettonie*, n° 58442/00. La Cour retient ici une acception extensive et matérielle de la loi plutôt favorable aux États défendeurs.

⁶²¹ CEDH, 21 fév. 1975, *Golder c/ Royaume-Uni, préc.* Toutefois en l'absence de limitation explicite, la Cour les découvre au titre de la théorie des limitations implicites.

⁶²² Une éternelle question de politique judiciaire repose sur le fait de savoir s'il faut que le juge adopte une attitude hardie et novatrice, « *judicial activism* », ou une attitude prudente et conservatrice, « *self restraint* ». Cette question peut être posée en termes généraux ou en relation avec une espèce. Il paraît évident que le juge doit pouvoir manier les deux armes selon les cas, les questions juridiques et les époques.

⁶²³ Article 15 § 1^{er} de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affectent l'ensemble de la population et constituent une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État⁶²⁴ comme pour les mesures de restrictions, les dérogations sont soumises à l'article 18 de la Convention. L'amplification de la portée de la Convention se traduit également par le fait que la Cour contrôle la stricte nécessité des mesures dérogatoires dans le temps⁶²⁵, leur compatibilité avec les autres obligations découlant du droit international ainsi que l'absence d'atteinte aux droits dits « *intangibles* ».

B. Une autonomie sémantique

102. L'amplification du contrôle se traduit par une stratégie d'approfondissement qui se caractérise par l'autonomie des notions. Le juge européen ne s'estime pas lié par les qualifications propres aux droits des États membres. Ces qualifications servent d'indicateur, comme c'est le cas pour la notion d'accusation en droit des peines de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme⁶²⁶. À l'acceptation des notions en droit interne, la Cour va préférer un sens européen qui présente deux avantages. Le premier permet de surmonter les exceptions préliminaires tirées de la qualification en droit interne. Le second est à la fois un levier d'interprétation uniforme du droit de la Convention et d'harmonisation des droits nationaux⁶²⁷. Par ailleurs, il conviendra de rappeler que les arrêts ont une portée conforme au principe de *restitutio in integrum*. Ce qui signifie que les États condamnés doivent mettre un terme à la violation et effacer ses conséquences de manière à rétablir la situation antérieure⁶²⁸. Aussi c'est uniquement à titre subsidiaire, lorsque la remise en l'état initial n'est pas possible que la personne peut se voir octroyer une satisfaction équitable, c'est-à-dire une réparation par équivalence. La Cour s'ingère ainsi dans le prononcé de la peine afin de contrôler que cette dernière a été prononcée efficacement. Ce sera alors le Comité des ministres qui après transmission de l'arrêt définitif sera chargé d'en surveiller la bonne ou la mauvaise exécution comme cela est prévu au sein de l'article 46 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁶²⁴ CEDH, 1er juill. 1961, *Lawless c/ Ireland* n° 332/57.

⁶²⁵ CEDH, 9 juin 1958, *De Becker c/ Belgique*, n° 214/56, AFDI 1962, Vol. 8, n° 1, pp. 330-346, obs. R. PELLOUX.

⁶²⁶ CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c/ Pays-Bas*, préc.

⁶²⁷ Pour exemple en matière d'arrestation : CEDH 21 févr. 1990, *Van der Leer c/ Pays-Bas*, préc.

⁶²⁸ CEDH, 31 oct. 1995, *Papamichalopoulos et autres c/ Grèce*, n° 14556/89, Série A, n° 330-B ; AFDI 1995, p. 503, chron. V. COUSSIRAT-COUSTERE ; RTDH 1997, p. 477, note M.-A. BEENAERT.

103. Les arrêts de la Cour de Strasbourg ne sont pas uniquement revêtus de l'autorité relative de la chose jugée. Les autorités normatives françaises tiennent compte de l'autorité interprétative des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme à l'encontre d'autres États que la France. À cet égard, même si les États sont liés par le texte de la Convention, ils ne le sont pas par la jurisprudence strasbourgeoise. La Cour est autonome dans la mesure où les décisions rendues sont motivées en fait, ce qui permet de faciliter les revirements éventuels de jurisprudence. En ce sens, cette approche afin d'être conforme aux exigences européennes doit démontrer le respect du principe de sécurité juridique. Dans le même sens, il est alors nécessaire que le juge européen ne remette pas en cause les grands principes européens dans la mesure où ce dernier n'est pas lié par des décisions rendues antérieurement. La critique pouvant être portée relève du fait qu'il peut parfois être porté atteinte au principe de prévisibilité et de sécurité juridique *a fortiori*.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

104. « Rien ne prouve le malheur de la réalité comme le besoin des illusions »⁶²⁹. Pour répondre aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme, il faut nécessairement respecter les droits fondamentaux. Aussi l'exercice effectif des droits pour les personnes détenues contribue à une réinsertion sociale réussie. Le partenariat, l'individualisation renforcée et la justice restaurative guident activement le délinquant sur le chemin de la désistance. Canaliser la portée vengeresse des instruments implique de placer sur un pied d'égalité l'impératif de punition et de réinsertion. Les fondements incertains et aléatoires des instruments limitent la portée des principes directeurs du droit pénal. L'incorrigibilité et la dangerosité sont-elles des présomptions irréfragables ? Le condamné peut-il opposer à l'administration pénitentiaire un droit-créance à la réinsertion ? Au regard de la gravité des infractions commises, les délinquants sont condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité.

105. Le détenu, personne humaine et citoyen, est également un justiciable. Il doit en vertu de cette qualité disposer du droit d'accès au juge, mais également de manière corrélative disposer de l'ensemble des garanties procédurales indispensables à l'exercice effectif de ce droit. La personne condamnée à perpétuité doit pouvoir garder l'espoir d'une libération. À cet égard, les autorités indépendantes, la Commission nationale consultative des droits de l'homme, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, le Défenseur des droits jouent un rôle déterminant dans le renforcement de l'accès aux droits des détenus et l'effectivité du respect de leurs droits et libertés dans le cadre particulièrement sensible de la prison. Le rôle des autorités juridictionnelles est de favoriser ainsi la réinsertion des personnes libérées dès que la période de sûreté incompressible sera arrivée à son terme. Le juge européen s'est donc attaché dans sa jurisprudence à élargir le champ d'application des dispositions procédurales conventionnelles. Le juge européen a alors par le biais d'une démarche interprétative dynamique fait pénétrer en prison les garanties prévues par la Convention européenne des droits de l'homme en étendant le rayonnement des droits procéduraux conventionnels à des domaines parfois exclus par le droit national. Afin de réaliser et de conclure à l'effectivité ou

⁶²⁹ P. THIEBAULT, « Recueil de pensées », 1805.

l'ineffectivité des exigences prévues par la Cour européenne des droits de l'homme, il conviendra alors de se pencher sur la seconde partie concernant la peine perpétuelle exécutée.

PARTIE 2

LA PEINE PERPÉTUELLE EXECUTÉE

« Il serait aisé de prouver que, dans tous ou presque tous les États d'Europe, les peines ont diminué ou augmenté à mesure qu'on s'est plus approché ou plus éloigné de la liberté ».

MONTESQUIEU⁶³⁰.

106. En matière d'exécution des peines⁶³¹, l'effectivité est au cœur des politiques pénales menées depuis plusieurs années, les politiques volontaristes menées pour le développement des aménagements de peine⁶³² témoignent de cet engagement. La notion d'effectivité de la peine perpétuelle entretient un sentiment d'incertitude dans la mesure où une norme est dite effective quand elle est observée et appliquée par ses destinataires. L'effectivité mesure alors l'écart entre le droit et ses effets. Au travers de l'analyse de l'exécution de la peine, il ne s'agit pas de savoir si la peine a été mise à exécution, mais de quelle manière elle a été exécutée⁶³³. Ces modalités d'exécution soulèvent deux interrogations majeures, relatives d'une part, à la durée de la détention effectuée au regard de la peine prononcée et à son éventuel aménagement et d'autre part, au respect des droits fondamentaux. S'il existe des procédures de transfert de l'exécution des peines privatives ou restrictives de liberté, c'est parce que, dans un certain nombre de cas, la peine prononcée est affectée d'un élément d'extranéité, soit que le condamné l'ait été dans un État où il n'a guère d'attaches, soit qu'il se soit soustrait à l'exécution de la peine en se réfugiant dans un autre État⁶³⁴.

⁶³⁰ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre VI, chap. 9, 1^{ère} éd., 1748, Paris, Gallimard, coll. « Folio », 1995, p. 211.

⁶³¹ P. PONCELA, « Chronique de l'exécution des peines », RSC 2007, p. 350.

⁶³² P. PONCELA, « Finir sa peine : libre ou suivi ? », RSC 2007, p. 883.

⁶³³ J.-P. CÉRÉ, *Panorama européen de la détention*, L'Harmattan, 2002.

⁶³⁴ M.-A. BEERNAERT et S. NEVEU, « Fondements et objectifs de l'exécution de la peine en droit européen et international », in *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, D. BERNARD, Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN, D. SCALIA et M. VNA DE KERCHOVE (ss la dir.), Limal, Anthemis, 2013, p. 618.

À l'aune des droits fondamentaux et spécialement des dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les règles relatives à la définition des peines, à leur application ou, dans une certaine mesure, celles relatives aux aménagements de peines⁶³⁵, relèvent de la matière pénale et partant obéissent au principe de la légalité tel qu'il résulte de l'article 7 de la Convention alors que les questions relatives à la vie carcérale ne se posent pas en ces termes et sont toujours envisagées soit au regard du droit de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants au titre de l'article 3 de la Convention, soit au regard du droit au respect de la vie privée au titre de l'article 8 de la Convention. En ce sens, l'infirmité spéciale d'une perpétuité réelle (Titre 1) est à mettre en corrélation avec l'affirmation générale du respect des droits substantiels (Titre 2).

⁶³⁵ J.-P. CÉRÉ, « Aménagement de peine et obligation de protection du droit à la vie de la part des États », *AJ pénal* 2012, p. 17
4.

TITRE 1

L'INFIRMATION SPÉCIALE D'UNE PERPÉTUITÉ RÉELLE

*« La véritable paix n'est pas tellement
l'absence de tension,
mais la présence de justice ».*

Martin LUTHER KING⁶³⁶.

107. Le droit pénal veille en priorité à mettre en œuvre cette préoccupation. Assurer la sécurité en société ne doit pourtant pas nuire aux libertés fondamentales du détenu et partant, à sa libération. Si des philosophies de la peine s'opposent sur la question, il est néanmoins indispensable de rendre objectives la mesure du *quantum* de la peine et la nécessité du maintien en détention de l'individu. Un équilibre doit être alors pondéré, au carrefour de la prudence dans la démarche du juge et de la considération de l'hypothèse d'une libération du réclusionnaire à perpétuité souhaitant mener une vie respectant les valeurs sociales intégrées au cours de l'exécution de la peine. Ainsi, un problème de mesure nouvelle de la durée de la peine au cours de l'exécution de cette dernière se pose, cette durée doit être redéfinie au regard du vécu de celle-ci par le détenu et en application des perspectives que laisse entrevoir la Cour européenne. De plus, si cette durée doit être établie, elle n'en demeure pas moins sujette à un ajustement au cours de l'exécution de la peine. Dans l'optique d'une commutation de la peine, les tenants d'un prononcé de la peine à perpétuité voient un écho se former au cours de son exécution, les motifs de l'ajustement de cette peine sont analysés.

La dangerosité du détenu en est le critère principal. La source de la dangerosité du réclusionnaire, à savoir dans les faits l'incriminant, est alors analysée et la notion de lien continu entre ladite source et l'instant depuis lequel celle-ci est analysée doit être observée. Ce fil d'Ariane d'une volonté criminelle est alors l'épicentre de l'analyse, encourageant des politiques d'accompagnement du détenu au cours de la purge de sa peine. L'efficacité de la peine apparaît alors comme l'objectif mis en œuvre au cours de l'exécution de celle-ci. La réalité d'une peine perpétuelle est alors appréhendée dans le droit français sous le prisme des

⁶³⁶ M. LUTHER KING, 1929-1968.

exigences européennes. Bien que l'effectivité de la peine perpétuelle soit avérée par la jurisprudence existante, il convient également d'observer les législations étrangères afin d'établir un panorama de la présence de la peine perpétuelle dans les milieux pénitentiaires, mais surtout de son existence concrète à travers le maintien hypothétique d'une telle peine par les juridictions d'application des peines. L'infirmité spéciale d'une perpétuité réelle se traduit nécessairement par des exigences inflexibles de compressibilité de la peine perpétuelle (Chapitre 1) et par des progrès au regard de la coopération internationale (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

UNE COMPRESSIBILITÉ DE LA PEINE PERPÉTUELLE EXIGÉE

108. L'exécution d'une perpétuité réelle existe-t-elle vraiment ? Si oui, pourquoi ? Si non, comment ? Alors que factuellement, la perpétuité réelle n'existe pas telle que la sémantique la laisse imaginer, son régime juridique se voit encadré par la Cour européenne à de nombreux égards. Compte tenu de la nature des actes entraînant le prononcé d'une telle sanction, il convient tout d'abord d'observer le mécanisme juridique œuvrant au verrouillage d'une durée d'exécution minimale de la peine d'emprisonnement puis d'examiner des curseurs déterminants, appuyés des garanties secrétées par la jurisprudence de la Cour européenne. De plus, l'évolution de la personne détenue est prise en compte tout au long de l'exécution de la peine. Le suivi du profil du détenu tend à modeler, aménager, allonger ou raccourcir la peine en cours d'exécution. Si la resocialisation du détenu est alors l'objectif majeur de la détention, et peut être considérée comme l'exigence en la matière la mieux rappelée par la Cour européenne, les autres impératifs du droit pénal, notamment le maintien de la sécurité au sein de la société, ne sont pas laissés pour compte. Pour autant, il semble mal aisé d'ériger au même rang d'exigences européennes des enjeux antagonistes. Une hiérarchisation desdits intérêts, parfois palpable, au travers de la jurisprudence de la Cour européenne, permettrait alors de faciliter les choix à opérer en cas de conflits d'enjeux. La jurisprudence de la Cour européenne laisse alors s'exprimer une fluctuation entre exigences et souhaits en faveur du détenu, et compromis en faveur d'une société défiante à l'égard d'un droit pénal adouci. Il peut alors être défini en creux dans la jurisprudence de la Cour européenne un droit à la sécurité, non officiellement reconnu, et non opposable, puisque l'analyse se porte sur le détenu et non la victime. Il ne s'agirait pas alors d'un droit au juge, mais de la sublimation d'un droit à la justice, au-delà, d'un droit à la justesse. C'est en ce sens qu'une recherche d'équilibre va être démontrée dans le présent chapitre. Si une durée d'emprisonnement minimale n'est pas remise en cause par la jurisprudence européenne (Section 1), une neutralisation du comportement criminel est vivement encouragée au cours de la détention (Section 2).

Section 1

Une durée d'emprisonnement minimale

109. Face à l'infraction qui a entraîné la condamnation, des garanties doivent être prises. Celles-ci sont de deux ordres. D'abord, la peine d'emprisonnement doit punir l'individu pour sa méconnaissance brutale et l'irrespect des valeurs de la société. Ensuite, il doit être assuré que l'individu sera placé à l'écart de la société, cela dans un but de rééducation de son comportement, mais également pour assurer la sécurité publique. Le maillage créé autour de l'ingénierie des périodes de sûreté mérite d'être observé sous le prisme de la jurisprudence européenne. L'acceptation d'une période de sûreté équivalente à la durée de la peine principale n'est en soi pas remise en cause (§1), de manière à ce que les hypothèses d'élargissement anticipées de la peine ne soient pas imposées en la matière (§2).

§ 1. L'acceptation de l'encadrement d'une période de sûreté

110. L'acceptation de l'encadrement d'une période de sûreté traduit la manière dont est vécue la période de sûreté, notamment les demandes de réexamen dans l'espoir d'un relèvement. Cet encadrement se traduit alors par un mécanisme de durcissement des délais (A) et par une rigueur des aménagements assouplie (B).

A. Un mécanisme de durcissement des délais

111. La période de sûreté correspond à une durée minimum durant laquelle l'individu condamné à une peine d'emprisonnement ne peut bénéficier d'aucun aménagement de peine. Le choix d'opter pour une telle période, superposée à l'écoulement chronologique de la peine principale et comptée à la même date que cette dernière est une réponse à la gravité de l'acte commis par l'agent délictueux⁶³⁷. Les périodes de sûreté ont été créées en France alors que les politiques dénonçaient une société assénée de faits divers barbares. De surcroît, les différentes réformes qui ont façonné le corpus des périodes de sûreté et étendu leur application se sont additionnées en réponse à la méfiance exprimée envers le juge d'application des peines,

⁶³⁷ V. *supra* n°75.

considéré comme trop laxiste avec des individus pourtant dangereux⁶³⁸. Aujourd'hui, il convient de distinguer deux types de périodes de sûreté. D'une part, les périodes de sûreté dites automatiques visent toutes les peines d'emprisonnement supérieures ou égales à dix ans pour des infractions dont la loi assortit explicitement l'emprisonnement à une période de sûreté, ainsi, la juridiction de condamnation n'a pas à faire mention de cette période dans sa décision. D'autre part, les périodes de sûreté dites facultatives peuvent être imposées par la juridiction de condamnation en vertu de l'article 132-23 du Code de procédure pénale dès lors que la peine d'emprisonnement prononcée est supérieure ou égale à cinq ans d'emprisonnement ; cette période devant être mentionnée dans le jugement, la juridiction de condamnation doit alors motiver l'option retenue pour une telle période⁶³⁹. Le pluriel est usité quand il est renvoyé à la réalité des périodes de sûreté, car celle-ci est multiple. En effet, il existe différentes périodes de sûreté, celles-ci correspondant à divers cas de mise en œuvre d'une période de sûreté en fonction de la peine d'emprisonnement prononcée. Ainsi, pour les peines à temps, la période de sûreté est fixée à la moitié du *quantum*. Pour une peine de réclusion à vie⁶⁴⁰, cette période de sûreté est de dix-huit ans, pouvant être rehaussée aux deux tiers ou à vingt-deux ans dans une décision spéciale, mais non motivée. Alors que ces durées semblaient suffisamment élevées, deux nouvelles durées maximales ont été ajoutées aux articles 132-23, 221-3 et 221-4 par la loi du 1^{er} février 1994⁶⁴¹. La condamnation à une peine principale assortie d'une période de sûreté peut alors susciter des interrogations quant au respect des règles secrétées par la jurisprudence de la Cour européenne. La Cour s'est en effet prononcée à de nombreuses reprises sur les mauvais traitements infligés aux détenus d'un point de vue psychologique résultant de la neutralisation de l'espoir de sortir de prison⁶⁴². Il est alors nécessaire d'analyser avec précision le mécanisme spécial de la superposition d'une période de sûreté sur une peine d'emprisonnement, spécialement à perpétuité, pour ensuite la confronter aux exigences de la Cour européenne fondées sur l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

⁶³⁸ Loi n° 78-1099 du 22 nov. 1978 ; loi n° 81-82 du 2 fév. 1981 ; loi n° 83-466 du 10 juin 1983 ; loi n° 86-1020 du 9 sept. 1986 ; loi n° 92-684 du 22 juill. 1992.

⁶³⁹ Crim., 23 oct. 1989, n° 88-84.690, *Bull. crim.* n° 370 ; Crim., 22 mai 1990, n° 89-86.896, *Bull. crim.* n° 210 ; Crim., 5 juill. 1993, n° 92-86.681, *Bull. crim.* n° 237 ; Crim., 29 janv. 1998, n° 97-81.573, *Bull. crim.* n° 37, Dr. pén., 1998, p. 67, obs. M. VERON ; RSC 1998, p. 767, obs. B. BOULOC.

⁶⁴⁰ V. *supra* n° 76.

⁶⁴¹ Loi n° 94-89, 1^{er} février 1994.

⁶⁴² V. *infra* n° 160.

112. Si sont combinées une peine perpétuelle principale avec une période de sûreté, plusieurs résultats sont envisageables. D'abord, une première hypothèse où une période de sûreté de dix-huit ans appliquée à une peine principale d'emprisonnement à perpétuité peut être présentée. La période incompressible de la peine d'emprisonnement dure de ce fait dix-huit années. Pendant ces dix-huit ans, aucune mesure d'aménagement ne peut être accordée au détenu durant l'exécution de la peine. Ensuite, il est possible d'opérer une gradation afférente à la durée de la période de sûreté, celle-ci pouvant alors être rehaussée aux deux tiers de la peine encourue ou à vingt-deux ans. Là encore, le même scénario s'imposera au détenu. En revanche, si, enfin, la période de sûreté est élevée à trente ans ou à perpétuité, une superposition parfaite de la période de sûreté et de la peine principale d'emprisonnement s'observe. L'hypothèse d'une sûreté perpétuelle additionnée à une peine perpétuelle caractérise donc une « *perpétuité réelle* ». Cette dernière hypothèse ne permet alors pas d'imaginer qu'une réduction de peine sur le temps de la peine excédant le délai de la période de sûreté puisse être accordée. Elle n'est mise en œuvre que dans de très rares cas exposés aux articles 221-3 et 221-4 du Code pénal, tels le meurtre ou l'assassinat dont « *la victime est un mineur de quinze ans et que le meurtre est précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie ou lorsque le meurtre a été commis en bande organisée sur un magistrat, un fonctionnaire de la police nationale, un militaire de la gendarmerie, un membre du personnel de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, à l'occasion de l'exercice ou en raison de ses fonctions* ». Il est employé le terme de « *période de sûreté de trente ans* » lorsque celle-ci est spécialement exigée par la juridiction de condamnation, alors qu'il est considéré qu'une « *période de sûreté perpétuelle* » est employée lorsque, en application des articles 221-3 et 221-4, la peine perpétuelle est prononcée.

De ces différentes hypothèses surgit une même question : est-il possible de censurer les mécanismes de périodes de sûreté au regard de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme ? Un éclaircissement sur les exigences de la Cour a été apporté à l'occasion de l'arrêt *Bodein c/ France* rendu le 13 novembre 2014⁶⁴³. En l'espèce, le requérant a été condamné à la réclusion criminelle à perpétuité et à une période de sûreté perpétuelle. L'hypothèse la plus sévère est alors traitée pour l'occasion par la Cour⁶⁴⁴. Ainsi, à l'égard du réexamen de la situation du requérant à la fin du délai de trente ans de la période de sûreté

⁶⁴³ CEDH, 13 nov. 2014, *Bodein c/ France*, n°40014-10, *préc.* En ce sens, v. J.-P. CÉRÉ, « La réclusion criminelle à perpétuité assortie d'une période de sûreté perpétuelle ne constitue pas un traitement inhumain et dégradant », AJ pénal 2015, p. 105.

⁶⁴⁴ V. *supra* n° 19.

comme le prévoient les articles sus mentionnés, il ne peut qu'être constaté que les dispositions de l'article 720-4 du Code de procédure pénale⁶⁴⁵ ne laissent pas d'incertitude sur l'existence d'une perspective d'élargissement dès le prononcé de la condamnation⁶⁴⁶. Cela est, de manière abstraite, un argument infaillible, néanmoins, lorsqu'il s'agit, comme dans la présente hypothèse, de ne pas pouvoir observer de délai d'emprisonnement sur le fondement de la peine principale excédant le délai de la période de sûreté appliquée, il conviendrait de rejeter cette vue de l'esprit faisant preuve d'un aveuglement propre à amputer la cohérence de la Cour en la matière. En effet, si la Cour estime qu'il faut s'attacher davantage aux conséquences pratiques et aux effets des institutions plutôt que de se limiter à leur façade sémantique, la solution apportée ici ne présente pas les critères de cette ligne de pensée. Malgré cela, l'argumentation de la Cour peut se retrancher derrière l'exigence centrale d'assurer un mécanisme légal permettant de maintenir l'espoir de libération. En effet, l'incertitude de l'état du droit visant les possibilités d'élargissement du réclusionnaire quant aux délais d'emprisonnement et conditions d'une perspective de libération n'entre pas en conformité avec la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁶⁴⁷. Si cette décision a été adoptée pour le cas le plus sévère d'emprisonnement, il est alors clairement prévisible qu'*a minori*, les hypothèses mentionnées ci-dessus soient en

⁶⁴⁵ Art. 720-4 du C. pr. pén. : « Lorsque le condamné manifeste des gages Sérieux de réadaptation sociale, le tribunal de l'application des peines peut, à titre exceptionnel et dans les conditions prévues par l'article 712-7, décider qu'il soit mis fin à la période de sûreté prévue par l'article 132-23 du code pénal ou que sa durée soit réduite.

Toutefois, lorsque la cour d'assises a décidé de porter la période de sûreté à trente ans en application des dispositions du dernier alinéa des articles 221-3 et 221-4 du code pénal, le tribunal de l'application des peines ne peut réduire la durée de la période de sûreté ou y mettre fin qu'après que le condamné a subi une incarcération d'une durée au moins égale à vingt ans.

Dans le cas où la cour d'assises a décidé qu'aucune des mesures énumérées à l'article 132-23 du code pénal ne pourrait être accordée au condamné à la réclusion criminelle à perpétuité, le tribunal de l'application des peines ne peut accorder l'une de ces mesures que si le condamné a subi une incarcération d'une durée au moins égale à trente ans.

Les décisions prévues par l'alinéa précédent ne peuvent être rendues qu'après une expertise réalisée par un collège de trois experts médicaux inscrits sur la liste des experts agréés près la Cour de cassation qui se prononcent sur l'état de dangerosité du condamné.

Par dérogation aux dispositions du troisième alinéa de l'article 732, le tribunal de l'application des peines peut prononcer des mesures d'assistance et de contrôle sans limitation dans le temps ».

⁶⁴⁶ En ce sens, M. LÉNA, « La perpétuité réelle française ne constitue pas une peine inhumaine ou dégradante », D. Actu., 17 nov. 2014. L'auteur précise que « Au regard de la marge d'appréciation des États en matière de justice criminelle et de détermination des peines, la CEDH conclut à l'unanimité que cette possibilité de réexamen de la réclusion à perpétuité est suffisante pour considérer que la peine prononcée contre le requérant est compressible aux fins de l'article 3 de la Convention » (§ 61).

⁶⁴⁷ CEDH 9 juill. 2013, *Vinter et autres c/ Royaume Uni*, préc. ; M. LÉNA, « La grande Chambre face aux peines perpétuelles : de la fuite au consensus... », D. Actu. 12 juill. 2013 ; M. LÉNA, « Traitement inhumain ou dégradant : conventionnalité d'une peine perpétuelle - CEDH 9 juill. 2013 », D. 2013, p. 2081.

conformité avec les exigences de la Cour européenne au regard de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Si le sophisme de la Cour européenne à l'égard de la réalité d'une perpétuité orchestrée par une période de sûreté perpétuelle peut être avéré, les exigences de celle-ci dans les modalités d'intervention dudit réexamen de la cause du détenu au cours de son exécution n'en sont pas moins souples. En effet, la marge d'appréciation propre à chaque État est, comme le rappelle l'arrêt *Vinter*⁶⁴⁸, l'apanage de la liberté offerte en l'art d'élaborer sa justice pénale. Ainsi, concernant le droit français, bien qu'une « *tendance en faveur de l'instauration d'un mécanisme spécial garantissant un premier réexamen dans un délai de vingt-cinq ans au plus après l'imposition de la peine perpétuelle* » soit observée⁶⁴⁹, les dispositions de l'article 720-4 du Code de procédure pénale prévoyant un réexamen au bout de trente ans ne paraissent pas en contradiction avec la jurisprudence de la Cour européenne. En effet, le relèvement prévu par le même article vient, par un jeu de computation des délais, sauver la structure entière dudit article. Le libellé de l'article prévoit que le relèvement de la période de sûreté en cause pourra être accordé si « *le condamné a subi une incarcération d'une durée au moins égale à trente ans* ». L'usage du terme « *incarcération* » ne limite pas alors l'emprisonnement effectif à l'emprisonnement postérieur à la condamnation, de telle sorte que la privation de liberté subie à compter du mandat de dépôt peut être prise en compte dans la durée « *d'incarcération* ». Il s'agit, comme le précise la Cour européenne dans l'arrêt *Bodein c/ France*, d'une application *mutatis mutandis*, du principe édicté à l'article 716-4 du Code de procédure pénale selon lequel la détention provisoire infligée à l'individu au cours de la procédure est déduite de la peine privative de liberté subséquentement prononcée. De cette manière, les années de détention antérieure au jugement rapprochent le compteur de l'objectif des vingt-cinq ans, qui, pour l'heure et en raison de la marge d'appréciation des États affirmée en l'occurrence, traduit davantage un souhait qu'une exigence de la Cour européenne au regard de l'article 3 de Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La personnalité du condamné et les objectifs de réadaptation et de réinsertion sont des enjeux majeurs des politiques pénales. En ce sens, sont pris en compte les efforts faits par les condamnés en instaurant la possibilité de relèvement de la période de sûreté.

⁶⁴⁸ CEDH 9 juill. 2013, *Vinter et autres c/ Royaume Uni*, préc

⁶⁴⁹ *Ibid.*

B. Une rigueur des aménagements assouplie

113. La période de sûreté peut faire l'objet d'un relèvement, salut⁶⁵⁰ du réclusionnaire à perpétuité. En effet, un tel relèvement permettrait au détenu de prétendre à des aménagements de peine. Le régime juridique du relèvement de la période de sûreté perpétuelle a été profondément modifié par la loi Perben II du 9 mars 2004⁶⁵¹. Alors que le droit antérieur n'accordait la prérogative de demande de relèvement qu'au juge d'application des peines, les modifications issues de la loi Perben II permettent au condamné lui-même de solliciter son relèvement. La compétence du contentieux est alors regroupée et confiée au Tribunal d'application des peines, et maintient la nécessité, dans le cas qui intéresse le propos, c'est-à-dire celui des périodes de sûreté trentenaire et perpétuelle, de saisir un collège de trois médecins experts désignés par le bureau de la Cour de cassation. De même, l'exigence figurant à l'article 720-4 du Code de procédure pénale⁶⁵², contraignant le condamné à prouver l'accomplissement d'efforts sérieux de réadaptation sociale est maintenue. L'ingénierie mise alors en place par la pratique tend à demander une libération conditionnelle suite à l'obtention d'un relèvement de la période de sûreté en application de l'article 729 du Code de procédure pénale⁶⁵³. Cependant, la liberté conditionnelle⁶⁵⁴ n'est accordée ni immédiatement ni automatiquement, dès lors qu'elle est considérée prématurée, c'est-à-dire qu'il est fait don d'espoir par la juridiction saisie en relevant la sûreté du réclusionnaire sans pour autant manifester une permissivité allant à l'encontre des impératifs de sécurité et de rééducation à la société sanctionnés par le droit pénal. Ainsi, il peut être entendu ici le tintement du marqueur indirect d'une politique conforme aux exigences de la Cour européenne, à savoir promouvoir la vertu resocialisante de la peine⁶⁵⁵.

Concernant la perpétuité doublée d'une période de sûreté trentenaire, la demande de relèvement ne pourrait intervenir, depuis la loi Perben II du 9 mars 2004, qu'après l'exécution d'au minimum vingt années de peine. Par ailleurs, comme toutes les périodes de sûreté, la période de sûreté perpétuelle peut faire l'objet d'un relèvement total ou partiel. La demande de relèvement d'une période de sûreté perpétuelle par l'action du détenu, l'intervention du juge de l'application des peines ou du parquet ne peut intervenir en revanche qu'après

⁶⁵⁰ B. VAREILLE, « Le pardon du juge répressif », RSC 1988, p. 676.

⁶⁵¹ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

⁶⁵² Article 720-4 du C. pr. pén., *préc.*

⁶⁵³ V. *infra* n° 116.

⁶⁵⁴ V. *infra* n° 118.

⁶⁵⁵ V. *infra* n° 166.

l'écoulement d'un délai de trente ans. Quant aux perpétuités ordinaires, aucun délai minimal d'exécution de la peine ou de la sûreté n'a été établi pour solliciter un relèvement. Néanmoins, il est probable qu'en vertu du même principe rééducatif de la peine, une demande faite manifestement trop tôt soit tenue pour prématurée.

114. La réclusion criminelle à perpétuité contraint le condamné à exécuter une période de sûreté qui est certes encadrée, mais également modifiable dans son *quantum*. La législation française prévoit la grâce présidentielle. Anciennement, il existait la possibilité pour le Président de la République d'octroyer une grâce collective⁶⁵⁶ ou une grâce individuelle. Actuellement, seule a subsisté la possibilité du prononcé d'une grâce individuelle⁶⁵⁷. L'octroi d'une grâce individuelle suppose alors l'exécution d'une peine. La loi du 1^{er} février 1994⁶⁵⁸ a permis d'englober les périodes de sûreté à perpétuité et de réaffirmer que tout condamné est recevable à exercer un recours en grâce⁶⁵⁹, quels que soient son âge, ses antécédents et le stade de l'exécution de sa peine. Cette mesure peut donc bénéficier à toute peine, quelle que soit sa nature ou sa durée. Elle peut donc concerner une période de sûreté perpétuelle dans la mesure où cette demande est formulée en termes de réinsertion. Par définition, la grâce présidentielle peut dispenser de l'exécution de la peine ou en réduire la durée. De ce fait, dans le cadre de la réclusion criminelle à perpétuité, la grâce peut consister à la transformer en une peine à temps. Ce qui permet de préciser que la grâce présidentielle est un préalable, en ce sens, à une demande de liberté conditionnelle et c'est donc selon cette hypothèse que la peine

⁶⁵⁶ En 2008, le Président, N. Sarkozy a renoncé aux grâces collectives en les faisant prohiber dans la Constitution, Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Vème République.

⁶⁵⁷ N. Sarkozy a opté pour une relance des grâces individuelles au mérite des détenus. C'est ainsi qu'à la fin de l'année 2008, il a accordé à vingt-sept détenus, dont l'ex préfet du Var, M. Jean-Charles Marchiani, une grâce individuelle, dont certaines ont eu pour effet d'entraîner la libération immédiate de leur bénéficiaire et les autres uniquement la réduction de la durée de la peine. M. Marchiani est ainsi devenu éligible à une libération conditionnelle. Cependant, l'actuel président de la République a posé des conditions de mérite à l'obtention de ces grâces individuelles, lesquelles ont été appréciées *in situ* par les chefs d'établissement pénitentiaire.

⁶⁵⁸ Loi n° 94-89, 1^{er} février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, JO 2 février 1994, p. 1803 ; P. COUV RAT, « De la période de sûreté à la peine incompressible », *loc.cit.*

⁶⁵⁹ L'obtention d'une grâce individuelle suppose alors le dépôt d'un recours par le condamné ou par un proche du condamné. Le recours peut être adressé au Président de la République ou à la direction des Affaires criminelles et des grâces qui va instruire la demande. La procédure suivie est entièrement écrite, ce qui implique que le condamné ne va pas comparaître, ni, le cas échéant, son avocat être entendu en sa plaidoirie. Aussi pour les réclusionnaires à perpétuité, il est fréquent de constater que l'instruction de la grâce suppose un séjour du condamné au Centre national d'observation de Fresnes. Aussi la procédure s'entend dans le sens où seuls les dossiers jugés favorables par le ministre de la justice sont transmis au Président de la République à qui appartient la décision finale. Sa décision est rendue sous la forme d'un décret, signé alors par lui-même et contre signé par le ministre de la justice avec la particularité d'être secret.

perpétuelle est commuée en peine à temps. Sous la forme de la commutation, elle consiste alors à substituer à la peine prononcée une peine de même nature, mais plus douce. La durée est alors librement fixée par le décret de grâce. Il s'agit alors d'une peine de trente ans en substitution d'une peine à perpétuité⁶⁶⁰. Ainsi un réclusionnaire à perpétuité peut-il être véritablement gracié ? Ce qui reviendrait alors en pratique à permettre au détenu de sortir et la peine n'aurait plus de sens n'étant plus exécutée. C'est pourquoi la grâce présidentielle n'a pour effet uniquement de réduire pour moitié de leur *quantum* la durée de la période de sûreté⁶⁶¹. Par conséquent, la réclusion criminelle à perpétuité n'est pas levée, seul le temps d'épreuve l'est. C'est ainsi que seule la période de sûreté est raccourcie permettant par la suite de faire la demande d'une libération conditionnelle⁶⁶². La Convention européenne n'apporte pas de précision concernant la grâce présidentielle. Il s'agit d'une mesure propre à chaque État. La Cour européenne des droits de l'homme a dû se prononcer sur le fait de savoir si la condamnation d'un homme à la peine de mort commuée en une peine de réclusion criminelle à perpétuité sans possibilité de commutation était incompressible. Le problème résidait dans le fait que le condamné ne pouvait espérer qu'une grâce présidentielle, pouvant prendre la forme soit du pardon, soit de la commutation de peine, comme justement seule possibilité d'aménagement de sa peine⁶⁶³.

Néanmoins, le constat est tel que la grâce présidentielle est un procédé en recul et il est très difficile de déterminer le nombre de grâces présidentielles accordées aux réclusionnaires à perpétuité. Les politiques pénales sont enclines à être davantage sévères et ainsi il convient de penser que l'octroi de grâce présidentielle peut s'avérer rare, mais par leur nature secrète, il est difficile de le savoir⁶⁶⁴. Par conséquent, un condamné à la réclusion criminelle à perpétuité

⁶⁶⁰ Les grâces individuelles sont assorties de conditions qui garantissent l'indemnisation des victimes et la soumission à des mesures de contrôle ou de surveillance, conditions très proches de celles retrouvées en matière de libération conditionnelle.

⁶⁶¹ Art. 720-2 alinéa 2 du C. pr. pén., « *Sauf s'il en est décidé autrement par le décret de grâce, la commutation ou la remise d'une peine privative de liberté assortie d'une période de sûreté entraîne de plein droit le maintien de cette période pour une durée globale qui correspond à la moitié de la peine résultant de cette commutation ou remise, sans pouvoir toutefois excéder la durée de la période de sûreté attachée à la peine prononcée* ».

⁶⁶² V. *infra* n° 118.

⁶⁶³ CEDH, 2 sept. 2010, *Jorgov c/ Bulgarie*, préc. La CEDH a jugé la possibilité satisfaisante au regard de l'article 3 de la Convention, « *nonobstant le caractère extrajudiciaire de la procédure suivie* ». Par conséquent, cette jurisprudence permet de justifier la politique pénale de l'État en question à la suite de l'abolition de la peine de mort. Il n'est pas précisé si la peine substituée sera *de facto* compressible et il est indiqué que dorénavant un renvoi sera effectué pour évaluer la manière dont les demandes de grâce des personnes condamnées à la peine à perpétuité seront examinées.

⁶⁶⁴ *Libération*, 25 mars 2013. L'ancien Président de la république, François Hollande, a usé de manière semble-t-il très exceptionnelle de la grâce présidentielle et l'a accordée par exemple pour des raisons compassionnelles à M. El Shenawi, une personne détenue ayant engagé une grève de la faim après avoir fait trente-sept ans de

pourra davantage obtenir un aménagement de peine en renonçant à un élargissement systématique anticipé.

§ 2. La renonciation à un élargissement systématique anticipé

115. Tout condamné à la réclusion criminelle à perpétuité peut accéder exceptionnellement à certains aménagements. La renonciation à un élargissement anticipé se traduit par des réductions de peine et des permissions de sortir (A) ainsi qu'au travers de la libération conditionnelle (B).

A. Une peine exceptionnellement aménagée

116. Les condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité ne peuvent bénéficier de réductions de peine ordinaires. Les réclusionnaires à perpétuité peuvent bénéficier exceptionnellement de peine aménagée. Ils ne peuvent obtenir de réduction de temps d'épreuve équivalente que suivant la procédure prévue pour les réductions supplémentaires de peine. Ces derniers sont tout accessibles aux réductions de peine sous conditions. En effet, les condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité ne peuvent bénéficier de crédits de réductions de peine. Ils peuvent ainsi obtenir une réduction de temps d'épreuve équivalente, suivant la procédure prévue pour les réductions supplémentaires de peine. Certes, pour ce qui les concerne cela ne prend pas la forme de droit commun qui était prévue aux articles 721 et 721-1 du Code de procédure pénale antérieurement, puisqu'il est mathématiquement impossible de déduire une durée déterminée d'une durée infinie. En ses lieux et places, la loi retient une « *réduction du temps d'épreuve* ». Depuis la loi du 9 mars 2004⁶⁶⁵, cette réduction est régie par l'article 729-1 du Code de procédure pénale⁶⁶⁶ qui renvoie en effet désormais à l'article 721-1 du même code et non plus, comme dans le droit antérieur à la loi du 9 mars 2004, à l'article 721 relatif aux réductions ordinaires de peine. Il s'ensuit que la réduction du

détention. Le président n'a toutefois accordé qu'une grâce partielle, consistant uniquement à supprimer la période de sûreté attachée à sa peine lui ouvrant ainsi la possibilité de déposer une requête en aménagement de peine.

⁶⁶⁵ En ce sens, B. LAVIELLE, « Le nouveau régime des réductions de peine », AJ pénal 2004, p. 320.

⁶⁶⁶ Art. 729-1 du C. pr. pén. : « *Des réductions de temps d'épreuve nécessaires à l'octroi de la libération conditionnelle peuvent être accordées aux condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité dans les formes et les conditions prévues par les articles 721 et 721-1 ; la durée totale de ces réductions ne peut toutefois excéder, par année d'incarcération, vingt jours ou un mois selon que le condamné se trouve ou non en état de récidive légale. Les réductions ne sont, le cas échéant, imputables que sur la partie de la peine excédant la période de sûreté prévue par l'article 132-23 du code pénal* ».

temps d'épreuve ne s'appuie plus sur la conduite du réclusionnaire, mais sur ses seuls efforts de réinsertion sociale, tels que définis à l'article 721-1 du Code de procédure pénale⁶⁶⁷. Le *quantum* de cette réduction est distinct, selon que l'intéressé est récidiviste ou non. La réduction du temps d'épreuve ne donne toutefois pas la possibilité de prétendre à une libération conditionnelle tant que la période de sûreté n'est pas purgée ou relevée⁶⁶⁸. Elle peut aussi constituer un leurre en ce qu'elle donne l'illusion de ce que la libération conditionnelle est accessible, alors que la juridiction de l'application des peines pourra être réticente à la prononcer plus tôt que les délais légaux de droit commun ne le prévoient. C'est pour cette même raison que la réduction exceptionnelle de peine, créée par la loi du 9 mars 2004, est encore plus illusoire. Elle permet au réclusionnaire à perpétuité d'obtenir jusqu'à cinq ans de réduction du temps d'épreuve⁶⁶⁹ dès lors qu'il dénonce aux autorités administratives ou judiciaires des faits visés aux articles 706-73 ou 706-74 du Code de procédure pénale et que ces déclarations ont permis de faire cesser ou d'éviter leur commission. En réalité, l'application de cette disposition est rarissime, en raison de l'étroitesse de son domaine d'application et du risque encouru par les intéressés dénonciateurs alors même qu'ils sont captifs. La réduction de temps d'épreuve ainsi accordée est d'un mois par année en l'absence de récidive et de vingt jours par année en cas de récidive.

117. Les autorisations de sortie de prison sont des mesures de nature à contribuer à la réinsertion sociale des détenus. Elles permettent de donner un rythme au temps de la détention, tester le détenu, lui permettre de reprendre peu à peu de l'autonomie, éviter un processus de détachement du monde réel, l'amener à se réapproprier l'espace public, à percevoir et ainsi anticiper les difficultés à venir au moment de la libération et adapter ses projets en conséquence. Il existe trois catégories de permission de sortie comprenant celles

⁶⁶⁷ Art. 721-1 du C. pr. pén., extrait : « Une réduction supplémentaire de la peine peut être accordée aux condamnés qui manifestent des efforts Sérieux de réadaptation sociale, notamment en passant avec succès un examen scolaire, universitaire ou professionnel traduisant l'acquisition de connaissances nouvelles, en justifiant de progrès réels dans le cadre d'un enseignement ou d'une formation, en s'investissant dans l'apprentissage de la lecture, de l'écriture et du calcul, ou en participant à des activités culturelles, et notamment de lecture, en suivant une thérapie destinée à limiter les risques de récidive ou en s'efforçant d'indemniser leurs victimes ».

⁶⁶⁸ Art. 721-1 du C. pr. pén., extrait : « Cette réduction, accordée par le juge de l'application des peines après avis de la commission de l'application des peines, ne peut excéder trois mois par année d'incarcération ou sept jours par mois lorsque la durée d'incarcération restant à subir est inférieure à une année. Lorsque la personne a été condamnée pour les crimes ou délits, commis sur un mineur, de meurtre ou assassinat, torture ou actes de barbarie, viol, agression sexuelle ou atteinte sexuelle, la réduction ne peut excéder deux mois par an ou quatre jours par mois, dès lors qu'elle refuse les soins qui lui ont été proposés ».

⁶⁶⁹ Ce qui le ramène à treize ans pour un primaire, et à dix-sept ans pour un récidiviste.

pour maintien des liens familiaux⁶⁷⁰, celles pour effectuer diverses démarches administratives, professionnelles, culturelles, judiciaires, et celles pour événements exceptionnels tels une naissance ou un décès où la permission peut avoir lieu sous escorte. En ce sens, l'article 8 de la Convention européenne est alors invocable dès lors que le refus de permission de sortir constitue une ingérence au sens de cet article. Il convient alors de savoir dans quelle mesure les condamnés à une peine perpétuelle peuvent bénéficier d'une permission de sortie. Les permissions de sortie doivent pouvoir être utilisées avec souplesse en s'adaptant à différentes personnes au regard de leur évolution. Les réclusionnaires à perpétuité sont en principe écartés du bénéfice des permissions de sortie. Au regard de la législation française, cette règle n'apparaît dans aucune norme, mais a été mentionnée à la circulaire AP 88-06 du 10 mai 1988. De ce fait, elle traduit un constat logique selon lequel l'octroi d'une permission de sortie est toujours fondé sur des conditions tenant à la durée de la peine ou à son reliquat. En ce sens, il peut être constaté un heurt à « *la logique arithmétique*⁶⁷¹ », s'agissant d'une peine perpétuelle. Toutefois, les réclusionnaires à perpétuité peuvent accéder à des permissions de sortir dans deux circonstances. La première, visée à la circulaire de 1988, repose sur la situation selon laquelle un réclusionnaire a bénéficié de la commutation de sa peine perpétuelle en une peine à temps. La deuxième hypothèse, qui a été retenue en jurisprudence, repose sur la situation selon laquelle le réclusionnaire à perpétuité a bénéficié d'une libération conditionnelle, mais que celle-ci n'a pas encore reçue exécution. Il peut en effet être intéressant de subordonner l'application effective d'une libération conditionnelle au déroulement sans incident d'une ou plusieurs permissions de sortir. Mais ceci ne pourra concerner un grand nombre de détenus, car la libération conditionnelle est soit exécutée immédiatement, soit exécutée dans un délai de quelques jours ou semaines. Au-delà de ces deux hypothèses, il convient d'en ajouter une troisième, relativement similaire sur le plan textuel dans le sens où les juridictions de l'application des peines peuvent accorder une libération conditionnelle sous condition probatoire d'avoir exécuté une ou plusieurs permissions de sortie. Aussi, l'autorisation de sortie sous escorte n'est pas mentionnée à la liste des mesures d'aménagement exclues par l'article 132-23 du Code pénal de ce fait cette mesure exceptionnelle est de nature à pouvoir s'appliquer. Il convient alors d'en déduire que cette mesure peut intervenir sans aucune condition d'exécution minimale de la peine et à tout

⁶⁷⁰ V. *infra* n° 188.

⁶⁷¹ M. HERZOG-EVANS, « La perpétuité plus réelle qu'auparavant : le durcissement continu de l'exécution de la peine de réclusion criminelle à perpétuité », in *La Perpétuité perpétuelle, Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, Y. LECUYER (ss la dir.), PUR, 2012.

moment de celle-ci. De manière objective, il convient de dire qu'en pratique cette mesure exceptionnelle est accordée dans le cadre de situations familiales graves⁶⁷². Par conséquent, elle est accessible à un condamné en cours d'exécution d'une période de sûreté, y compris lorsqu'elle assortit une réclusion criminelle à perpétuité et y compris en cas de sûreté réelle.

Aussi se pose alors la question de savoir comment un réclusionnaire à perpétuité considéré « *dangereux* » peut bénéficier d'une autorisation de sortie sous escorte. La spécificité de cette sortie est donc qu'elle est possible durant l'exécution de la période de sûreté, y compris durant une sûreté qui peut durer trente ans ou une sûreté perpétuelle. Il s'agit alors d'une mesure « *quasi-juridictionnelle exceptionnelle qui autorise un détenu à quitter temporairement son lieu de détention, encadré par une escorte de police, de gendarmerie ou de personnels pénitentiaires, pour une cause et à des conditions déterminées par la juridiction compétente* »⁶⁷³. L'article 723-6 du Code de procédure pénale⁶⁷⁴ précise que les condamnés peuvent obtenir « *à titre exceptionnel* » une autorisation de sortie sous escorte. Cela signifie que cette mesure ne peut pas se répéter à de nombreuses reprises, mais en raison de plus grandes garanties de sécurité qu'elle offre, peut être autorisée par le juge de l'application des peines après évaluation de la dangerosité du détenu. Si l'autorisation de sortir sous escorte est exceptionnelle, elle peut néanmoins être plus facilement accordée en certains cas que la permission de sortir, en raison des plus grandes garanties de sécurité qu'elle offre. De plus, en ce sens, la prise en compte de la « *dangerosité* »⁶⁷⁵ d'une personne condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité assortie d'une période de sûreté pourrait de ce fait conduire le juge de l'application des peines à rejeter la demande d'autorisation de sortir sous escorte. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme pourrait condamner pour violation de l'article 8 les différents États signataires à la Convention. Il est alors nécessaire de savoir dans quelle mesure un refus peut se justifier au regard de l'article 8 § 2 de la Convention⁶⁷⁶.

⁶⁷² Par situations familiales graves, il peut être fait état d'un décès, d'une maladie incurable d'un membre de la famille à un stade terminal.

⁶⁷³ M. HERZOG-EVANS, *Peine : Exécution*, Rép. pén., juill. 2016.

⁶⁷⁴ Art. 723-6 du C. pr. pén., : « *Tout condamné peut, dans les conditions de l'article 712-5, obtenir, à titre exceptionnel, une autorisation de sortie sous escorte* ». V. en ce sens : Circulaire du 19 janv. 2017 de présentation du décret n° 2016-1222 du 14 septembre 2016 relatif aux permissions de sortir et autorisations de sortir sous escorte.

⁶⁷⁵ V. *infra* n° 121.

⁶⁷⁶ Art. 8 de la Conv. EDH : « *1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.*

2. 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

Le droit de bénéficier d'autorisations de sortie n'est pas garanti en tant que tel par la Convention européenne dans la mesure où il s'agit d'une autorisation exceptionnelle. Toutefois, les autorités nationales ont pour obligation d'examiner le bien-fondé de chacune des demandes. Quand l'existence du fondement légal est vérifiée, la Cour regarde le caractère « *nécessaire dans une société démocratique* »⁶⁷⁷ du refus de la permission de sortir. Elle effectue pour ce faire une balance entre la protection de la société et les intérêts du détenu afin de s'assurer que le refus de permission de sortir ne soit pas disproportionné. Par conséquent, un refus ne saurait être justifié par la seule absence de dispositions légales permettant au détenu de sortir de prison pour une situation déterminée. Dans cette hypothèse, le refus n'est pas fondé par la prise en considération des paramètres individuels. En ce sens, « *si le refus ne correspond pas à un besoin social pressant et n'est pas proportionné au but légitime poursuivi, à savoir la protection de la sûreté publique, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, la violation de l'article 8 est encourue* »⁶⁷⁸. L'affaire *Kanalas c/ Roumanie*⁶⁷⁹ a permis de répreciser la jurisprudence au regard des autorisations de sortie de prison pour raisons familiales en rappelant que de telles mesures exceptionnelles sont de nature à contribuer à la réinsertion sociale⁶⁸⁰ des détenus, et l'article 8 de la Convention

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 ».

⁶⁷⁷ CEDH, 12 janv. 2012, *Feldman c/ Ukraine*, n° 42921/09 : Le refus n'est pas fondé par la prise en considération des paramètres individuels. Il n'est donc pas considéré comme nécessaire dans une société démocratique.

⁶⁷⁸ CEDH, 29 nov. 2011, *Giszczak c/ Pologne*, n°40195/08 : Pour être susceptible de recevoir une validation conventionnelle, encore faut-il que les autorités répondent avec adéquation et à temps à la demande du détenu. Cette obligation suppose ainsi que les autorités précisent de manière non équivoque et de façon claire au détenu dans quelles conditions se déroulera la permission de sortir, en cas d'acceptation de celle-ci.

⁶⁷⁹ CEDH, 6 déc. 2016, *Kanalas c/ Roumanie*, n° 20323/14. J.-P. CÉRÉ, « *Exécution des peines* », D. 2017, p. 1274, n° 3. « *Le détenu s'était vu refuser une permission de sortir pour assister aux obsèques de sa mère, alors qu'il avait précédemment bénéficié de diverses sorties temporaires. Ce refus reposait sur une base légale. Restait à examiner si la mesure poursuivait un but légitime et si elle était nécessaire dans une société démocratique. Sur la première condition, la condamnation à une longue peine privative de liberté de l'intéressé justifiée par la gravité du crime qu'il avait commis pouvait rendre le refus de permission de sortir légitime en ayant pour but d'empêcher M. K. d'utiliser la sortie pour commettre des délits ou troubler l'ordre ou la sécurité publique. Seulement, la Cour rappelle également dans cet arrêt avoir reconnu le but légitime d'une politique de réinsertion sociale progressive des personnes condamnées à des peines d'emprisonnement, même lorsque celui-ci a été condamné pour des crimes violents. Or la Cour relève que le détenu avait précédemment bénéficié de nombreuses récompenses en raison de son comportement et que le directeur de la prison où il était incarcéré avait émis un avis favorable à sa demande de permission. Au surplus, elle remarque que les autorités pénitentiaires n'ont pas cherché à examiner la possibilité d'avoir recours à une escorte pour le transfert du détenu sur le lieu des obsèques Elle considère dès lors qu'il n'est pas démontré que l'ingérence dénoncée était nécessaire dans une société démocratique. Les autorités nationales n'ont pas procédé à une mise en balance des intérêts en jeu, entre le droit du requérant au respect de sa vie familiale et, en outre, la défense de l'ordre et de la sûreté publics et la prévention des infractions pénales. La Cour conclut donc à la violation de l'article 8* ».

⁶⁸⁰ V. *infra* n° 188.

européenne est alors invocable. Dès lors, le refus de permission de sortir peut constituer une ingérence au sens de l'article 8 § 2. En conséquence, les autorités nationales doivent procéder à une mise en balance des intérêts en jeu, entre le droit du requérant au respect de sa vie familiale et la défense de l'ordre et de la sûreté publics et la prévention des infractions pénales avant de pouvoir considérer une libération conditionnelle.

B. Une libération conditionnelle méritée

118. Au regard de la défiance à l'égard des réclusionnaires, la libération conditionnelle doit être méritée. S'il a purgé sa période de sûreté, l'individu condamné à la réclusion à perpétuité peut obtenir l'accord de sa libération conditionnelle comme le prévoient les articles 132-23 du Code pénal et 730-2 du Code de procédure pénale⁶⁸¹. Il est nécessaire également que le réclusionnaire ait purgé une partie suffisante de sa peine, délai appelé « *temps d'épreuve* » et qui peut également être réduit par l'effet de l'article 729-1 du Code de procédure pénale. Dans l'hypothèse où la période de sûreté excède le temps d'épreuve, celle-ci devra tout de même être purgée au préalable. Néanmoins, si le droit positif permet en théorie une telle évolution de la situation du détenu en vue d'une réinsertion sociale⁶⁸², la

⁶⁸¹ Art. 730-2 du C. pr. pén. : « *Lorsque la personne a été condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité (...) la libération conditionnelle ne peut alors être accordée :*

1° Que par le tribunal de l'application des peines, quelle que soit la durée de la détention restant à subir ;

2° Qu'après avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, rendu à la suite d'une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité réalisée dans un service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues et assortie d'une expertise médicale ; s'il s'agit d'un crime mentionné au même article 706-53-13, cette expertise est réalisée soit par deux experts médecins psychiatres, soit par un expert médecin psychiatre et par un expert psychologue titulaire d'un diplôme, certificat ou titre sanctionnant une formation universitaire fondamentale et appliquée en psychopathologie. L'expertise se prononce sur l'opportunité, dans le cadre d'une injonction de soins, du recours à un traitement utilisant des médicaments inhibiteurs de libido, mentionné à l'article L. 3711-3 du CSP.

Lorsque la libération conditionnelle n'est pas assortie d'un placement sous surveillance électronique mobile, elle ne peut également être accordée qu'après l'exécution, à titre probatoire, d'une mesure de semi-liberté, de placement à l'extérieur ou de placement sous surveillance électronique pendant une période d'un an à trois ans. Cette mesure ne peut être exécutée avant la fin du temps d'épreuve prévu à l'article 729 du présent code.

Un décret précise les conditions d'application du présent article ».

⁶⁸² CEDH, 17 janv. 2012, *Choreftakis et Choreftaki c/ Grèce*, n° 46846/08 ; D. 2012, p. 359 s., obs. J.-P. CÉRÉ. Dans cette espèce, le meurtrier, condamné à la réclusion à perpétuité, se trouvait en libération conditionnelle au moment des faits. Sa demande de libération conditionnelle avait été accordée, en appel, par une chambre d'accusation, après un premier refus essuyé en raison des infractions disciplinaires commises lors de son incarcération. « *Le système grec de libération conditionnelle, comme il a été appliqué en l'espèce, n'a pas perturbé le juste équilibre qui devait exister entre l'objectif de la réinsertion sociale de Z.L. et le but de l'empêcher de récidiver. Vu sous cet angle, le régime de libération conditionnelle mis en place en Grèce a prévu des mesures suffisantes pour assurer la protection de la société des agissements de personnes ayant été condamnées au pénal pour des crimes violents. Partant, l'octroi de la libération conditionnelle à Z.L. ne peut*

rareté de la mise en pratique de ces dispositions traduit une grande défiance à l'égard des réclusionnaires à perpétuité. L'élargissement précoce des réclusionnaires est, en effet, évité par les tribunaux. Le temps d'épreuve est même rallongé et la libération conditionnelle n'est accordée qu'après une évaluation qui maintient l'idée d'un risque surévalué, d'où une méfiance importante de la part du juge.

Avec la loi du 12 décembre 2005 dite « *récidive I* »⁶⁸³, le législateur a établi des conditions propres au temps d'épreuve du réclusionnaire à perpétuité, comme en atteste l'alinéa 3 de l'article 729 du Code de procédure pénale⁶⁸⁴. Le temps d'épreuve a été rallongé, celui-ci était antérieurement de quinze ans, maintenant allongé à dix-huit ans, il est d'une durée encore supérieure pour le récidiviste, soit vingt-deux ans. La récidive⁶⁸⁵ est la crainte première des juridictions lorsqu'il faut évaluer si la peine a été une peine efficace. Étroitement liée à la notion de dangerosité vue antérieurement, la récidive est différemment considérée selon la gravité de l'infraction commise et selon le comportement du détenu lors de l'exécution de sa peine. Les juridictions d'application des peines sont mises en conditions par une telle augmentation des seuils, pour ne plus faire preuve de clémence à l'égard des condamnés. Par ailleurs, elles peuvent être vues comme poussées à les considérer comme potentiellement dangereux ou à risque de récidive, quand bien même aucun indice ne permettrait d'avancer du point de vue criminologique que les détenus subissant des peines de cette durée, donc des peines au retentissement émotionnel fort et à l'usure temporelle avérée, seraient plus à risque que d'autres détenus. Une forme d'évaluation du risque a été créée par le législateur pour pondérer avec plus de justesse l'application des peines. Tout de même, les

pas s'analyser en un manquement des autorités nationales au devoir de protéger la vie du fils des requérants, imposé par l'article 2 de la Convention ».

⁶⁸³ Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005.

⁶⁸⁴ Art. 729 du C. pr. pén., extrait : « *Pour les condamnés à la réclusion à perpétuité, le temps d'épreuve est de dix-huit années ; il est de vingt-deux années si le condamné est en état de récidive légale.*

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. La personne condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité ne peut bénéficier d'une libération conditionnelle qu'après avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, rendu à la suite d'une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité réalisée dans un service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues et assortie d'une expertise médicale ; s'il s'agit d'un crime pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru, cette expertise est réalisée par deux experts et se prononce sur l'opportunité, dans le cadre d'une injonction de soins, du recours à un traitement utilisant des médicaments inhibiteurs de libido, mentionné à l'article L 3711-3 du code de la santé publique ».

⁶⁸⁵ V. *infra* n° 191.

risques pour les libertés individuelles sont considérables, la sécurité publique n'est pourtant pas protégée aussi efficacement malgré ces mesures.

119. Le nouvel article 730-2 prévoit des procédures de libération conditionnelle spécifiques pour les personnes condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité⁶⁸⁶. La loi du 25 février 2008⁶⁸⁷ relative à la rétention de sûreté retient que la libération conditionnelle des personnes condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité ne peut plus être prononcée sans qu'un avis préalable soit rendu par la Commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, en considération de l'alinéa 5 de l'article 729 du Code de procédure pénale. La loi n'exige cependant pas que l'avis de la commission soit nécessairement favorable à la libération conditionnelle pour que le Tribunal d'application des peines puisse la prononcer, tel était son contenu initial. Toutefois, le Conseil constitutionnel dans une décision du 21 février 2008⁶⁸⁸ avait invalidé cette disposition en énonçant qu'elle méconnaissait « *le principe de la séparation des pouvoirs* » ainsi que celui de « *l'indépendance de l'autorité judiciaire* ». Néanmoins, il demeure difficile pour la juridiction d'application des peines de prendre le risque de libérer conditionnellement un réclusionnaire à perpétuité alors que la Commission a rendu un avis défavorable. La terminologie employée pour qualifier la commission laisse en effet penser qu'il s'agit d'une commission de sachants aptes à évaluer un risque et travaillant de manière collégiale pour renforcer encore la pertinence d'un diagnostic posé après avoir rencontré l'intéressé. Or non seulement une telle rencontre n'a lieu que sous forme d'audience d'ailleurs discutable sur le plan juridique, dans une seule commission de France et, alors qu'il ne s'agit pas d'une juridiction, ce sont surtout la composition⁶⁸⁹ et la méthode utilisée qui laissent plus que dubitatif. Aucun des membres la composant n'est formé quant à l'évaluation du risque⁶⁹⁰. « *En outre, les commissions rendent en pratique un avis non sur la seule*

⁶⁸⁶ V. BIANCHI, « La défense des personnes condamnées à de longues peines », AJ pénal 2015, p. 299.

⁶⁸⁷ Loi n° 2008-174 du 25 fév. 2008.

⁶⁸⁸ Cons. Const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, JCP G 2008, 166, obs. B. MATHIEU ; JCP G 2008, II, n° 10077, note J.-P. FELDMAN ; LPA 2008, p. 3, note F. CHALTIEL ; AJDA 2008, p. 714, note P. JAN.

⁶⁸⁹ Sa composition, d'abord, comprend un président de chambre à la Cour d'appel qui est désigné pour une durée de cinq ans par le Premier président de la Cour d'appel dans le ressort de laquelle siège cette commission, le préfet de région, préfet de la zone de défense dans le ressort de laquelle siège la commission ou son représentant, le directeur régional interrégional des services pénitentiaires dans ce même ressort, un expert psychiatre qui ne saurait naturellement être celui qui réalise l'expertise obligatoire du condamné, un expert psychologue titulaire d'un master en psychologie, un représentant d'une association nationale d'aide aux victimes et un avocat membre du Conseil de l'ordre.

⁶⁹⁰ En pratique, la Commission se prononce sur la base de la gravité des faits, des expertises présentes dans le dossier et de l'opinion, pas toujours éclairée du psychiatre ou du psychologue présent. Certes, l'avis de cette Commission aura fort heureusement été précédé d'un passage au Centre national d'évaluation, situé à Fresnes,

dangerosité ou le risque de récidive, mais aussi sur la mesure elle-même »⁶⁹¹. Compte tenu du soudain afflux de réclusionnaires à perpétuité et de la concurrence, au titre de l'évaluation, de condamnés pressentis pour subir un placement sous surveillance électronique mobile, un « véritable embouteillage »⁶⁹² n'allait pas tarder à se manifester, au point qu'il avait pu être retenu par la jurisprudence que la juridiction pourrait se passer du passage au Centre pénitentiaire de Fresnes⁶⁹³. S'il est vrai que, devant la lourdeur de cette procédure ainsi que devant le manque de compétence de cette institution, il a été décidé de rendre le recours facultatif, la loi « *récidive III* »⁶⁹⁴ a modifié l'article 763-10 du Code de procédure pénale qui énonce désormais que la juridiction compétente « *peut solliciter cet avis* ». En revanche, l'article 729 du Code de procédure pénale, relatif à la libération conditionnelle des réclusionnaires à perpétuité n'a pas été modifié et ce texte ne renvoyant non pas à l'article 763-10, mais à l'article 706-53-14, non modifié, il faut en inférer que l'évaluation préalable demeure obligatoire dans ce cas précis.

De tout ceci, il précède donc que les perspectives de libération des réclusionnaires à perpétuité seront de plus en plus lointaines, voire illusoires⁶⁹⁵ en raison de la dangerosité⁶⁹⁶ des condamnés et des réformes successives. La Haute autorité de santé détermine alors la dangerosité psychiatrique comme « *la manifestation symptomatique liée à l'expression directe de la maladie mentale* » et la dangerosité criminologique comme « *l'ensemble des facteurs environnementaux et situationnels susceptibles de favoriser l'émergence du passage à l'acte* »⁶⁹⁷. Cet état de dangerosité permet de justifier les décisions prises par les juridictions

qui présente plus de sérieux, mais dont le rapport n'est pas joint au dossier, l'intervention de la commission étant seul transmise au Tribunal d'application des peines. Toutefois, si cette évaluation est plus sérieuse que celle réalisée par la commission, l'outil scientifique manque encore. Le professionnalisme du Centre pénitentiaire de Fresnes tient plus à son expérience et à la durée du séjour du condamné dans ses murs.

⁶⁹¹ M. HERZOG EVANS, « La perpétuité plus réelle qu'auparavant : le durcissement continu de l'exécution de la peine de réclusion criminelle à perpétuité », *loc. cit.* L'auteur propose de réinventer une organisation plus scientifique et un retour au travail d'équipe, qui s'est semble-t-il perdu.

⁶⁹² *Ibid.*

⁶⁹³ *Ibid.* L'auteur a rappelé que « *pourtant, cette jurisprudence a été condamnée par une circulaire de la direction des Affaires criminelles et des grâces du 28 janvier 2008. Puis une dépêche de la DAP du 13 juin 2008 a limité cette éventualité aux peines à temps. Elle a par ailleurs menacé les juridictions de recours systématiques qu'elle demandait aux parquets d'exercer contre toute décision contraire* ».

⁶⁹⁴ Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010.

⁶⁹⁵ V. *infra* n° 190.

⁶⁹⁶ M. HERZOG EVANS, « La perpétuité plus réelle qu'auparavant : le durcissement continu de l'exécution de la peine de réclusion criminelle à perpétuité », *loc. cit.* L'auteur précise : « *Atteints de pathologies mentales qu'il n'a pas été possible d'équilibrer ou auteurs de faits qui rendent inenvisageable leur libération, ils peuvent en outre ne pas pouvoir être accueillis dans des structures hospitalières adaptés à leur libération* ».

⁶⁹⁷ Rapport de la Commission d'audition publique sur l'expertise psychiatrique pénale, 25 et 26 janv. 2007, Haute autorité de santé, p. 7.

d'application des peines quant au refus de demande de libération conditionnelle et permet de confirmer la réclusion criminelle à perpétuité. « *Un nombre non négligeable des condamnés est suradapté à l'incarcération et la vie n'est plus concevable au dehors de ce cadre, un état de fait qui est confirmé par la littérature criminologique. Pour toutes ces raisons, il a pu être dit qu'il est possible d'affirmer que la perpétuité existe réellement en France, à l'exact opposé au départ, fondé sur le pur constat de l'état du droit* »⁶⁹⁸. Par ailleurs, la Commission Cotte a proposé une simplification du régime de la mesure probatoire dans le sens de l'individualisation de la peine en la rendant facultative sauf lors d'un prononcé d'une réclusion criminelle à perpétuité et de fixer sa durée à un maximum de 2 ans sans minimum.

Il peut alors être constaté une exclusion de la réclusion criminelle à perpétuité dans le cadre des propositions de réforme relatives à la liberté conditionnelle conduisant à s'interroger sur la notion de dangerosité.

⁶⁹⁸ M. HERZOG EVANS, « La perpétuité plus réelle qu'auparavant : le durcissement continu de l'exécution de la peine de réclusion criminelle à perpétuité », *loc. cit.*

Section 2

Un comportement criminel minimisé

120. La dangerosité est évaluée par rapport à l'incrimination à l'origine de la peine. Elle doit donc prendre naissance dans le jugement de condamnation. Il ne peut être estimé une dangerosité pour des actes postérieurs hypothétiques, mais pour des actes passés avérés, sinon non conformes à l'article 5 § 1 pour cause d'arbitraire. De surcroît, le comportement criminel minimisé s'analyse par une appréhension binaire de la dangerosité (§ 1) et par un équilibre trouvé dans l'adaptabilité de la peine (§ 2)

§ 1. L'appréhension binaire de la dangerosité

121. La dangerosité peut être définie dans une acception courante comme le caractère nuisible et redoutable d'une chose, celle-ci, dans le langage juridique, exposant la probabilité de passage à l'acte délictueux. Ainsi, le caractère dangereux d'un individu peut être résumé à la probabilité élevée de perpétrer un acte nuisible envers la société. Néanmoins, si la dangerosité peut être accueillie dans une analyse de droit post-sentenciel, elle ne s'identifie pas comme une caractéristique permanente du réclusionnaire, la Cour européenne l'a régulièrement répété⁶⁹⁹. De plus, alors que la persistance de la dangerosité est indispensable, elle ne suffit pas comme seul indicateur pour maintenir l'individu en détention : il faut prendre en considération l'évolution du niveau de dangerosité de l'individu au cours de la détention par rapport à la sentence initialement infligée (A) et la dangerosité prolongée dans l'exécution carcérale (B).

A. Une dangerosité causée par l'infraction initiale

122. La dangerosité peut s'appréhender au travers de l'infraction initiale qui la génère. Ainsi, le lien de causalité entre la condamnation et la prolongation de la privation de liberté s'étirerait à mesure que le temps passe. Ce lien de causalité, comme il peut être compris à l'alinéa 1 a) de l'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des

⁶⁹⁹ CEDH, 2 mars 1987, *Weeks c/ Royaume-Uni*, § 46, *préc.* ; CEDH, 25 oct. 1990, *Thynne, Wilson et Gunnell c/ Royaume-Uni*, *préc.*

libertés fondamentales peut finir par se briser dans l'hypothèse où une nouvelle décision prononçant le maintien en détention de l'individu se fonde sur un motif incompatible avec l'objectif visé par la décision originaire ou sur une appréciation non raisonnable en rapport avec ledit objectif. Cela a été souligné par la Cour, précisant que « *dans ce cas, un internement régulier à l'origine se muerait en une privation de liberté arbitraire et, dès lors, incompatible avec l'article 5* »⁷⁰⁰. Il est alors particulièrement intéressant d'observer le maintien en détention sous l'angle de la Convention. Celle-ci fait la synthèse des différentes philosophies de la sentence pénale telle que cette dernière peut être conçue en Europe. Par exemple, en Angleterre une phase de sanction puis une phase de sûreté sont conçues dans les peines perpétuelles, la phase de sanction est appelée phase « *tariff* »⁷⁰¹ et permet d'appliquer le *quantum* punitif de l'acte perpétré, la seconde phase est une phase dite de sûreté, qui peut répondre à deux objectifs, soit pallier à l'insuffisance moratoire de la vertu punitive de la première phase, soit, si la première phase s'est avérée suffisante pour punir l'individu, à neutraliser le danger que pourrait encore représenter ledit individu en maintenant ce dernier en détention. C'est en ce sens que l'arrêt *Stafford c/ Royaume-Uni*⁷⁰² précise « *qu'à l'issue de la période punitive, le maintien en détention est fonction d'éléments de dangerosité et de risques liés aux objectifs de la sentence initiale infligée* ». Le but d'une peine perpétuelle ne serait alors pas de seulement punir, mais aussi de préserver la société d'un danger plausible émanant de l'individu alors privé de liberté. Une fois de plus, la jurisprudence de la Cour européenne laisse présager l'existence de certains droits non explicités. Le balancement opposé aux droits des poursuivis et détenus serait un droit de l'individu innocent voire victime, un droit du groupe social extérieur à la prison, ou encore un droit appartenant à tout individu qui n'est pas l'individu dont la dangerosité en question est attestée.

Peut-il être considéré cependant une même démarche dans tous les mécanismes répressifs des États européens ? Le système britannique pose une base répressive sur laquelle s'ajoute une mesure « *post-préventive* », le néologisme oxymorique présentant très clairement la démarche politique soutenant le schéma, il convient de s'assurer de la suppression du risque de récidive⁷⁰³. Il peut alors être procédé à l'analyse de la méthode de composition de la peine en droit français. Quel est l'avis de la Cour européenne ? A-t-elle un avis sur la perpétuité vécue ou sur la peine vécue en général ? Est-ce que d'après le raisonnement

⁷⁰⁰ CEDH, 24 juin 1982, *Van Droogenbroeck c/ Belgique*, n° 7906/77, § 40, Série A, n° 50.

⁷⁰¹ V. *supra* n° 63.

⁷⁰² CEDH, 28 mai 2002, *Stafford c/ Royaume Uni, préc.*

⁷⁰³ V. *infra* n° 196.

antérieur, une analyse d'un raisonnement sur la peine classique suffit pour comprendre la direction que donne la Cour européenne ? A-t-elle un avis assez large pour laisser rentrer les deux procédés en conformité ? N'est-il pas profitable de resserrer l'étau de tolérance en faveur d'un seul procédé ? En l'occurrence, à travers l'affaire *Léger c/ France* il peut être cerné la question de la légalité de l'exécution de la peine, la requête estimait la peine arbitraire après quarante et un ans de détention sur le fondement d'un lien insuffisant entre la condamnation par un tribunal compétent⁷⁰⁴ et sa privation de liberté à considérer à chaque instant de sa détention. La Cour saisit l'occasion pour « réveiller » une jurisprudence antérieure : le rapport juridique formel entre une condamnation et une décision de non-élargissement (ou de réincarcération) ne suffit pas à justifier une détention au regard de l'article 5 § 1 a). En l'espèce, il a été estimé par la Cour européenne que la dangerosité et le risque de récidive étaient encore liés aux objectifs de la peine infligée à l'origine après trente-sept ans de détention (en 2001). Il a été constaté que si cela n'était plus le cas en 2005, l'appréciation des autorités nationales était raisonnable eu égard à leur marge d'appréciation en la matière. Il s'agirait alors d'analyser le phénomène de la sanction pénale comme suit : l'acte criminel entraîne une charge de dangerosité qui doit être posée, établie (quitte à établir un réel tableau, avec des probabilités) et la peine n'est donc pas uniquement une réponse à l'acte commis, mais une réponse à la dangerosité du réclusionnaire, c'est-à-dire à l'acte pour lequel on le sait capable de passer à l'action. Néanmoins, un problème demeure et la Cour européenne ne se prononce pas réellement, par la classique « *marge libre d'appréciation de chaque État* ». N'est-il pas nécessaire sur ce point d'imposer une même démarche à tous les États ? Il est possible de solliciter l'analyse du paragraphe 80 de l'arrêt *Stafford c/ Royaume Uni*⁷⁰⁵. Une fois que le réclusionnaire a satisfait à l'élément punitif de sa sentence (l'anglo-saxon « *tariff* »), le maintien en détention doit être motivé, « *comme dans les affaires concernant des détenus frappés d'une peine perpétuelle discrétionnaire ou des mineurs condamnés pour meurtre, par des considérations de risque et de dangerosité* ». À cet égard, faut-il prendre en considération le caractère acceptable de la libération pour le public, tel qu'il a été entrevu, mais pas invoqué par les ministres ? Dans l'affaire *Anderson and Taylor*, Lord Justice Simon Brown a affirmé qu'il n'est pas légitime de se soucier de la confiance du public dans la justice pénale pour commander le maintien en prison d'un individu qui a déjà effectué la peine requise à titre punitif si celui-ci ne représente plus de danger pour la société.

⁷⁰⁴ Comme l'exige l'article 5 a) de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁷⁰⁵ CEDH, 28 mai 2002, *Stafford c/ Royaume Uni*, préc.

123. Par ailleurs, une réserve peut être entrevue dans l'analyse de la Cour dans la mesure où les autorités nationales françaises n'ont établi leur décision de non-élargissement que sur des motivations afférentes à l'amendement du réclusionnaire et non à sa resocialisation. Aucune information n'avait été apportée sur le « contenu » de la peine. Le gouvernement français dans son analyse de la situation par rapport à l'article 3 de la Convention garantit des conditions de détention propres à éviter une « *mort intellectuelle et sociale* ». Or, s'il est référé à l'arrêt *M. c/ Allemagne* du 17 décembre 2009⁷⁰⁶, la nature des mesures pénales est discernée, mais la frontière du point de vue de leurs objectifs levée. Une incertitude alors apparaît et excuse le positionnement de la Cour concernant la démarche individuelle des États. D'après le paragraphe 130 dudit arrêt, les peines auraient principalement un but punitif et les mesures d'amendement et de prévention seraient préventives, néanmoins, les objectifs des sanctions se recouperaient en partie. Quels peuvent être alors ces objectifs qui, supposément, se rejoignent ? Se rejoignent-ils dans une mesure complète ou partielle ? Il a été donné une opinion dissidente⁷⁰⁷ qui démontre l'incohérence qui trahit l'analyse qui a été faite par les autorités nationales en l'espèce dès lors que les mêmes causes factuelles (les modalités de l'exécution de la peine par l'individu) n'ont pas produit les mêmes effets juridiques (tels qu'exprimés dans les motifs du refus d'octroi d'une libération conditionnelle). Une peine est considérée arbitraire au sens de l'article 5 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales si la répression initiale est utilisée pour préjuger d'actes que le réclusionnaire pourrait perpétrer dans le futur. Il peut alors être finalement observé un triptyque mêlant exigences de la Cour européenne, conception étatique de la peine et origine de la perception de la dangerosité.

De plus, la dangerosité doit être analysée en fonction de la source juridictionnelle qui l'établit. Ainsi, l'arrêt *Stafford c/ Royaume-Uni*⁷⁰⁸ rendu le 28 mai 2002 relate la condamnation pour meurtre puis la libération conditionnelle de l'individu, laquelle est suivie par la réalisation de faux. Suite à la purge de sa condamnation, l'individu est maintenu en détention. Il convient de se questionner sur la dangerosité que peut encore inspirer un individu ayant commis une infraction contre les biens ne faisant intervenir aucun moyen de pression sur un individu⁷⁰⁹. Le lien de causalité évoqué ci-dessus était bel et bien rompu du fait de la libération sous conditions afférentes à la première inculpation. Il ne pèse donc pas sur la

⁷⁰⁶ CEDH, 17 déc. 2009, *M. c/Allemagne*, n° 19359/04, D. 2010, p. 737, note J. PRADEL.

⁷⁰⁷ Jean Paul Costa, conseiller d'État honoraire et ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme du Conseil de l'Europe à Strasbourg.

⁷⁰⁸ CEDH, 28 mai 2002, *Stafford c/ Royaume Uni*, préc.

⁷⁰⁹ Comme l'extorsion par exemple.

personne une présomption de dangerosité perpétuelle⁷¹⁰. Cela caractérise l'essentiel de l'exigence de la Cour européenne en matière de dangerosité et de peine perpétuelle, c'est le curseur sur lequel il faut porter le raisonnement visant à exclure les pratiques arbitraires de maintien en détention de telle sorte que nul n'a le pouvoir en droit interne d'imposer « *une détention à durée indéfinie pour empêcher de se livrer à d'autres irrégularités à venir* »⁷¹¹.

B. Une dangerosité prolongée dans l'exécution carcérale

124. Alors que la mesure de sûreté peut être considérée comme l'accessoire de la peine, c'est paradoxalement l'élément central de l'analyse de la problématique de la dangerosité au regard de la jurisprudence de la Cour européenne. En effet, l'arrêt *M. c/ Allemagne* en montre un parfait exemple illustrant au détour de la mesure de sûreté la nécessité d'un lien continu de causalité. Le principe de la mesure de sûreté n'est pas remis en cause, même si elle s'avère être « *illimitée* ». Néanmoins, elle est sujette à la conformité à l'article 5 § 1.a), c'est-à-dire satisfaire au critère requis pour une condamnation aux fins de l'article 5 § 1.a) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : être liée à un constat de culpabilité d'une infraction. En l'espèce, la sentence initiale prévoyait une peine d'emprisonnement en 1986 suivie d'un placement en détention de sûreté. Ce placement a eu lieu en 1991, et se poursuit au-delà des dix années prévues. En effet, il est fait application après 2001 d'une loi entrée en vigueur en 1998 permettant le placement en détention de sûreté pour un délai illimité. En 2004, le réclusionnaire a présenté une requête qui mettait en exergue la détention prolongée sur le fondement judiciaire originaire. Eu égard l'article 5 § 1.a) il est démontré une absence de prévisibilité pour le requérant, au moment de l'infraction, d'une sûreté illimitée. De plus, il est important de préciser que le lien de causalité est rompu entre le moment où a été prononcée la sentence pénale et le moment où il a été décidé le prolongement de son placement en détention de sûreté. Les modalités de la sanction ont en effet changé. Cela permet-il de considérer qu'il faut comparer deux paysages factuels et juridiques et observer la nature et l'intensité des différences qui peuvent survenir ? De même, une non-conformité à l'égard de l'article 5 § 1.c) peut être soulevée : « *une mesure ne peut pas avoir un sens préventif sur des infractions potentielles, car elles ne sont ni aussi concrètes ni aussi précises que la Cour l'exige* ». De

⁷¹⁰ F. MASSIAS, « Peine perpétuelle obligatoire et maintien de la détention », RTDH 2003, p. 945.

⁷¹¹ CEDH, 28 mai 2002, *Stafford c/ Royaume Uni, préc.*, § 81.

plus, « *des personnes placées en détention de sûreté ne doivent pas être aussitôt traduites devant un juge et jugées pour des infractions potentielles* ». Que faut-il entendre par « *aussitôt* »⁷¹² ? L’adverbe est utilisé à mauvais escient et doit certainement traduire la volonté d’attendre un signe extérieur de dangerosité plutôt que d’établir un automatisme d’initiatives préventives à l’intérieur du schéma post-sentenciel.

125. Pour trouver une piste éclairant ces interrogations, il convient de conforter l’analyse par l’apport de l’arrêt rendu le 13 janvier 2011 par la Cour européenne des droits de l’homme, dit *Haidn c/ Allemagne*⁷¹³. En l’espèce, un tribunal régional condamne pour viol à une peine cumulée de trois et six ans M. Haidn. En avril 2002, alors que la peine punitive allait prendre fin trois jours plus tard, un tribunal a siégé en tant que chambre de l’exécution des peines et a ordonné le placement du réclusionnaire pour une durée illimitée, en vertu de la loi bavaroise sur les délinquants dangereux, entrée en vigueur en janvier 2002. Seule la condamnation initiale peut être considérée comme une condamnation au sens de l’article 5 paragraphe 1.a) de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales. Or celle-ci ne comportait pas d’ordonnance de placement en détention de sûreté adjointe à la peine d’emprisonnement. De plus et surtout, ce type d’ordonnance était absente de la législation en vigueur en 1999. Cette solution a été reprise dans de nombreux arrêts subséquents⁷¹⁴. La même conclusion peut être extraite de l’arrêt *Scheper c/ Belgique* rendu le 13 octobre 2009 comme l’exprime « *la mise à disposition du requérant au Gouvernement pendant dix ans après avoir purgé sa peine ne semble pas arbitraire, car elle faisait partie de la peine fixée par un tribunal correctionnel au moment de la condamnation du requérant* ». Aussi il conviendrait de s’interroger sur le fait que ce concept de dangerosité ne serait-il pas à abandonner ? À l’issue de consultation d’experts psychiatres auxquelles a procédé la Commission Cotte⁷¹⁵, il en résulte que cette dernière a considéré que « *ce concept ne recouvrait aucune définition scientifique ou juridique précise et indiscutable faisant davantage appel à l’irrationnel, voire à la morale, alors pourtant que cette notion était*

⁷¹² V. *supra* n° 66.

⁷¹³ CEDH, 13 janv. 2011, *Haidn c/ Allemagne*, n° 6587/04.

⁷¹⁴ CEDH, 21 oct. 2010, *Grosskopf c/ Allemagne*, n° 24478/03 ; CEDH 13 janv. 2011, *Schummer c/ Allemagne*, n° 27360/04 et 42225/07 ; CEDH, 13 janv. 2011, *Kallweit c/ Allemagne*, n° 17792/07 ; CEDH, 13 janv. 2011, *Mautes c/ Allemagne*, n° 20008/07.

⁷¹⁵ V. Rapport sur la refonte du droit des peines, remis le 18 décembre 2015 et accessible en ligne depuis le site du ministère de la justice.

susceptible d'affecter notablement certaines possibilités d'aménagements de peines »⁷¹⁶. De ce fait, au regard des incertitudes entourant cette notion qui avait fait l'objet de réserves de la part du Contrôleur général des lieux de privation de liberté ainsi que du Conseil constitutionnel, la Commission a considéré qu'il convenait de lui substituer celle de concept de « *prévention de la récidive* », correspondant en ce sens à une notion juridique claire et un objectif précis auxquels doit tendre le législateur. La définition de la prévention de la récidive étant alors à la portée du législateur. Aussi, par la simplification du concept dans la nécessité de garantir la sûreté, cela permettrait de répondre aux exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme.

Le lien de causalité, qui est dénommé ainsi par la littérature, devrait alors porter un autre nom, comme « *lien de continuité* » ou « *lien de référence* », un fil d'Ariane qui permet d'observer à travers les époques, la juridicité des instruments juridiques utilisés pour placer l'individu en détention provisoire. C'est aussi et surtout un lien qui doit prendre naissance dans la condamnation initiale. Peut-il prendre naissance après dans la mesure où les faits n'ont pas changé, mais que la loi ne le permettait pas au moment de la condamnation initiale ? Peut-il prendre naissance après dans la mesure où les faits n'ont pas changé et que la loi le permettait au moment de la condamnation initiale ?

§ 2. Le refus d'une peine unitaire

126. Le refus d'une peine unitaire se transmet par l'équilibre trouvé dans l'adaptabilité de la peine. Aussi une sur effectivité du principe de non-rétroactivité (A) est à mettre en corrélation avec une efficacité souhaitée du principe d'individualisation (B).

A. Une sur effectivité du principe de non-rétroactivité

127. L'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prévoit que « *il ne peut y avoir de peine sans loi. 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. De ce fait, le*

⁷¹⁶ P. LEMOINE, « Les simplifications relatives aux aménagements de peine », in *Pour une refonte du droit des peines*, E. BONIS-GARÇON (ss la dir.), éd. Lexis Nexis, 2016, p. 43.

présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnu par les nations civilisées. » C'est un corollaire du principe de légalité, trouvant son origine dans l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 prévoyant que « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ». S'agissant de la loi pénale, une distinction doit être faite entre les lois de pénalité et les lois d'exécution des peines. Surtout, la qualification juridique de peine ou de mesure de sûreté est d'une importance primordiale lorsqu'il s'agit d'observer le principe de non-rétroactivité. En effet, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère ne s'applique qu'aux peines, balancement direct du principe de légalité criminelle, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale ne peut atteindre en principe les mesures de sûreté⁷¹⁷. Quelle différence peut se trouver à l'origine de cette dissociation de régime juridique ? Une peine est prévue en guise de sanction à un comportement infractionnel, le principe de la légalité criminelle vise donc à établir la prévisibilité de la réponse sociale au comportement libre de l'individu. La mesure de sûreté, en revanche, est détachée de l'infraction originaire, et s'applique en fonction de la dangerosité de l'individu, l'infraction n'est donc pas l'élément déclenchant l'application d'une mesure de sûreté, de telle sorte que dans une projection temporelle, l'infraction commise avant l'entrée en vigueur d'une mesure de sûreté est sans incidence sur l'application de cette dernière. De l'infraction et de la dangerosité émanent deux réponses distinctes. La première provoque la punition, la seconde, la protection et de ce fait pour l'une, de l'agent infractionnel, pour l'autre, de la société. Deux enjeux différents pour d'un côté, des lois de pénalité et de l'autre, des lois d'exécution des peines, qui ne sont pourtant pas antagonistes ni incompatibles. Un contrôle doit alors être effectué pour s'assurer qu'aucune confusion n'est faite entre l'usage de la peine en guise de protection et de la mesure de sûreté en guise de punition. L'effet de l'une sous le prétexte de l'autre s'avérerait incompatible avec l'essence du droit pénal, mais surtout avec la jurisprudence de la Cour européenne. Ainsi, ce serait davantage l'effet du moyen impliqué que son appellation qui serait enclin à choir face au principe de non-rétroactivité de la loi pénale. C'est ce que retient la Cour européenne lorsqu'elle analyse un procédé étatique tendant à la privation de liberté de l'individu. Au travers de l'arrêt *M. c/ Allemagne*⁷¹⁸, la Cour, qui rappelle que la détention de sûreté est une

⁷¹⁷ C. COURTIN, « La surveillance post-carcérale des personnes dangereuses et l'application de la loi dans le temps », Dr. pén. 2008, pp. 6-12.

⁷¹⁸ CEDH, 17 déc. 2009, *M. c/Allemagne*, préc.

mesure applicable à des individus qui ont fait l'objet d'une condamnation pénale suite à la commission d'une infraction grave et que cette mesure doit avoir été envisagée par la juridiction de condamnation, concède que l'objectif premier de cette mesure est de prévenir avant de sanctionner. Néanmoins, si l'objectif affirmé par la loi allemande n'est pas une punition, les modalités de sa mise en œuvre, notamment et surtout l'organe juridictionnel de condamnation, non suivi de l'exécution des peines, attestent davantage la réalité d'une peine. La Cour a qualifié la détention de sûreté allemande de « peine ». Le principe de non-rétroactivité de la loi pénale doit alors s'appliquer à ce moyen coercitif. La mesure française analogue à la mesure allemande est semblable dans les formes comme dans les effets, le Conseil constitutionnel a su alors anticiper la censure européenne en se prononçant sur la loi sur la rétention de sûreté qui prévoyait une application rétroactive aux individus condamnés avant son entrée en vigueur⁷¹⁹, déclarant, par une démonstration pampiniforme et timide⁷²⁰, que bien qu'il ne s'agisse « *ni (d')une peine, ni (d')une sanction ayant le caractère d'une punition* », son extrême sévérité tendant à une privation de liberté possiblement perpétuelle ne peut aboutir à l'approbation de sa rétroactivité. Ainsi, en comptant le délai de la peine minimale exigée égale à quinze ans, voire douze ans si une réduction de peine est accordée, la mesure de rétention de sûreté ne pourra être appliquée qu'en 2020, aux seuls individus condamnés pour des crimes commis après le 26 février 2008 (sans préjudice de l'hypothèse selon laquelle un individu remis en liberté, mais placé sous surveillance de sûreté méconnaît ses obligations, la mesure est alors immédiatement applicable et conduit au placement de la personne en centre socio-médico-judiciaire de sûreté, d'après l'article 706-53-19 du Code de procédure pénale).

128. C'est ainsi que la question s'est posée de savoir lors de la jurisprudence européenne *Del Rio Prada*⁷²¹ si cette dernière constituait un revirement par rapport à la jurisprudence *Kafkaris*⁷²². En matière de réclusion criminelle à perpétuité, seul le sort des

⁷¹⁹ Cons. const., 21 févr. 2008, *préc.*

⁷²⁰ C. LAZERGES, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », RSC 2008, pp. 731-746.

⁷²¹ CEDH, Gde Ch., 21 oct. 2013, *Del Rio Prada c/ Espagne*, n° 42750/09, D. 2013, p. 2775, obs. J. FALXA ; Dr. pén. n° 1, janv. 2014, étude 2, V. PELTIER ; RSC 2014, p. 174, obs. D. ROETS.

⁷²² CEDH, 12 févr. 2008, *Kafkaris c/ Chypre*, *préc.* Dans cette affaire, M. Kafkaris pouvait raisonnablement espérer lors du prononcé de sa condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité qu'il serait libéré conditionnellement au bout de vingt ans ; cependant, le droit chypriote devait ultérieurement anéantir de tels espoirs. La Cour devait écarter la violation de l'article 7 au motif, d'une part, de la distinction entre peines et exécution des peines et, d'autre part, du fait que le requérant n'avait pu prouver qu'il existait une certitude quasi absolue lors des faits litigieux ou même de sa condamnation qu'il serait libéré au bout de vingt ans, ceci ne constituant qu'une pratique solidement ancrée.

réductions de peines est envisageable sous l'angle de la Cour de Strasbourg. En effet, si la Cour estimait que le droit espagnol était suffisamment prévisible lors de la commission des faits par la requérante, tel n'avait pas été le cas dans l'affaire *Kafkaris*. De plus, la Cour persiste à considérer qu'exécution de la peine et peine sont nettement dissociables et justiciables de règles distinctes quant à l'article 7. Elle estime pour l'espèce que la requérante ne pouvait prévoir le changement qui surviendrait ultérieurement. Le fait qu'il s'agissait d'un revirement jurisprudentiel changeant l'interprétation de la loi a également pesé. Un autre élément a manifestement compté selon lequel l'allongement de la durée de la peine a été considérable⁷²³. Par conséquent, la Cour se doit de prendre en compte le système juridique du pays en cause au regard de l'application de l'article 7 de la Convention⁷²⁴. Aussi la petite ouverture consentie dans l'arrêt *Del Rio Prada* permet d'ores et déjà de retenir que l'application de l'article 41 se référant aux longues peines est illégale, car ces dernières seraient confrontées à des changements imprévisibles, un allongement sensible de la durée de la peine⁷²⁵ et une rétroactivité en conséquence *in pejus*⁷²⁶.

⁷²³ M. HERZOG-EVANS, « La rétroactivité de lois d'exécution des peines plus sévères limitée par la Cour européenne des droits de l'homme », AJ pénal 2012, p. 494.

⁷²⁴ L'idée que l'exécution des peines constituerait une phase détachable des phases antérieures du processus pénal, parce qu'elle serait celle à partir de laquelle l'exécutif prendrait le relais n'est plus défendable en France depuis la juridictionnalisation opérée par les réformes de 2000 et 2004. La déjuridictionnalisation partielle ultérieure (loi pénitentiaire, 24 nov. 2009) ne change pas encore le processus à cet égard. L'exécution des peines intervient bien dans la continuité de son prononcé. Ce sont les mêmes condamnations qui sont retouchées, transformées par le JAP ou le TAP. Il en va *a fortiori* ainsi en matière de réductions de peine, lesquelles réduisent la durée même des peines privatives de liberté et sont tout autant à l'esprit des condamnés que des magistrats qui prononcent les peines.

⁷²⁵ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz Action, 5^e éd., 2016/2017. L'auteur précise que « Si, dans certains États européens, il est encore possible de considérer qu'il existe une dichotomie nette entre exécution et peine, pour ce qui concerne la France, il ne nous semble plus faire de doute que, depuis les réformes fondatrices de 2000 et 2004, l'exécution des peines constitue bien la dernière phase du procès pénal. Notons en outre les contradictions de la Cour européenne des droits de l'homme elle-même, laquelle écarte la nature de peine pour ce qui concerne l'octroi des réductions de peine au sens de l'article 7 au motif qu'il ne serait pas partie intégrante de la peine (Com. EDH, 28 fév. 1996, *Hosein c/ Royaume-Uni*, n° 26293/95 ; CEDH, 12 fév. 2008, *Kafkaris c/ Grèce*, préc.), mais n'a pas la moindre hésitation à qualifier le retrait de ces mêmes réductions de peine de sanction pénale précisément parce que le condamné pouvait en espérer le bénéfice dès lors qu'elles sont rattachées à sa peine (CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, préc. ; CEDH, Gde ch., 9 oct. 2003, *Ezeh et Connors c/ Royaume-Uni*). Ces contorsions sont difficilement défendables pour un esprit juridique cartésien ».

⁷²⁶ M. HERZOG-EVANS, « L'insupportable article 730-2 et son application immédiate *in pejus* », AJ pénal 2015, p. 217. En France, le législateur a parfois dérogé à la norme de non rétroactivité et ce *in pejus*. Dans ces circonstances, l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme est de peu de secours car la jurisprudence européenne tolère la rétroactivité *in pejus* à moins que cela ne se traduise par un excessif allongement de la peine.

Le Conseil constitutionnel s'est prononcé en donnant une large portée au principe, l'étendant à tout moyen ayant le caractère d'une punition⁷²⁷. En ce sens, une réserve d'interprétation a censuré certains articles de la loi du 9 septembre 1986⁷²⁸ relative à la lutte contre la criminalité afin que la période de sûreté de trente ans instituée pour l'occasion ne puisse pas s'appliquer aux infractions commises avant son entrée en vigueur. Les lois visant l'exécution des peines peuvent donc être régies par les mêmes principes que les lois de pénalité. L'article 112-2 3° du Code pénal dispose ainsi que les lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines sont d'application immédiate, mais que « *lorsqu'elles auraient pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation (elles) ne sont applicables qu'aux condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement à leur entrée en vigueur* ».

B. Une efficacité souhaitée du principe d'individualisation

129. Le mouvement général du droit pénal est celui de l'individualisation⁷²⁹. Considéré comme un principe directeur du droit criminel par Raymond Saleilles⁷³⁰ puis érigé au centre de la Défense sociale nouvelle de Marc Ancel⁷³¹, le principe d'individualisation des peines permet au juge d'adapter la sanction pénale en fonction de la personnalité de l'auteur de l'infraction et des circonstances dans lesquelles cette dernière a été commise⁷³². L'individu est alors considéré comme une personne non figée et sont pris en considération son parcours, son évolution et son contexte. Cela paraît inconciliable avec le prononcé d'une peine perpétuelle⁷³³. En effet, si les juges bénéficient d'une liberté d'appréciation, la peine perpétuelle telle que la sémantique le suppose est invariable. De plus, il convient de rappeler que le Conseil constitutionnel a initialement refusé d'adjoindre la valeur constitutionnelle au principe d'individualisation en précisant que ledit principe « *n'a jamais eu le caractère d'un principe unique et absolu prévalant de façon nécessaire et dans tous les cas sur les autres fondements de la répression pénale* »⁷³⁴. Par la suite, le principe a été déclaré comme principe

⁷²⁷ Cons. const., 30 déc. 1982, n° 82-155 DC, Rec. 88.

⁷²⁸ Loi n° 86-1019 du 9 septembre 1986.

⁷²⁹ V. *supra* n° 89.

⁷³⁰ R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine, op.cit.*

⁷³¹ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle, op.cit.*

⁷³² V. *supra* n° 91.

⁷³³ V. *supra* n° 89.

⁷³⁴ Cons. const., 19-20 janv. 1981, *préc.*

constitutionnel dans des décisions⁷³⁵. Dès lors que le Conseil constitutionnel affirme que le principe d'individualisation peut être limité par le législateur, le principe d'individualisation ne peut pas être totalement supprimé. Ainsi, la constitutionnalité de la peine incompressible ou de la mesure de détention illimitée présente une incompatibilité avec le principe d'individualisation des peines si elles s'opposent à tout aménagement. En ce sens, il convient de rappeler que dans une décision du 20 janvier 1994, le Conseil constitutionnel a indiqué que l'exécution d'une peine n'a pas pour unique objectif de punir le condamné, mais également de l'amender et le réintégrer, en plus de protéger la société de celui-ci. Il peut alors être observé que les objectifs mis en œuvre par le principe d'individualisation des peines font un net écho au sens de la peine tel que la Cour européenne le perçoit⁷³⁶ et sont relayés au travers des articles nouveau 132-1 du Code pénal (depuis la loi n° 2014-896 du 15 août 2014), anciennement 132-24 du Code pénal concernant le prononcé de la peine, et 707 du Code de procédure pénale à l'égard de l'exécution de la peine. Afin de décider de la constitutionnalité d'une mesure de sanction pénale, le Conseil constitutionnel évalue de ce fait si celle-ci contrevient au principe de nécessité et de proportionnalité. Pour une telle évaluation, il doit être attesté de la possibilité ou non pour le juge d'adoucir la mesure concernée. Les échappatoires prévues pour la rétention de sûreté ainsi que pour la période de sûreté incompressible ne sont alors rien d'autre que des moyens d'éviter à ces mesures d'écoquer d'une inconstitutionnalité. En ce sens, le contrôle intervenant en amont du renouvellement de la rétention de sûreté afin de confirmer sa nécessité eu égard de l'évolution de l'état de l'individu et du fait qu'il se soumette aux soins proposés permet d'écarter le grief d'une disproportion tirée d'un renouvellement sans limitation de durée. De même, concernant la période de sûreté incompressible, une fois que le condamné a exécuté trente années de peine d'emprisonnement, le tribunal d'application des peines aura la possibilité de réduire la peine ou d'y mettre fin si le condamné manifeste une volonté de réadaptation sociale comme le prévoit l'article 720-4 du Code de procédure pénale.

130. Pour autant, la loi « *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales* » du 15 août 2014 précise, à travers sa retranscription à l'article 707 du Code de procédure pénale que « *le régime d'exécution des peines privatives et restrictives de liberté (...) est adapté au fur et à mesure de l'exécution de la peine, en fonction*

⁷³⁵ Cons. const., 15 mars 1999, n° 99-410 DC ; Cons. const., 22 juill. 2005, *préc.* ; Cons. const., 3 mars 2007, *préc.*

⁷³⁶ V. *supra* n° 21.

de l'évolution de la personnalité et de la situation matérielle, familiale et sociale de la personne condamnée, qui font l'objet d'évaluations régulières ». Une démarche continue et une adaptation constante de la peine à l'individu peuvent être entendues au vu des prévisions de la loi du 15 août 2014 sur ce qui peut être qualifié d'accompagnement renforcé à l'exécution de la peine. La peine vécue se détache alors peu à peu de l'infraction commise pour se recentrer sur la personne condamnée. À l'heure de la consommation de masse du délit, une politique de la sanction pénale sur-mesure est entreprise. En effet, l'article 707 du code de procédure pénale précise que « *le régime d'exécution des peines privatives et restrictives de liberté vise à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions* ». En plus de cela, la même loi prévoit que « *toute personne condamnée incarcérée en exécution d'une peine privative de liberté bénéficie, chaque fois que cela est possible, d'un retour progressif à la liberté en tenant compte des conditions matérielles de détention et du taux d'occupation de l'établissement pénitentiaire, dans le cadre d'une mesure de semi-liberté, de placement à l'extérieur de placement sous surveillance électronique, de libération conditionnelle ou d'une libération sous contrainte, afin d'éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire* ». Une parfaite adéquation avec les objectifs rappelés par la Cour européenne ne peut qu'être soulignée ici. Néanmoins, il peut être analysé le minimum exigé par la Cour européenne afin d'entrevoir la marge qu'a pris le droit français en la matière. Certains auteurs qualifieront cette démarche comme la « *responsabilisation* » de l'individu incarcéré à travers le retour progressif prévu à l'article 707 du Code de procédure pénale. De quelle responsabilisation s'agit-il ? S'agit-il de recouvrer la capacité d'assumer tout acte accompli, tel que l'acception classique le suggère, ou plutôt d'acquérir de nouveau les caractéristiques d'un mode de vie contemporain et respectueux de la société ? Il semblerait que la responsabilisation en cause vise essentiellement l'imprégnation par l'individu des valeurs sociales et lignes de conduite qui lui ont fait défaut au jour de la commission de l'infraction. La loi nationale, tout comme les exigences européennes dont elle puise la ligne directrice, ne sont ici favorables au détenu que dans le sens où elles opèrent un investissement raisonné sur le maintien en liberté future d'un agent dont la dangerosité est neutralisée. Corollaire filigrané, le maintien de la sécurité publique hors lieux d'emprisonnement est l'aboutissement d'importance concurrente, sinon égale, qui figure dans la loi du 15 août 2014. Les efforts accomplis dans l'adaptation de l'exécution de la peine à l'individu sont donc, comme son nom

l'indique, prodigués pour satisfaire à une loi « *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales* ».

CHAPITRE 2

DES PROGRÈS DE LA COOPÉRATION INTERNATIONALE SOUHAITÉS

131. Le transfèrement est le procédé par lequel un condamné est acheminé d'un établissement carcéral à un autre. Ce changement d'écrou se distingue de l'extraction qui se limite à faciliter le transport d'un détenu devant une autorité judiciaire ou administrative, voire dans une structure de soins puis à son retour dans l'établissement pénitentiaire d'origine. À l'échelle internationale, le transfèrement consiste en la remise du condamné d'un État à un autre État selon un accord passé, au titre duquel peuvent être revu des modalités de la peine voire l'existence même de la peine telle qu'elle a été prononcée dans l'État d'émission. Les autres formes de déplacement d'individus seront abordées dans le développement⁷³⁷ et par commodité, il conviendra d'appeler l'État d'où le condamné part « *l'État de condamnation* » ou « *l'État d'émission* » et l'État qui reçoit le condamné « *l'État d'exécution* » ou « *l'État d'accueil* ». Les sources du transfèrement sont multiples et issues d'accords bilatéraux ainsi que d'instruments internationaux multilatéraux, la Convention de Strasbourg du 21 mars 1983, son protocole additionnel du 18 décembre 1997 et enfin la Décision-cadre 2008/909⁷³⁸ introduits en droit français en 2013 sont les principales sources du droit du transfèrement⁷³⁹.

Le transfèrement est avant tout conçu pour aider les individus, il ne s'agit pas de présenter un premier objectif d'entraide judiciaire internationale, mais de promouvoir les droits des individus condamnés, dans l'optique de leur permettre de jouir des droits protégés par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Au regard des tenants de la peine perpétuelle et des aboutissants de la politique pénale, le transfèrement offre une pertinence au propos par sa position chronologique dans la vie du

⁷³⁷ V. *supra* n° 61

L'extradition abordée à l'égard de la peine prononcée diffère des intérêts mis en valeur dans le développement subséquent, le transfèrement s'observe à la lumière des règles d'exécution de la peine.

⁷³⁸ Décision-cadre 2008/909/JAI du Conseil du 27 nov. 2008, introduite en droit français par la loi n° 2013-711 du 5 août 2013.

⁷³⁹ M. HERZOG-EVANS, *Transfèrement international des condamnés*, Rép. pén., janv. 2014. À ce titre sur le champ d'application des instruments internationaux, le régime du transfèrement, l'articulation des conventions et règlements.

condamné. Le principal objectif de la peine est en effet la réinsertion du condamné or le transfèrement est à la lisière de profondes modifications dans l'expérience carcérale du détenu. Les conditions de détention, l'entretien du lien familial, l'évolution dans un contexte culturel approprié sont des paramètres pouvant être mis en relief au même rang que le risque de ne pas rendre une peine efficace. Alors, s'il convient d'observer le transfèrement du point de vue de l'exécution de la peine, il ne faut pas occulter la conscience éveillée que celui-ci stimule à l'égard du lien continu que le transfèrement ravive entre prononcé et exécution de la peine. Le présent chapitre illustre le pont créé par la Cour européenne entre le prononcé de la peine et son exécution. Tant les exigences afférentes au prononcé de la peine que celles encadrant son exécution trouvent des répercussions dans la validation d'une procédure de transfèrement. La régulation de la pratique du transfèrement questionne alors la solidité de la confiance mutuelle à l'origine de toute coopération entre États. Toutefois, la situation du détenu « *post-transfèrement* » est le principal support de l'analyse des droits fondamentaux ayant une incidence sur les griefs que peut avancer le requérant à l'heure de son transfèrement. Les arguments qui seront alors exposés dans le développement peuvent être tant une constatation qu'une supposition. À ce titre, la chronologie de l'action de l'État comme celle de la demande du requérant méritent d'être analysées afin de systématiser les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme. S'il peut être observé des notes bleues dans l'établissement d'une coopération formalisée (Section 1), le constat d'une coopération sanctionnée (Section 2) doit être souligné.

Section 1

Une coopération formalisée

132. Les États sont encouragés à coopérer afin de placer le détenu dans le milieu pénitentiaire le plus favorable à l'évolution de son profil en vue d'une réinsertion. Néanmoins, toute coopération n'est pas bonne dès lors qu'elle porte atteinte aux droits fondamentaux dudit condamné. Une responsabilité originale est alors mise en œuvre auprès des États assez peu scrupuleux pour confier les détenus à des administrations pénitentiaires ne respectant pas les diligences nécessaires au respect des droits fondamentaux des détenus. Ce mépris des règles entraîne la responsabilité des acteurs. De plus, si leurs coutumes étatiques quant à l'approche du droit pénal ne sont pas compatibles et occasionnent des blocages dans la procédure de transfèrement, l'absence de diligences afin de surmonter l'obstacle est susceptible d'engager la responsabilité de l'État. Ainsi, la dissuasion d'une coopération impulsive (§ 1) peut entraîner la défiance des coopérateurs (§ 2).

§ 1. La dissuasion d'une coopération impulsive

133. Le transfèrement s'identifie selon des critères juridiques et des critères matériels. Ces critères le distinguent d'autres modes de transfert d'individus. La variété que ceux-là représentent est néanmoins ramenée au même plan par la Cour européenne. L'unisson de la démarche analytique de cette dernière en matière de déplacement géographique d'individus transfigure les différences matérielles propres à chacun d'entre eux. Aussi, une égalité des objets déplacés (A) est-elle appliquée à la somme des sujets fautifs en cause (B) ?

A. Une analogie théorique des modes de transfert

134. La première étape vers la nomination d'une exigence émanant de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transfèrement de détenu consiste en l'affirmation d'une responsabilité de l'État en la matière. Alors que l'arrêt *Soering*⁷⁴⁰ traite de

⁷⁴⁰ CEDH, 7 juill. 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, n° 14038/88, Série A, n° 161, § 102 ; JCP II 1990, p. 3452, note H. LABAYLE ; RGDIP 1990, p. 103, obs. F. SUDRE ; RTDH 1990, p. 5, obs. W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

la question de l'extradition et l'arrêt *Cruz Varas*⁷⁴¹ des contours de l'expulsion, aucune décision de la Cour européenne des droits de l'homme présente explicitement la responsabilité de l'État en matière de transfèrement de détenu. De prime abord, il pourrait être avancé la question de l'application de ces jurisprudences au transfèrement. Il est vrai que la démarche naturelle serait d'entrevoir l'application du résultat donné en matière d'extradition, puis d'expulsion, au transfèrement de détenu. Cependant, cette démarche serait inexacte. En effet, il serait plus commode de considérer le résultat obtenu comme la conséquence d'une démarche intellectuelle indépendante des éléments factuels qui répondent aux mécanismes de l'extradition ou de l'expulsion. La question à se poser serait alors d'analyser comment est-il possible d'affirmer que le raisonnement appliqué à l'extradition a pu être appliqué à l'expulsion et subséquemment, comment celui-ci peut être appliqué au transfèrement.

Si le raisonnement n'était pas désolidarisé de l'espèce afférente à l'extradition, cela induirait alors que les critères d'applicabilité du résultat donné à l'expulsion et donc, au transfèrement, sont circonscrits aux critères répondant au champ factuel de l'extradition. Cela aurait deux conséquences. D'abord, certaines solutions données par la Cour européenne des droits de l'homme en considération de critères spécifiques à l'extradition ne se verraient pas applicables à l'expulsion. Ensuite et surtout, toute hypothèse rejetée en matière d'extradition se verrait automatiquement rejetée en matière d'expulsion ou d'extradition. L'expulsion et le transfèrement étant alors considérés, selon la démarche critiquée, comme dépendant du régime de l'extradition. La démarche retenue place alors ces situations factuelles sur un pied d'égalité. Si la chronologie a amené la Cour européenne de droits de l'homme à se prononcer en premier sur l'extradition, la raison n'établit pas de hiérarchie entre ces mécanismes de déplacement d'individus. Aussi le régime de l'expulsion ne dépend-il pas du champ d'application de l'extradition, en ce sens, le régime supposé du transfèrement ne dépendant alors pas non plus dudit champ d'application. Il s'agit alors de mettre en valeur l'amalgame d'abstraction et de casuistique qui définit une exigence européenne. Cette analyse permet en effet d'observer la démarche inductive qui sous-tend à la construction d'une exigence européenne. Il convient alors d'analyser les deux arrêts précités afin d'en extraire tout élément utile au dessin des exigences européennes eu égard du transfèrement de détenu.

⁷⁴¹ CEDH, 20 mars 1991, *Cruz Varas et autres c/ Suède*, n° 15576/89, Série A, n° 201, RUDH 1991, p. 205, note G. COHEN-JONATHAN.

135. L'arrêt *Soering c/ Royaume-Uni*⁷⁴² affirme que la responsabilité de l'État peut être invoquée en matière d'extradition⁷⁴³ dans ses actions de coopération avec un autre État⁷⁴⁴. L'arrêt *Cruz Varas et autres c/ Suède*, en revanche, renvoie à une expulsion. Par cet arrêt, les juges de la Cour européenne des droits de l'homme s'adonnent à une démonstration selon laquelle la possibilité de trouver une application de la responsabilité par ricochet⁷⁴⁵ d'un État à une extradition permet *a fortiori* de concevoir cette même responsabilité dans la cause d'une expulsion. Comment alors situer le transfèrement eu égard des autres modalités, fondements, injonctions de déplacement de l'individu, compte tenu de l'indépendance de faits souhaitée préalablement ?

Différentes méthodes peuvent être avancées pour fonder l'application de la jurisprudence de l'extradition au transfèrement. D'abord, il est possible de recenser les points communs et différences à l'expulsion et à l'extradition afin de comparer le transfèrement à ceux-ci. L'extradition fonctionne sur la base de la coopération judiciaire entre États alors que l'expulsion ne s'attache qu'aux prérogatives régaliennes d'un État visant à, selon « *un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de Traités y compris de la Convention, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux, ni la Convention ni ses Protocoles ne consacrent le droit à l'asile politique* »⁷⁴⁶. Alors que la coopération entre États irrigue les procédures de transfèrement et d'extradition, celle-ci n'est pas un prérequis pour prétendre à bénéficier de la jurisprudence de l'extradition. Ainsi, le raisonnement amenant à la responsabilité de l'État en matière d'extradition et d'expulsion ne s'attache pas au critère de coopération entre États. Ensuite, la nature juridique de l'acte prononçant le déplacement physique peut être prise en compte afin d'évaluer si cela est un critère rédhibitoire. Le transfèrement et l'extradition

⁷⁴² CEDH, 20 mars 1991, *Cruz Varas et autres c/ Suède*, n° 15576/89, Série A, n° 201, RUDH 1991, p. 205, note G. COHEN-JONATHAN.

⁷⁴³ CEDH, 26 janv. 2010, *Einhorn c/ France*, n° 71555/01. V. « Extradition d'une personne exposée à une peine incompressible de réclusion perpétuelle - Conseil d'État 12 juill. 2001 », Recueil Lebon, Recueil des décisions du conseil d'État 2001.

⁷⁴⁴ Ce principe est confirmé par des décisions ainsi que des arrêts postérieurs : CEDH, Gde ch., 4 fév. 2005, *Mamatkoulou et Askarov c/ Turquie*, n° 46827/99 et n° 46951/99 ; CEDH, 19 nov. 2009, *Kaboulov c/ Ukraine*, n° 41015/04 ; CEDH, 26 janv. 2010, *King c/ Royaume-Uni*, n° 9742/07 ; CEDH, 27 oct. 2011, *Ahorugeze c/ Suède*, n° 37075/09 ; CEDH, 17 janv. 2012, *Harkins et Edwards c/ Royaume-Uni*, n° 9146/07 et 32650/07, D. Actu. 6 fév. 2012, obs. O. BACHELET, « La Cour de Strasbourg déclare la perpétuité réelle conforme à la Convention européenne » ; CEDH, 4 sept. 2014, *Trabelsi c/ Belgique*, préc.

⁷⁴⁵ V. *infra* n° 136.

⁷⁴⁶ CEDH, 30 oct. 1991, *Vilvarajah et autres c/ Royaume-Uni* n° 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, § 102, Série A, n° 215, RTDH 1993, p. 411, obs. M. BOSSUYT et I. LAMMERANT. CEDH, 17 déc. 1996, *Ahmed c/ Autriche*, n° 25964/94, § 38 ; CEDH, 15 nov. 1996, *Chahal c/ Royaume-Uni*, n° 22414/93, § 73 ; CEDH, 28 fév. 2008, *Saadi c/ Italie*, n° 37201/06, § 102.

partagent un contexte pénal dans leur prononcé. L'arrêt *Cruz Varas et autres c/ Suède* a engagé le début d'une jurisprudence en matière d'expulsion d'étrangers, trouvant son fondement dans la jurisprudence de l'extradition. Néanmoins, l'expulsion en cause est une mesure administrative prononcée par le préfet ou dans deux cas exceptionnels, par le ministère de l'Intérieur⁷⁴⁷. La mesure est donc exempte de *teinte pénale*. La nature juridique de l'acte prononçant ces mesures n'est donc pas à prendre en compte dès lors que leur différence n'a pas été un obstacle pour appliquer la jurisprudence de l'extradition à l'expulsion. Au travers du contentieux de l'expulsion nourri par des décisions ultérieures, la Cour a précisé qu'elle n'opérait pas « *de distinction de base légale de l'éloignement ; qu'il s'agisse d'une expulsion ou d'une extradition, la Cour adopte le même raisonnement* »⁷⁴⁸. Ainsi, seul l'élément matériel du déplacement de l'individu subsiste pour nourrir l'impulsion du raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme.

B. Une détermination pratique du responsable

136. La Cour européenne des droits de l'homme admet une responsabilité par ricochet de l'État qui approuve tant la situation de droit que la notoriété des pratiques contrevenantes de l'État dans lequel est déplacé l'individu. Cette position remarquable consiste à condamner non pas l'État qui a commis des actions contrevenant aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, mais l'État qui consent à remettre entre les mains des agents de ce dernier l'individu condamné. L'analogie entre les procédés d'extradition, d'expulsion et de transfèrement de détenu ayant été opérée antérieurement, l'utilisation des positions prises par la Cour européenne des droits de l'homme peut être alors poursuivie dans l'observation de la responsabilité par ricochet de l'État, établie en matière de tout type de déplacement d'individu. L'admission d'une telle responsabilité est révélatrice de la particularité du transfèrement de détenu au regard du droit européen et plus particulièrement de la Convention européenne des droits de l'homme, à deux égards. Il est premièrement soulevé en effet que le corollaire d'une telle responsabilité est l'évidence de la remise en cause de la coopération internationale. Les États sont censés veiller à la fluidité de l'action

⁷⁴⁷ S. KARAGIANNIS, « Expulsion d'étrangers et Convention européenne des droits de l'homme. Le risque de mauvais traitements dans l'État de destination », ACIDI 2010, Vol. 3, p. 76.

⁷⁴⁸ CEDH, 17 janv. 2012, *Harkins et Edwards, préc.* § 120, CEDH, 10 avr. 2012, *Babar Ahmad et autres*, n° 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 et 67354/09, § 168 et CEDH, 4 sept. 2014, *Trabelsi c/ Belgique, préc.* § 116.

internationale pénale ainsi qu'aux rouages de procédures concertées pour déplacer les individus. Ce postulat explique la raison d'une telle condamnation. Secondement, la temporalité apparaît comme une dimension d'analyse à part entière.

La responsabilité par ricochet est la contrepartie d'une mauvaise coopération entre États, pourtant régie au mieux par les textes internationaux. En effet, conventions bilatérales et internationales ont été mises en œuvre progressivement. La France est partie à des conventions bilatérales ainsi qu'à la Convention de Strasbourg du 21 mars 1983 sur le transfèrement des personnes condamnées⁷⁴⁹ enrichie par le protocole additionnel⁷⁵⁰ à ladite Convention. En plus d'avoir rendu caducs l'ensemble des traités bilatéraux liant la France à d'autres États européens, antérieurement à la ratification de la Convention de Strasbourg, cette dernière a pour spécificité d'associer des États tiers⁷⁵¹. Plus récemment, une décision-cadre tenant lieu de texte de référence en matière de transfèrement a été promulguée le 5 août 2013⁷⁵². Cette Décision-cadre est le résultat d'une initiative controversée de la république de Finlande, du Royaume de Suède et de la République d'Autriche⁷⁵³. Si cet instrument international n'a, certes, pas comme objet principal le transfèrement des condamnés, il traite de la reconnaissance de jugements en matière pénale et conduit à l'exécution de la décision d'un État par un autre État lorsque le condamné manifeste sa présence physique dans ce dernier État ou si celui-ci en est ressortissant. Alors, le projet de Décision-cadre comportant des règles dérogeant aux principes admis en la matière a pu être critiqué par le corps législatif, notamment le Sénat français⁷⁵⁴ à propos de l'élargissement du transfèrement aux personnes non ressortissantes de l'État d'exécution ayant leur résidence habituelle ou des « *liens étroits* » avec ce dernier, mais surtout, de l'absence de consentement de l'intéressé ou de

⁷⁴⁹ Entrée en vigueur le 1er juillet 1983, publiée par le décret n° 85-1053 du 30 septembre 1985.

⁷⁵⁰ Protocole additionnel « à la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées ». La France a ratifié le protocole par la loi n° 2005-497 du 19 mai 2005.

⁷⁵¹ L'Australie ; les Bahamas ; la Bolivie ; le Canada ; le Chili ; la Corée ; le Costa Rica ; l'Equateur ; les États Unis ; le Honduras ; Israël ; le Japon ; Maurice ; le Mexique ; le Panama ; le Tonga ; Trinité et Tobago ; le Venezuela. Les États européens qui ont ratifié également le protocole : l'Allemagne, l'Autriche ; la Belgique ; la Bulgarie ; la Croatie, Chypre ; le Danemark ; l'Estonie ; la Finlande ; la Géorgie ; la Grèce ; la Hongrie ; l'Irlande ; l'Islande ; la Lettonie ; l'ex République Yougoslave de Macédoine ; le Lichtenstein ; la Lituanie ; le Luxembourg ; Malte ; Moldova ; le Monténégro ; la Norvège ; les Pays-Bas ; la Pologne ; la République Tchèque ; la Roumanie ; la Russie ; Saint-Marin ; la Serbie ; la Slovénie, la Suède ; la Suisse, et l'Ukraine.

⁷⁵² La Décision-cadre 2008/909 JAI du Conseil européen du 27 novembre 2008, introduite par la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, laquelle a introduit dans le Code de procédure pénale les articles 728-10 à 728-75.

⁷⁵³ Proposition de décision 7307/2005-C6-0139/2005/0805, adopté par le Parlement européen le 14 juin 2006.

⁷⁵⁴ La proposition de résolution présentée au nom de la délégation pour l'Union européenne, Sénat, annexe au procès-verbal de la séance du 11 avril 2006.

l'État pour procéder au transfèrement. Néanmoins, la ratification de cet instrument sans réserve implique pour l'État signataire de se conformer à la lettre dudit document. Cette harmonisation des règles et l'articulation fonctionnelle mise en place entre les divers instruments et les États prouve la volonté d'une coopération internationale durable. Celle-ci repose sur le principe de confiance mutuelle des pratiques employées. La diplomatie sous tenant à cette réciprocité peut se voir entachée lorsqu'un État souhaite vérifier les pratiques d'un État avec lequel une coopération est censée avoir lieu. Pour autant, cette marque de méfiance est nécessaire afin de respecter les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme. Une responsabilité par ricochet des États coopérants serait envisageable dès lors que la confiance mutuelle est mise en cause par l'évaluation du cadre juridique et des pratiques coercitives de l'État coopérant. Cette responsabilité vise l'État qui a collaboré, non celui qui a commis la violation d'origine, alors asseoir la responsabilité par ricochet d'un État reviendrait à revoir entièrement le principe de reconnaissance mutuelle et dessiner de nouvelles limites au cadre de la coopération.

137. L'analyse de la temporalité dans la coopération entre les États qui est nécessaire à établir la responsabilité par ricochet de l'État requiert un fondement préalable, issu de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En effet, les articles 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et 4 de la Charte des droits fondamentaux disposent que « *nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». Le raisonnement avançant une responsabilité par ricochet impliquerait alors que l'État de condamnation soit tenu responsable des violations commises par l'État d'exécution. Pour répondre à cela, l'analogie avec les décisions prononcées par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de Justice de l'Union européenne en matière d'expulsion et d'extradition peut être poursuivie : *mutatis mutandis* des modalités juridiques distinguant le transfèrement des deux autres modes de déplacement suscités. L'essence de la réflexion soumise ici repose bien sur le déplacement physique d'un condamné, en vue de le confier aux mains d'une autorité étrangère dont les prérogatives coercitives sont hors de contrôle de l'État de condamnation⁷⁵⁵. Ainsi, le critère temporel dans l'analyse de la Cour européenne des droits de l'homme apparaît à différents égards.

⁷⁵⁵ O. DE SCHUTTER, « L'espace de liberté, de sécurité et de justice et la responsabilité individuelle des États au regard de la convention européenne des droits de l'homme », in *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (ss la dir.), institut d'études euro., ULB, Bruxelles, 2005, p. 79.

D'abord, ce critère concerne le moment de l'analyse réciproque entre États de la situation de droit et de faits exprimée dans l'État coopérant. L'État de condamnation, l'État confiant un détenu aux services d'un autre État, doit s'assurer que la remise du détenu aux soins de l'État d'exécution n'engage pas un risque pour le détenu de voir violés les droits que la Convention de sauvegarde des droits et des libertés fondamentales lui garantit. L'hypothèse inverse est possible. Quand l'examen du respect des droits de l'homme se fait en aval, c'est l'État d'exécution qui procède à l'analyse des conditions, des procédures, dans lesquelles le jugement d'emprisonnement a été rendu eu égard la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Cour doit-elle exprimer des exigences aussi sévères à l'égard de l'État qui condamne qu'à l'égard de l'État qui exécute la décision judiciaire étrangère ? D'un point de vue temporel, il semblerait que l'État qui exécute en aval la décision étrangère dispose d'une meilleure vision des circonstances de traitement du détenu et de la procédure menée jusqu'alors, tandis que des éléments utiles à l'analyse du risque subséquent au transfèrement peuvent échapper, du moins en partie, à l'État de condamnation. À cet égard, il peut ainsi être établi qu'en amont d'un transfèrement, seules les conséquences prévisibles sont source d'une exigence d'analyse aux yeux des juges de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, les arrêts *Vilvarajah et autre c/ Royaume-Uni*⁷⁵⁶ et *Saadi c/ Italie*⁷⁵⁷ précisent que dans la mesure où l'État qui collabore en amont est dans l'impossibilité de s'assurer que le risque de violation dans l'État de destination est nul, une sévérité moindre est appliquée à l'égard du premier en restreignant l'exigence du contrôle effectué par celui-ci qu'aux conséquences prévisibles.

Ensuite, le critère de la temporalité peut renvoyer au moment où la Cour observe la situation de droit et de faits de l'État d'exécution du transfèrement, l'intervention des juges de la Cour européenne des droits de l'homme est alors prise en compte. Néanmoins, cette temporalité accompagne-t-elle nécessairement l'action matérielle des États contre lesquels le recours est porté ? Si la requête est portée à l'encontre de l'État d'exécution, tant la temporalité de la sollicitation des juges que celle de leur positionnement pour analyser la cause se fera postérieurement aux violations commises par l'État de condamnation. En revanche, si la requête visant la mauvaise analyse des conditions de détention ultérieures est portée à l'encontre de l'État de condamnation, cette requête peut être présentée aux juges de la Cour européenne des droits de l'homme, dans un premier cas, entre le moment exprimant la décision favorable de transfèrement et le transfèrement effectif du détenu, ou, dans un second

⁷⁵⁶ CEDH, 30 oct. 1991, *Vilvarajah et autre c/ Royaume Uni*, préc.

⁷⁵⁷ CEDH, 28 fév. 2008, *Saadi c/ Italie*, préc.

cas, pendant l'exécution effective de la peine à l'étranger⁷⁵⁸ voire après la libération. L'analyse des juges se fera alors soit antérieurement, soit concomitamment, voire postérieurement aux violations commises par l'État d'exécution. Dès lors que la violation est commise, il ne s'agit plus de l'observation d'un risque, mais d'un contrôle *a posteriori*. Ainsi, constitue un risque l'hypothèse d'une analyse antérieure au transfèrement. Comment, alors, compte tenu de la position de la Cour dans les arrêts *Vilvarajah et autre c/ Royaume-Uni* et *Saadi c/ Italie*, évaluer ce risque pour le qualifier de « prévisible » ? L'analyse préventive peut porter sur le droit positif émanant de l'État d'exécution, des rapports du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants ou encore la jurisprudence secrétée par la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard du fonctionnement carcéral de l'État en question, ces décisions étant alors pour l'occasion des éléments de fait, non des sources de droit. L'observation par l'État de condamnation menée, la Cour européenne des droits de l'homme doit alors pouvoir se prononcer sur les précautions prises par ledit État. Aussi, doit-elle « se référer par priorité aux circonstances dont l'État, en cause avait ou devait avoir connaissance au moment de l'expulsion »⁷⁵⁹. Néanmoins, la Cour européenne étaye son analyse en soulignant qu'il est possible de « tenir compte de renseignements ultérieurs ; ils peuvent servir à confirmer ou infirmer la manière dont la Partie contractante concernée a jugé du bien-fondé des craintes d'un requérant »⁷⁶⁰. Par l'arrêt *Chahal c/ Royaume-Uni*⁷⁶¹, les juges admettent une variation dans la date à laquelle le risque doit être apprécié. La date de la procédure devant la Cour sert de repère pour l'appréciation du risque, ce dernier ne pouvant pas être apprécié au travers d'un repère chronologique postérieur.

Enfin, l'arrêt *Ben Khemis c/ Italie*⁷⁶² confirme que des informations postérieures au repère chronologique « peuvent démontrer que le requérant n'a pas subi de traitements contraires à l'article 3 de la Convention au cours des semaines ayant suivi son expulsion, mais ils ne présagent en rien du sort de l'intéressé à l'avenir »⁷⁶³.

Les principes de reconnaissance mutuelle et le droit européen des droits de l'homme fondé sur la confiance mutuelle induisent une exécution facilitée des décisions étrangères. Cela suggère

⁷⁵⁸ Cela jusqu'à la fin du *quantum* de peine à effectuer à l'étranger.

⁷⁵⁹ S. KARAGIANNIS, « Expulsion d'étrangers et Convention européenne des droits de l'homme. Le risque de mauvais traitements dans l'État de destination », *loc. cit.*

⁷⁶⁰ CEDH, 30 oct. 1991, *Vilvarajah et autre c/ Royaume Uni, préc.* ; et CEDH, 20 mars 1991, *Cruz Varas et autres c/ Suède, préc.*, § 75.

⁷⁶¹ CEDH, 15 nov. 1996, *Chahal c/ Royaume-Uni, préc.*

⁷⁶² CEDH, 24 fév. 2009, *Ben Khemis c/ Italie*, n° 246/07, § 64.

⁷⁶³ *Ibid.*, § 65.

alors une faiblesse dans le respect des garanties fondamentales. Un contrôle doit alors être opéré. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme précise-t-elle son encadrement ?

§ 2. La défiance des coopérateurs infructueuse

138. La procédure de transfèrement nécessite le consentement de ses différents acteurs eu égard les conséquences que celle-ci implique. Aussi des désaccords peuvent survenir selon la vision pénologique de chaque État. Des incompatibilités surgissent alors entre systèmes légaux. Ces blocages dans les mécanismes de remise des individus peuvent mener à l'irrespect des droits de l'individu quand celui-ci est à l'origine de la demande de transfèrement. Le cas du recueil de l'avis du condamné, bien que prépondérant en pratique, est sujet à de nombreuses atteintes. Des désaccords partagés (A) par les États quant aux problématiques de conversion dissimulent une volonté divisée entre État et individu (B).

A. Des désaccords partagés

139. L'arrêt *Soering c/ Royaume-Uni*⁷⁶⁴ rendu en matière d'extradition établit la responsabilité de l'État dans ses actions de coopération internationale. Ce principe est confirmé par des décisions postérieures⁷⁶⁵. La coopération internationale présuppose comme objectif de respecter au mieux la décision donnée par l'État de condamnation. Il existe, en effet, des modalités dans la coopération entre États eu égard le transfèrement de détenu. L'État peut procéder à l'exécution de la décision de transfèrement ou à son adaptation, la conversion de celle-ci étant interdite. L'État peut également refuser purement et simplement de reconnaître la condamnation et son exécution subséquente sur son territoire. Ces trois hypothèses reflètent une modification graduelle du dispositif de la décision étrangère d'origine. L'exécution, en effet, est l'application simple et fidèle de la lettre de la décision de transfèrement donnée par l'État de condamnation, ni la nature ni la durée de la peine ne sont modifiées. Il s'agit d'une poursuite de l'exécution d'origine. L'adaptation permet d'insérer la

⁷⁶⁴ CEDH, 7 juill. 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, préc

⁷⁶⁵ CEDH, Gde ch., 4 fév. 2005, *Mamatkoulou et Askarov c/ Turquie*, préc. ; CEDH, 19 nov. 2009, *Kaboulov c/ Ukraine*, préc. ; CEDH, 26 janv. 2010, *King c/ Royaume-Uni*, préc. ; CEDH, 26 janv. 2010, *Einhorn c/ France*, préc. ; CEDH, 27 oct. 2011, *Ahorugeze c/ Suède*, préc. ; CEDH, 17 janv. 2012, *Harkins et Edwards c/ Royaume-Uni*, préc. ; CEDH, 4 sept. 2014, *Trabelsi c/ Belgique*, préc.

sanction du détenu dans les carcans du système de droit propre à l'État d'exécution. Cette adaptation de la nature ou du *quantum* de la peine peut consister en la réduction au maximum légal ou en la modification en « *la peine qui correspond le plus* »⁷⁶⁶. À titre d'exemple, les juges ont, dans l'affaire de l'arche de Zoé⁷⁶⁷, opté pour une peine d'emprisonnement d'un *quantum* identique à celle de travaux forcés encouru devant les juridictions tchadiennes. En choisissant la peine la plus ressemblante, les juridictions montrent leur considération pour la souveraineté des autres États. Le choix du juge restant libre, la gravité des faits ou encore la personnalité de l'intéressé concourent aux critères retenus pour établir l'adaptation de la peine. Dans toutes les hypothèses, les faits ne peuvent être requalifiés ni la culpabilité rediscutée, la peine ne peut être commuée en peine pécuniaire et il est interdit d'aggraver la peine. De ce fait, il ne peut être, par exemple, ajouté une période de sûreté⁷⁶⁸ à la peine, et spécifiquement au *quantum* de la peine, la durée déjà purgée doit être comptabilisée.

Par ailleurs, l'hypothèse d'un refus de reconnaissance doit être soulevée et différentes causes de refus de transfèrement peuvent alors être mentionnées. Premièrement, les Conventions internationales et la Décision-cadre 2008/909/JAI présentent habituellement l'immunité de l'auteur des faits comme une cause de refus. Si l'exécution de la condamnation est rendue impossible par une immunité reconnue dans l'État d'exécution, la procédure de transfèrement est avortée. Cette cause de refus a été introduite en droit français à l'article 728-32, 6° du Code de procédure pénale. Deuxièmement, la prescription de l'exécution de la condamnation qui pourrait être observée dans l'État d'exécution est une cause absolue, au même titre que la première, de refus de transfèrement. Troisièmement, le jugement par défaut peut être une cause absolue de rejet de la reconnaissance du jugement lorsque la personne condamnée n'a pas été légalement informée de la procédure et des conséquences de son absence au procès ou des voies de recours ou qu'elle n'a pas pu être défendue. Quatrièmement, les conditions sanitaires et médicales insuffisantes offertes par l'État d'exécution peuvent conduire à un refus de transfèrement lorsque la mesure comporte un volet médical ou de soins psychiatriques. Cela est inscrit également comme cause absolue de refus à l'article 728-32, 11° du Code de procédure pénale. De plus, le même article nomme les « *mesures de sûreté privative de liberté* » non visées par le système juridique de l'État d'exécution. Ces dernières peuvent amener à refuser le transfèrement. Cela renvoie à l'hypothèse des relations avec les Pays-Bas par exemple, qui disposent d'un régime de

⁷⁶⁶ Décision-cadre 2008/909/JAI, article 8 §2 et §3.

⁷⁶⁷ Crim., 4 nov. 1997, n° 96-86644, RSC 1998, p. 537, obs. B. BOULOC.

⁷⁶⁸ V. *supra* n° 111.

détention pour traitement obligatoire ayant toutefois une nature pénale. Cinquièmement, l'âge du condamné peut être un motif de refus de transfèrement si la condamnation a été prononcée à l'encontre d'un individu qui, selon l'État d'exécution, n'est pas en âge d'être pénalement responsable. Concernant la France, ce seuil est fixé à treize ans à l'article 728-32, 9° du Code de procédure pénale. Sixièmement, la territorialité doit être prise en compte comme cause relative de reconnaissance. La lettre de l'article 728-33, 1° du Code de procédure pénale précise que le refus peut être opposé par l'État d'exécution si la commission de l'infraction pénale a eu lieu sur le territoire de l'État d'exécution. Certaines causes de refus impliquent une obligation, tant pour l'État de condamnation que d'exécution, une discussion commune où les informations complémentaires utiles seraient communiquées afin de corriger l'obstacle à la reconnaissance. Il s'agit de la rédaction incomplète du certificat, l'absence d'information sur les conditions de nationalité et/ou de résidence et de localisation de l'individu, du risque que l'exécution de la condamnation viole le principe *non bis in idem*, d'un jugement rendu par défaut, d'une mesure de soin inexécutable dans le pays d'exécution ou encore, du problème de territorialité.

140. Il convient de présenter une hypothèse où des refus partiels de coopérer entraînent une incompatibilité de systèmes pouvant conduire à une impossibilité de coopération. Les États, à l'heure de la transposition des instruments internationaux dans leur législation pouvaient manifester leur décision d'exclure les procédés de conversion afin d'asseoir la souveraineté de leur coercition étatique. Ainsi, lorsque l'État d'exécution est pris en considération, celui-ci a une option entre la poursuite de l'exécution de la décision émanant de l'État d'exécution et la conversion de la peine étrangère en une peine prévue dans la législation nationale. De même, l'État de condamnation peut opter pour l'exclusion ou non de la conversion de la décision par l'État d'exécution. L'exclusion de la conversion implique l'exigence de l'État à observer une poursuite de l'exécution de la condamnation donnée. Si certains États appliquent la conversion, mais se disent prêts à appliquer l'exécution directe en cas de nécessité⁷⁶⁹, de nombreux États ont exclu la conversion dans leurs relations avec les autres États, comme le Japon, l'Espagne, la Géorgie, le Liechtenstein, le Luxembourg, Malte ou encore le Portugal. Certains États ont souhaité exclure la conversion seulement lorsqu'ils sont État d'exécution, d'autres l'excluent en toute hypothèse, et ceux silencieux sur ce point

⁷⁶⁹ L'Autriche et le Danemark.

se réservent le choix de se prononcer au cas par cas. Par exemple, l'Irlande⁷⁷⁰ qui l'exclut en tant qu'État d'exécution et l'Italie⁷⁷¹ qui l'exclut tout à fait sont enclines à créer des incompatibilités dans la mécanique du transfèrement de détenus⁷⁷². En ce sens, quand certains États sont associés dans une situation de coopération pénale, une incompatibilité naît du positionnement qu'ont pris les États lors de l'accueil des textes internationaux dans leur législation. Cela entraîne alors un blocage, qui, lui-même, se dresse contre l'exercice des droits de l'individu en cause⁷⁷³. La Cour européenne n'aurait-elle alors rien à réguler de spécifique au sujet des incompatibilités naissant au cœur de l'Europe dans des relations où les États en sont membres ? En conséquence, si les fondements employés pour sanctionner les États violant les droits de l'individu sont indirectement reliés à l'incompatibilité, les articles de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales invoquées le sont directement en considération de la situation que vit l'individu. En d'autres termes, la sanction ne sera pas prononcée du fait de l'incompatibilité, mais du fait des conséquences que celle-ci entraîne.

De plus, au vu des développements portant sur l'analyse du contrôle fait en amont ou en aval du transfèrement, une hypothèse supplémentaire peut naître de la survenance d'une incompatibilité dans la coopération souhaitée entre États. En effet, si l'État d'accueil venait à refuser le transfèrement alors que ledit État est en mesure d'offrir de meilleures conditions de détention et que, de plus, l'État de condamnation présente des conditions de détention contraires aux exigences, par exemple, de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, il serait probable que l'État d'accueil se voit sanctionné au titre de la responsabilité par ricochet présentée plus tôt selon des liens de rattachement du détenu suffisants pour prétendre à ce transfèrement. À ces égards, il peut être mentionné l'effet remarquable de la confrontation de l'ordre public interne de l'État d'exécution avec les droits fondamentaux du détenu. L'ordre juridique européen en construction est mis à l'épreuve dans le cadre du transfèrement⁷⁷⁴, notamment lors de l'évaluation de la conformité de la décision

⁷⁷⁰ Le cas de l'Irlande conduirait, en effet, à refuser l'accueil d'un détenu sous prétexte que l'État d'exécution (l'Irlande) ne permet pas de convertir une sanction pénale non reconnue dans ledit État d'exécution.

⁷⁷¹ Dans le cas de l'Italie, il s'agit de subordonner l'acceptation d'une demande de transfèrement par l'État de condamnation à la condition que l'État d'exécution n'applique pas la procédure exclue.

⁷⁷² Conseil de l'Europe, Rapport explicatif relatif à la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées, p. 12.

⁷⁷³ V. *infra* n° 143.

⁷⁷⁴ F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une Union plus étroite - 35 années de jurisprudence, 1959-1994*, P. TAVERNIER (ss la dir.), Bruxelles, 1996, Bruylant, p. 39.

étrangère à l'ordre public. La décision étrangère doit être exécutée, « *il n'y a pas de place pour un nouveau débat sur la culpabilité dans le cadre du transfèrement* ». L'autorité de la chose jugée est conservée dans l'État d'exécution. Néanmoins, il peut se produire que des décisions aient été rendues dans des conditions contraires à l'équité, principe reconnu tant en droit européen que dans de nombreux droits nationaux. Approuver une telle décision serait alors surprenant. Cependant, si le transfèrement a pour destination un quelconque État, c'est que ce dernier est la cible des critères de rattachement les plus significatifs pour le détenu. L'État dont l'intéressé est alors le ressortissant lui doit la protection diplomatique. Un paradoxe naît alors dans l'abandon du ressortissant condamné dans des conditions insuffisamment équitables aux yeux de l'État d'exécution, « *refuser le transfèrement ne serait pas alors la solution la plus pertinente* »⁷⁷⁵. De plus, les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme prouvent que le risque de contrevenir aux dispositions des articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas nul. Ces différentes causes sont autant d'hypothèses dans lesquelles l'individu pourrait souhaiter lui-même le déplacement de l'exécution de sa peine. Ce souhait pourrait résulter d'une situation vécue par l'individu qui met en cause des droits protégés par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Est-il impérieux alors de considérer l'entrave à ces droits comme une ingérence de l'État dans le cas d'un refus de transfèrement ? Ces hypothèses diffèrent de celles observées dans l'analyse du contrôle en aval opéré par l'État d'exécution⁷⁷⁶, leur bien fondé en est tout autant différent. Pour autant, l'effectivité du transfèrement en est pareillement réduite.

B. Une volonté divisée

141. La coopération internationale en matière pénale se trouve au carrefour de la considération mutuelle de la souveraineté de l'État étranger et des efforts produits au regard de la culture et de la situation de fait de chaque État. De plus, le bon fonctionnement des opérations internationales repose sur le consentement des acteurs du transfèrement. D'un côté, les États, d'exécution et de condamnation, de l'autre, le condamné. Si le consentement des États est requis, comme vu précédemment, il est avéré que le consentement du condamné n'est pas toujours nécessaire. Les différents instruments internationaux ont en effet réduit progressivement leur exigence de faire intervenir le condamné dans le processus de

⁷⁷⁵ M. HERZOG-EVANS, *Transfèrement international des condamnés*, loc. cit.

⁷⁷⁶ V. *supra* n° 132.

transfèrement. Il convient de citer la Convention de Strasbourg du 21 mars 1983. Celle-ci demande aux États de recueillir le consentement de l'intéressé. À l'occasion de la transmission de la demande de transfèrement à l'État d'exécution, l'État de condamnation doit fournir une « *déclaration constatant le consentement du condamné* »⁷⁷⁷. Le condamné peut également exprimer un souhait de transfèrement que l'État de condamnation peut relayer à l'État d'exécution. Il ne s'agit pas formellement d'une demande du condamné, celle-ci est réservée aux États. Alors que l'extradition présentée antérieurement obéit à la règle de la spécialité, le transfèrement en est exempt, de sorte que le condamné pourrait craindre un nouveau procès dans l'État d'exécution pour des faits commis antérieurement. Ainsi, il est prévisible que l'intéressé puisse préférer éviter un tel risque, l'État devant alors utiliser la voie de l'extradition s'il souhaite exercer de nouvelles poursuites. L'avis du condamné peut également être guidé, et cela est la finalité de ce développement, par des éléments issus de ses conditions de détention. Si celles-ci sont meilleures dans l'État de condamnation, il est normal qu'il puisse préférer un maintien dans les structures pénitentiaires du même État. De même, l'opportunité concernant l'obtention d'un aménagement de peine peut être prise en compte par le condamné. Ces éléments sont d'autant plus importants que la peine restant à purger est longue. Il ne fait alors aucun doute que dans le cas d'une peine d'emprisonnement maximale, les enjeux sont exacerbés. De plus, la situation de détention peut être distendue, voire dégradée par la réputation offerte à un condamné à réclusion à perpétuité. Ce sont autant de facteurs qui peuvent entrer en compte dans la prise de décision du condamné que de raisons pour lesquelles le Conseil de l'Europe en 1983 a souhaité protéger l'avis du condamné dans la Convention de Strasbourg du 21 mars 1983.

Selon le protocole additionnel à la Convention de Strasbourg⁷⁷⁸, le condamné n'est pas à l'origine de la demande de transfèrement et n'a pas à donner son consentement. Néanmoins, l'État d'exécution a pour obligation de solliciter l'avis du condamné afin d'en prendre compte. Si cet avis est pris en considération, il n'est pas pour autant systématiquement suivi. Ce premier pas vers une atteinte anticipée des droits de l'individu est confirmé par le texte remplaçant la Convention de Strasbourg pour les États membres du Conseil de l'Europe. La Décision-cadre 2008/909/JAI du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des

⁷⁷⁷ M. HERZOG-EVANS, *Transfèrement international des condamnés*, loc. cit., point 91.

⁷⁷⁸ V. *supra* n° 131.

mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne⁷⁷⁹ a, en effet, supprimé la condition du consentement du condamné à son transfèrement international. Comme indiqué antérieurement, la proposition d'une telle décision-cadre n'a pas reçu le meilleur accueil⁷⁸⁰. Néanmoins, même si son consentement n'est pas requis, le condamné est tout de même sollicité pour produire ses observations tant qu'il se trouve dans l'État de condamnation⁷⁸¹. Ces observations sont transmises à l'État d'exécution et peuvent conduire ce dernier à émettre un avis négatif sur les perspectives d'utilité d'un tel transfèrement. Si cet essai d'harmonisation des pratiques diplomatiques exclut la demande de consentement du condamné, les conventions bilatérales persistantes offrent un panel contrasté de prises de position à ce sujet. Certaines n'envisagent même pas l'expression du point de vue du condamné⁷⁸². Certaines conventions bilatérales permettent au contraire au condamné de déposer une requête aux fins de transfèrement international. La convention française avec le Maroc retient cette possibilité⁷⁸³. D'autres, comme les conventions françaises avec Djibouti, les États-Unis ou le Canada accèdent encore plus directement à cette possibilité pour le condamné, en retenant que la « *demande peut émaner, soit d'un État, soit du condamné lui-même* »⁷⁸⁴. Les conventions bilatérales françaises avec Cuba ou encore la Thaïlande stipulent également la possibilité d'une demande diplomatique entre États et celle d'une demande du condamné lui-même à chaque État pour la première, à l'État d'exécution pour la seconde. Enfin, une hypothèse peut conduire à ôter tout droit d'expression au condamné, il s'agit de la tentative d'évasion⁷⁸⁵. D'un point de vue pratique, il revient à faire reprendre l'exécution de la peine par un État dans lequel l'individu s'est évadé. Ce dispositif n'étant pas concurrent des

⁷⁷⁹ Règle transposée en droit français par la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France et inscrite aux articles 728-10 à 728-75 du C. pr. pén.

⁷⁸⁰ Proposition de décision 7307/2005-C6-0139/2005-2005/0805[CNS], adoptée par le Parlement européen le 14 juin 2006.

⁷⁸¹ Décision-cadre art. 6.

⁷⁸² Conventions avec le Burkina Faso, la Mauritanie, la Côte d'Ivoire, le Gabon, le Sénégal, le Tchad, le Togo, le Niger, la Thaïlande.

⁷⁸³ Sur les doubles nationaux, la prétention à des transfèrements se fait dans un nombre plus important de pays, ce qui peut être vu comme un avantage du fait de la multiplicité des liens d'attache. Surtout, la dualité peut être un avantage dès lors que l'initiative appartient au condamné. Cela peut également permettre à un individu retenu dans un État, de débloquer la situation par son propre choix lorsque, ayant la nationalité de deux États, ces derniers le réclament. Ces hypothèses ne sont pas permises dans le cas de la convention Franco-marocaine : le transfèrement est obligatoirement refusé si le « *condamné à la nationalité de l'État de condamnation* ».

⁷⁸⁴ Art. 3 de la Convention avec le Djibouti ; art. 11 de la Convention avec les États-Unis et art. 23 de la Convention avec le Canada.

⁷⁸⁵ Sur ce point, voir les articles 67 à 69 de la Convention de Schengen du 19 juin 1990 dont l'objet est de « *compléter la Convention du Conseil de l'Europe du 21 mars 1983 sur le transfèrement des personnes condamnées entre les Parties contractantes qui sont parties à ladite convention* ».

instruments évoqués ci-dessus, il est alors possible pour l'État d'exécution de demander le transfèrement de l'intéressé vers l'État de condamnation ou pour ce dernier de le solliciter sans avoir à requérir le consentement de l'intéressé. Dans les hypothèses où le consentement n'est pas requis, un recours semble envisageable⁷⁸⁶ (celui-ci fait l'objet de la deuxième section de ce développement). Dans l'hypothèse où le consentement est recueilli, une règle de fond impose à l'État de condamnation de recueillir un consentement volontaire et en pleine conscience des conséquences juridiques qui en découlent, la procédure suivie étant celle de l'État de condamnation. Afin de s'en assurer, les instruments internationaux disposent que l'État de condamnation doit donner à l'État d'exécution la possibilité de vérifier par l'intermédiaire d'un consul ou d'un autre fonctionnaire que le consentement a été donné dans les conditions précitées. De même le consentement peut être donné après proposition de l'État, tout comme suite à une proposition émanant du détenu.

142. Toutefois, pour que la demande soit faite à l'initiative du condamné, encore faut-il que ce dernier soit informé de la possibilité dont il dispose. L'emprisonnement présageant une restriction du contact avec le monde extérieur des plus affligeantes du fait d'une condamnation de réclusion à perpétuité, il est nécessaire de s'assurer que l'individu puisse satisfaire au mieux aux objectifs de réinsertion. Pour cela, il est primordial de se concentrer sur les outils utiles, l'usage de l'analyse conflictualiste du droit international en fait partie⁷⁸⁷. Il est donc nécessaire de l'informer sur cette option, afin de mettre en œuvre les critères de rattachement les plus pertinents à un transfèrement, lien d'attache professionnel, marital, familial... L'ensemble des instruments internationaux s'accorde alors autour de cet objectif. La Convention de Strasbourg du 21 mars 1983 prévoit en son article 5 que l'État de condamnation doit informer le condamné de la teneur de cette possibilité, ou encore la convention bilatérale Franco-Marocaine prévoyant que « *les autorités compétentes de l'État de condamnation informent tout ressortissant de l'autre État (...) de la possibilité qui lui est offerte (...) d'obtenir son transfèrement dans son pays d'origine pour l'exécution de sa peine* »⁷⁸⁸. Cette information est utile alors à deux égards, pour l'autorité étatique, pratique, pour le condamné, primordiale. Si l'intéressé n'a, en effet, pas la nationalité de l'État d'exécution hypothétique, il peut préciser néanmoins qu'il exprime des liens d'attaches particuliers, comme sa résidence habituelle et ainsi, ses attaches principales. L'État doit par la

⁷⁸⁶ V. *infra* n° 143.

⁷⁸⁷ V. en ce sens, F. MONEGER, *Droit international privé*, 7^e éd., Lexis Nexis, 2015.

⁷⁸⁸ Convention bilatérale Franco-marocaine du 10 août 1981, art. 5.

suite tenir informé le condamné des démarches entreprises. Cette obligation est présente dans les instruments internationaux et se voit précisée dans la recommandation CM / Rec (2006)2 du Conseil de l'Europe sur les Règles pénitentiaires européennes. Celle-ci énonce que « *Les détenus ressortissants étrangers doivent être informés de la possibilité de solliciter le transfert vers un autre pays en vue de l'exécution de leur peine* »⁷⁸⁹. Une recommandation ultérieure renforce cette obligation en précisant que « *Aussitôt que possible après l'admission, les détenus étrangers doivent se voir communiquer des informations, oralement ou par écrit, dans une langue qu'ils comprennent, sur les possibilités de transfèrement international* »⁷⁹⁰. Ces dispositions et l'usage d'adverbes tels que « *aussitôt* »⁷⁹¹ ne laissent pas sans rappeler les dispositions de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme. Aussi, ces instruments s'inscrivent-ils dans la lignée des exigences posées par la Cour européenne : l'hypothèse d'un transfèrement devrait être entendue au sens des droits dont doit être informé le condamné dès lors qu'il s'agit d'une modalité d'exécution de sa peine. Différents moments dans la transmission de l'information peuvent être imaginés. Il pourrait s'agir du moment du prononcé de la peine ou du moment de l'arrestation au cours de la déclaration de charges retenues contre l'individu. S'il est observé l'arrêt *Vinter c/ Royaume-Uni*⁷⁹² dans l'hypothèse d'une extradition, un détenu condamné à la perpétuité réelle a le droit de savoir « *dès le début de sa peine* », ce qu'il doit faire pour que sa libération soit envisagée. L'arrêt *Trabelsi c/ Belgique*⁷⁹³ en revanche transforme cela en une condition selon laquelle un détenu susceptible d'être condamné à la réclusion à perpétuité a le droit de savoir que sa peine est compressible « *dès l'examen des charges portées contre lui* ». Les deux arrêts précités concernent une libération, c'est-à-dire la fin de l'exécution d'une peine. Le cas interrogeant le propos concerne en revanche une modalité d'exécution lors d'une poursuite d'exécution de peine. Alors, il peut être compris que, dès lors que l'information est moins « *coûteuse* » à transmettre, dans son acception figurée, l'obligation à la charge de l'État est *a fortiori*. Au contraire, s'il est estimé que cette information est moins importante aux yeux du détenu, l'obligation d'information remontée en amont de la procédure par l'arrêt *Trabelsi* ne serait pas pertinente dans le cas de l'information d'une possibilité de transfèrement. Au sens de l'utilité,

⁷⁸⁹ Recommandation CM/Rec (2006)2 du Conseil de l'Europe sur les Règles pénitentiaires européennes, art. 37.5.

⁷⁹⁰ Recommandation CM/Rec (2012)12 relative aux détenus étrangers, art. 15.3.

⁷⁹¹ V. *supra* n° 66.

⁷⁹² CEDH 9 juill. 2013, *Vinter et autres c/ Royaume Uni*, *préc.*

⁷⁹³ CEDH, 4 sept. 2014, *Trabelsi c/ Belgique*, n° 140/10, *préc.*

la deuxième hypothèse pourrait être retenue par la Cour, au sens d'une harmonisation, la première pourrait être favorisée.

La situation par laquelle le condamné viendrait à manifester son refus doit toutefois être soulevée. Celle-ci oppose alors deux volontés contraires, celle d'un individu souhaitant investir à long terme les lieux de son incarcération originaire, et celle d'un État souhaitant procéder au transfèrement de celui-ci. Si l'État procède à un transfèrement, c'est avec le soutien de la décision-cadre précitée. Présentée davantage comme un mécanisme facilitant la reconnaissance des jugements répressifs au sein de l'Union européenne que comme une convention relative au transfèrement à proprement parler, cet instrument servirait, sous couvert, d'encourager la réinsertion sociale des condamnés⁷⁹⁴, à alléger la surpopulation carcérale⁷⁹⁵ et les coûts y afférents pour l'État de condamnation. Certains États ne s'en cachent pas, comme l'Irlande se réservant « *le droit de limiter le surplus de transfèrement de l'étranger vers l'Irlande par rapport aux transfèvements de l'Irlande vers l'étranger à la lumière des places disponibles dans les prisons* »⁷⁹⁶. Le transfèrement devient alors un outil au service des intérêts de l'État, guidé par l'opportunité⁷⁹⁷. Cette opportunité n'est pas accueillie de la même manière par la Cour européenne des droits de l'homme en fonction des intérêts en cause. Une confrontation d'intérêts s'observe et, alors que certains droits peuvent être restreints par les contraintes auxquelles doit répondre l'État, d'autres ne connaissent aucune atteinte. La Cour européenne des droits de l'homme veille à garantir la voix du condamné dans la procédure de transfèrement, du moins ses intérêts. Les exigences présentées par la suite font l'usage indirect de la protection du condamné dans la procédure de transfèrement, un dernier rempart à la volonté régaliennne de l'État.

⁷⁹⁴ V. *infra* n° 178.

⁷⁹⁵ V. *supra* n° 163.

⁷⁹⁶ Déclaration du 31 juill. 1995 ; déclaration de l'Irlande à propos de la Convention de Strasbourg du 21 mars 1983.

⁷⁹⁷ M. HERZOG-EVANS, *Transfèrement international des condamnés*, *loc. cit.*, point 91.

Section 2

Une coopération sanctionnée

143. La responsabilité des États est l'écho d'une violation ou du risque de violation des droits fondamentaux de l'individu. La preuve d'une telle violation varie alors en fonction du moment auquel cette dernière est alléguée. De plus, les juridictions étatiques sont amenées à surseoir à statuer dès lors que la Cour européenne des droits de l'homme est sollicitée⁷⁹⁸. Les juges de la Cour européenne des droits de l'homme orientent alors leur démarche analytique ainsi que les règles de preuve en fonction du droit bafoué. Une distinction discrimine les droits rattachés à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme au profit prévisible des droits protégés par l'article 3 de la Convention. Néanmoins, si la distinction des droits violés est propédeutiquement servie par les juges de la Cour européenne des droits de l'homme, cette distinction s'efface devant le critère d'opportunité que la situation d'espèce nourrit. Une protection absolue de l'article 3 (§ 1) relègue une protection conditionnée de l'article 6 (§ 2).

§ 1. La protection absolue

144. La responsabilité par ricochet de l'État s'établit à la lumière d'une violation des droits fondamentaux qui a eu lieu dans l'État coopérateur. Répondre des fautes de l'autre État est un parti pris qui doit tendre à l'amélioration de la coopération par une vigilance commune et mutuelle des États. Le juge européen évalue les violations en distinguant les éléments de l'espèce selon leur pertinence. Alors que certains éléments pourraient faciliter la justification du comportement des États, la Cour européenne des droits de l'homme décide de ne pas les prendre en compte. À l'inverse, certains critères sont retenus et leur admission se fait selon un ordre bien défini. Une insensibilité aux prétextes des États (A) permet de mettre en valeur une sensibilisation au contexte (B).

⁷⁹⁸ Au titre de l'Article 39 du Règlement de la Cour.

A. Une insensibilité aux prétextes

145. « En tout état de cause, l'affaire *M.S.S.* aura procuré à la Cour européenne l'occasion de signifier les risques d'une application inconsidérée du mécanisme Dublin et donc de souligner les deux motifs de rupture de la confiance mutuelle : le risque pour l'étranger, d'abord, de ne pas être traité dans l'État de transfert dans des conditions conformes aux standards internationaux et européens et celui, ensuite, de voir l'État de transfert se livrer à un refoulement vers un État tiers, contraire aux mêmes standards. En l'espèce, tels étaient les comportements imputables à la Grèce, État de premier accueil vers lequel les transferts "Dublin" étaient contestés »⁷⁹⁹. Par l'arrêt *M.S.S.*⁸⁰⁰, la Cour européenne des droits de l'homme a explicitement visé les limites au principe de confiance mutuelle. Se refusant d'approuver des mécanismes de coopération aveugle, la Cour présente ces deux motifs dans l'hypothèse d'un refoulement. La présence dans les faits d'un demandeur d'asile, au lieu d'un détenu, à en respecter l'application analogue des jurisprudences antérieurement citées, ne vicie en rien l'analyse. Ainsi, en matière de transfèrement de condamné, il convient d'extraire la crainte unique de la Cour, exprimée dans l'arrêt *M.S.S.* au travers des motifs présentés ci-dessus : la violation de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Par le caractère absolu du droit garanti, les juges font fi de la plupart des considérations qui pourraient entourer la survenance d'une violation de l'article 3 de ladite Convention. Celles-ci peuvent être rassemblées sous deux volets : les intérêts de l'État dans l'action entraînant une violation de l'article 3 et l'identité de l'agent responsable de cette violation.

Concernant les intérêts que l'État peut exciper dans l'entreprise de pratiques contrevenant aux dispositions de l'article 3 de la Convention, les juges de la Cour européenne des droits de l'homme ont fait l'expérience de prendre en considération ces derniers lors de l'affaire *Soering c/ Royaume-Uni*. L'expérience de la mise en balance du respect des droits fondamentaux et des intérêts de la société ne fut pas renouvelée par la suite. Le caractère absolu de l'article 3 est inconciliable avec les concessions qui pourraient être souhaitées en présence d'intérêts divergents de ceux du détenu⁸⁰¹. Alors que l'arrêt *Soering c/ Royaume-Uni*

⁷⁹⁹ H. LABAYLE, « Droit d'asile et confiance mutuelle : regard critique sur la jurisprudence européenne », CDE 2014, Vol. 50, n° 3, p. 507.

⁸⁰⁰ CEDH, Gde. Ch., 21 janv. 2011, *M.S.S c/ Belgique et Grèce*, n° 30696/09.

⁸⁰¹ CEDH, 7 juill. 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, préc., § 88 ; CEDH, 15 nov. 1996, *Chahal c/ Royaume-Uni*, préc., § 81 ; CEDH, 28 fév. 2008, *Saadi c/ Italie*, préc., § 127 et CEDH, 4 sept. 2014, *Trabelsi c/ Belgique*, préc., § 116.

avait en effet introduit un principe de « *balance des intérêts* » amenant les juges de la Cour à vérifier qu'un juste équilibre était respecté entre les intérêts de la société et l'intérêt personnel de l'individu, l'arrêt de la Grande Chambre *Chahal c/ Royaume-Uni*⁸⁰² vient corriger l'admission difficilement compréhensible de l'emploi de méthodes de traitements inhumains et dégradants « *au service d'un intérêt occasionnant une pratique* » proportionnée au « *but légitime poursuivi* ». Ainsi l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme ne saurait connaître des restrictions, « *même en cas de danger public menaçant la vie de la nation, quels que soient les agissements de la personne concernée et la nature de l'infraction qui pourrait lui être reprochée* ». Le caractère absolu de la protection des droits prévus à l'article 3 de ladite Convention trouve son expression la plus intense dans l'hypothèse du terrorisme⁸⁰³. Alors qu'aux grands maux l'État pourrait espérer s'octroyer de grands remèdes, les droits de l'individu interrogé sont une exigence inflexible de la Cour. Lorsqu'il y a en effet un « *risque réel qu'un terroriste présumé ou condamné soit soumis à des mauvais traitements dans un autre État, l'interdiction d'un retour dans ce pays est absolue, quelles que soient les infractions commises par l'intéressé ou sa conduite passée* »⁸⁰⁴. En l'occurrence, cette hypothèse s'est vérifiée dans l'affaire *Saadi c/ Italie* : « *la mise en application d'une décision d'expulser un terroriste en Tunisie, où il avait été reconnu coupable en son absence, violerait ses droits au titre de l'article 3 puisque le gouvernement italien n'avait pas fourni des assurances diplomatiques suffisantes garantissant que le requérant ne risquerait pas d'être soumis à des traitements contraires à la Convention* »⁸⁰⁵.

146. Par ailleurs, concernant l'agent à l'origine de la violation de l'article 3 de la Convention, la Cour se montre insensible aux modalités de cet ordre. L'arrêt *D. c/ Royaume-Uni* rappelle que la place centrale de l'article 3 dans la Convention européenne des droits de l'homme engage la Cour dans un ménagement en vue de maintenir une certaine souplesse, afin d'appréhender les situations les plus diverses pouvant se présenter, de telle sorte qu'il reste envisageable d'examiner le grief d'un requérant tiré des traitements infligés au concours de facteurs engageant « *directement ou non* » la responsabilité des autorités publiques de ce pays « *ou qui, pris isolément, n'enfreignent pas par eux-mêmes les normes de cet article* ».

⁸⁰² CEDH, Gde. Ch., 15 nov. 1996, *Chahal c/ Royaume-Uni*, préc.

⁸⁰³ V. en ce sens, D. GASIMOV, « La condamnation à perpétuité de terroriste sans possibilité de libération est-elle incompatible avec l'article 3 ? », in *L'Europe des libertés : Revue d'actualité juridique*, 12^e année, n° 38, mai 2012, pp. 17-18.

⁸⁰⁴ CEDH, 28 fév. 2008, *Saadi c/ Italie*, préc.

⁸⁰⁵ *Ibid.*, §§ 147-149.

3 »⁸⁰⁶. Ainsi, tant lors de l'analyse du risque encouru par le requérant que lors d'un contrôle *a posteriori* des mauvaises pratiques exercées, le juge européen n'attache pas d'importance à l'identité de l'acteur de la violation. En ce sens, l'appartenance de l'État de destination à la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas retenue comme élément de la réflexion des juges⁸⁰⁷. De plus, la qualité de l'auteur de la violation est peu pertinente dans l'analyse de la violation de l'article 3 de ladite Convention. Confirmé par l'arrêt *T.I. c/ Royaume-Uni*⁸⁰⁸, cette espèce renvoie aux risques de violences au Sri Lanka, État tiers à la Convention. Les arrêts *M.S.S.S* et *Tarakhel*⁸⁰⁹ en revanche concernent des États parties. De plus, cette indifférence est aussi profonde que le droit garanti en cause est important. La jurisprudence prolonge ce postulat et indique « *par ailleurs que l'existence de cette obligation n'est pas subordonnée au point de savoir si l'origine du risque d'un tel traitement tient à des facteurs impliquant la responsabilité, directe ou indirecte, des autorités du pays d'accueil. Eu égard au caractère absolu du droit garanti, l'article 3 peut être étendu à des situations où le danger émane de personne ou de groupes de personnes qui ne relèvent pas de la fonction publique* ». Alors, si l'auteur de la violation potentielle était par principe l'État de destination⁸¹⁰, l'appréhension de l'auteur par la Cour se voit élargie, il peut donc s'agir d'un agent contrevenant à la Convention européenne des droits de l'homme n'appartenant pas à la fonction publique. En effet, les violences peuvent provenir des agents de l'État comme de particuliers. La nécessité d'élargir le champ desdits acteurs est donc naturellement liée au caractère absolu de la protection prescrite par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cet élargissement du champ des auteurs potentiels des violations au caractère absolu de l'article 3 peut alors concerner le codétenu partageant la même cellule que l'intéressé, comme l'espèce de l'arrêt *H.L.R. c/ France*⁸¹¹ le prouve.

Néanmoins, « *en raison du caractère absolu du droit garanti, la Cour n'exclut pas que l'article 3 (...) trouve aussi à s'appliquer lorsque le danger émane de personne ou de groupes de personnes qui ne relèvent pas de la fonction publique. Encore faut-il démontrer que le risque existe réellement et que les autorités de l'État de destination ne sont pas en mesure d'y*

⁸⁰⁶ CEDH, 2 mai 1997, *D.C/ c/ Royaume-Uni*, n° 30240/96, § 49.

⁸⁰⁷ CEDH, 7 juill. 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, § 88, *préc.* ; CEDH, 7 mars 2000, *T.I. c/ Royaume-Uni*, n° 43844/98 ; CEDH, 4 sept. 2014, *Trabelsi c/ Belgique, préc.*, § 116 ; CEDH, 4 nov. 2014, *Tarakhel c/ Suisse*, n° 29217/12, § 104 ; CEDH, 6 juin 2013, *Mohammed c/ Autriche*, n° 2283/12., § 70 ; CEDH, Gde. Ch., 21 janv. 2011, *M.S.S c/ Belgique et Grèce, préc.* ; CEDH, 28 fév. 2008, *Saadi c/ Italie, préc.*, § 132.

⁸⁰⁸ CEDH, 7 mars 2000, *T.I c/ Royaume-Uni, préc.*

⁸⁰⁹ CEDH, 4 nov. 2014, *Tarakhel c/ Suisse, préc.*

⁸¹⁰ CEDH, 4 sept. 2014, *Trabelsi c/ Belgique, préc.*

⁸¹¹ CEDH, 2 mars 1995, *H.L.R. c/ France*, n° 24573/94.

*obvier par une protection appropriée*⁸¹² ». Alors, si le contrôle *a posteriori* permet d'observer la violation d'un droit garanti par l'article 3 du fait de son caractère absolu, l'évaluation du risque nécessite la prise en compte de critères rattachés à la situation de l'État objet de l'observation ainsi qu'à la personne du requérant afin d'avoir une vision complète de la situation.

B. Une sensibilisation au contexte

147. Dès 1998, la Cour européenne des droits de l'homme a réfuté le caractère irréfragable du respect de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'hypothèse d'une expulsion d'un Français vers l'Espagne à travers l'arrêt *Iruretagoyena c/ France*⁸¹³. Concernant la Cour de justice de l'Union européenne, l'institution s'est questionnée par la suite sur le caractère réfragable ou non de la présomption de respect des droits fondamentaux par tout État membre de l'Union. Se fondant sur le principe de confiance mutuelle inspirant le législateur européen, la Cour estima toutefois qu'il ne peut pas être exclu du champ des possibles qu'un « *État n'assure pas une protection suffisante des droits fondamentaux des particuliers résultant de difficultés majeures de fonctionnement* »⁸¹⁴. Une telle hypothèse rendant le déplacement de l'individu incompatible avec le droit de l'Union. Ainsi, le texte européen Dublin II n'encadrerait pas un fonctionnement fidèle à la philosophie de l'Union européenne s'il était nécessaire de suivre la direction d'une présomption irréfragable et régirait une procédure contraire aux droits fondamentaux. En filant l'analogie initiée en début de chapitre, il peut être conclu que la Cour de Justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme adopteraient la même position concernant un transfèrement de condamné. L'espèce de l'affaire *N.S et M.E* traite de la conduite de demandeurs d'asile et l'arrêt *Iruretagoyena c/ France* relate des faits d'expulsion, soit de déplacements physiques d'individus du même ordre que le transfèrement de condamnés. Ainsi, en respectant le raisonnement par analogie, le transfèrement d'un condamné dans un autre État entraîne les mêmes interrogations quant au respect des droits fondamentaux. À cet égard, son caractère irréfragable serait également réfuté dans le cas d'un transfèrement. Bien que cette présomption ne soit pas irréfragable, elle persiste. La charge de la preuve revient de ce fait à

⁸¹² CEDH, 2 mars 1995, *H.L.R. c/ France, préc.*, § 40.

⁸¹³ CEDH, 12 janv. 1998, *Iruretagoyena c/ France*, n° 32829/96.

⁸¹⁴ CJUE, 21 déc. 2011, n° C-411/10, *N.S. c/ Secretary of State for the Home Department et M.E. et autres c/ Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, point 80.

l'individu, sauf dans certaines circonstances décrites par les juges dans l'arrêt *F.G. c/ Suède*⁸¹⁵. Les juges donnent pour l'occasion deux précisions : si l'argument avancé repose sur un « *risque général bien connu* » et que « *les informations sur un tel risque sont faciles à vérifier à partir d'un grand nombre de sources* », les autorités de l'État de condamnation doivent évaluer d'office les conditions de détention de l'État d'exécution en cas de risque notoire provenant de la situation générale dudit État⁸¹⁶.

Ensuite, lorsque le risque d'atteinte aux règles disposées par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme est afférent à la situation individuelle du détenu et que ce dernier porte ces éléments à la connaissance de l'autorité de l'État de condamnation, cette information lie ladite autorité si bien que lui est alors rattachée la charge d'évaluer le risque identifié par l'individu⁸¹⁷. Une véritable obligation naît à l'encontre de l'État de condamnation dans l'avertissement du condamné sur les conditions de détention de l'État d'exécution. Le condamné a néanmoins sa part de responsabilité dans la recherche d'éléments certifiant ses dires par l'autorité compétente et doit produire une explicitation active des éléments conduisant à l'individualisation de sa situation⁸¹⁸. À cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme ne se montre pas permissive envers le requérant et attend des informations spécifiques corroborées par des éléments de preuve vis-à-vis de la situation générale du lieu d'incarcération futur⁸¹⁹. L'État a l'obligation de vérifier ces allégations⁸²⁰. Il doit aller au-delà d'une simple vérification et doit recueillir des garanties de la part de l'État d'exécution, garanties qui seront transmises au juge. Par l'arrêt *Othman c/ Royaume-Uni*⁸²¹, la Cour se prononce sur les assurances données par l'État de destination : faire l'état des droits de l'homme dans cet État et évaluer si ces droits peuvent y être respectés. Certains critères sont relevés par la Cour pour attester de la qualité de l'assurance donnée, parmi eux, onze critères qui méritent d'être mentionnés : « *si les termes de l'assurance ont été fournis à la*

⁸¹⁵ CEDH, 16 janv. 2014, *F.G c/ Suède*, n° 43611/11.

⁸¹⁶ *Ibid* § 120, § 125 et § 126. CEDH, 28 fév. 2008, *Saadi c/ Italie*, préc., § 129 et § 132 ; CEDH, 2 juin 2015, *Ouabour c/ Belgique*, n° 26417/10, § 65 et CEDH, 17 janv. 2012, *Othman (Abu Qatada) c/ Royaume-Uni*, n° 8139/09, § 261.

⁸¹⁷ CEDH, 16 janv. 2014, *F.G c/ Suède*, préc., § 127. En l'espèce, la Grande Chambre a conclu qu'une violation des articles 2 et 3 de la CEDH était inévitable si le requérant était renvoyé en Iran sans que les autorités suédoises aient mené une appréciation *ex nunc* des répercussions de sa conversion au christianisme, malgré le fait que le requérant ait eu la possibilité d'invoquer sa conversion dans le cadre de la procédure de demande d'asile en Suède, et cela à plusieurs reprises, même s'il a refusé de l'invoquer pendant sa première procédure et qu'il a été représenté par un avocat au cours de la procédure.

⁸¹⁸ CEDH, 6 juin 2013, *Mohammed c/ Autriche*, préc.

⁸¹⁹ CEDH, 28 fév. 2008, *Saadi c/ Italie*, préc.

⁸²⁰ CEDH, 4 nov. 2014, *Tarakhel c/ Suisse*, préc.

⁸²¹ CEDH, 17 janv. 2012, *Othman c/ Royaume-Uni*, préc.

*Cour, le caractère vague ou précis de l'assurance, la qualité de la personne qui l'a fournie, la qualité de l'État partie ou non qui fournit l'assurance, si l'assurance provient du gouvernement central de l'État (de manière à lier les autorités locales), si les assurances concernent un comportement légal ou illégal dans l'État de destination, la longueur et la force des relations bilatérales entre les États d'envoi et de réception, la possibilité de veiller au respect des assurances, s'il existe dans l'État de réception un système effectif de protection contre la torture (y compris si cet État est prêt à coopérer avec les instances internationales de surveillance dont les ONG, et s'il est prêt à enquêter sur les allégations de torture et de punir les responsables), si le requérant a précédemment été victime de mauvais traitements dans l'État de destination et si la fiabilité des assurances a été examinée par une Cour interne de l'État qui renvoie »⁸²². Une analyse peut être proposée, il en ressort que les relations bilatérales entre les États tentent de préserver le principe de confiance mutuelle, mais que celui-ci est pour autant éprouvé par la multitude de points de contrôle posés par la Cour. Ainsi, l'intervention de plusieurs organismes est engagée afin de multiplier les sources indépendantes de preuves et de garantir objectivité et impartialité. En ce sens, la Cour a refusé de reconnaître un dispensateur de garanties, comme ce fut le cas dans l'affaire *Trabelsi*, en la qualité d'avocat général à la direction des services judiciaires, celle-ci ne suffisant pas pour donner des assurances au nom de l'État tunisien, et a observé que « *des sources internationales sérieuses et fiables indiquent que les allégations de mauvais traitements ne sont pas examinées par les autorités tunisiennes compétentes, et que les autorités tunisiennes sont réticentes à coopérer avec les organisations indépendantes de défense des droits de l'homme* ». De surcroît, il a été relevé dans la même affaire l'impossibilité « *tant pour le représentant de M. Trabelsi devant la Cour que pour l'ambassadeur d'Italie en Tunisie de lui rendre visite en prison, de vérifier sa situation et de connaître ses éventuels griefs* ». En pareille situation, la Cour ne peut donc pas souscrire à la thèse du Gouvernement italien selon laquelle les assurances données offrent une protection efficace contre le risque sérieux que court le requérant d'être soumis à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.*

148. Alors que la charge de la preuve a pu être renvoyée d'une partie à l'autre, les éléments de preuve sur lesquels se fondent la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de Justice de l'Union européenne sont constants. « *Il est bien établi dans sa*

⁸²² CEDH, 17 janv. 2012, *Othman c/ Royaume-Uni*, préc.

*jurisprudence que l'interdiction fondamentale de la torture et des traitements inhumains ou dégradants posée par l'article 3, en combinaison avec l'article 1er de la Convention selon lequel "toute personne relevant de leur juridiction (se voit reconnaître) les droits et libertés définis (dans la) Convention", impose aux États contractants l'obligation de ne pas expulser une personne vers un pays lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'elle y courra un risque réel d'être soumise à un traitement contraire à l'article 3 »*⁸²³. La Cour européenne des droits de l'homme se fonde sur le critère des « motifs sérieux et avérés de croire qu'un risque réel » pend dans l'État d'exécution⁸²⁴. Le visa de l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux exige la présence d'un risque sérieux. Ces indices doivent permettre d'atteindre un seuil de gravité de la situation observée, appelé « seuil de déclenchement de l'article 3 »⁸²⁵. L'appréciation du seuil est somme toute relative, car elle dépend d'un ensemble de données extraites de l'espèce⁸²⁶. Cette relativité est présente dans tous les arrêts de la Cour depuis l'affaire *Cruz Varas*⁸²⁷. Les premiers critères glanés sont « les modalités d'exécution, la durée, les effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, le sexe, l'âge, et l'état de santé de la victime »⁸²⁸. L'arrêt *Saadi c/ Italie* apporte des précisions sur la notion de gravité à retenir : « pour qu'une peine et le traitement dont elle s'accompagne puissent être qualifiés d'inhumains ou de dégradants, la souffrance ou l'humiliation doivent aller au-delà de celle que comporte inévitablement une forme donnée de traitement ou de peine légitimes »⁸²⁹. Afin de cerner quels sont ces indices menant à l'observation de risques réels et d'identifier ce seuil, la pratique d'une démarche méthodique peut être soulignée : deux hypothèses ordonnées de preuve sont prévues. D'abord, la preuve d'une situation générale conduisant à une violation de l'article 3 doit être rapportée. Celle-ci doit décrire l'environnement de l'État de destination avec assez de précision pour que la violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme puisse être objectivement déclarée. Une évaluation méticuleuse est exigée, même si l'État est partie à la Convention⁸³⁰. Si cette description ne suffit pas à déceler ladite violation, une seconde étape consistant à contextualiser l'environnement initialement décrit, cette fois teintée de la situation personnelle du condamné doit être appliquée. Autrement dit,

⁸²³ CEDH, 7 mars 2000, *T.I. c/ Royaume-Uni*, préc.

⁸²⁴ CEDH, 17 janv. 2012, *Othman c/ Royaume-Uni*, préc.

⁸²⁵ CEDH, 21 oct. 2014, *Sharifi et autres c/ Italie et Grèce*, n° 16643/09, § 38.

⁸²⁶ CEDH, 20 mars 1991, *Cruz Varas*, préc., § 83 ; CEDH, 28 fév. 2008, *Saadi c/ Italie*, préc., § 134 ; CEDH, Gde. Ch., 21 janv. 2011, *M.S.S c/ Belgique et Grèce*, préc., § 219 ; CEDH, 4 nov. 2014, *Tarakhel c/ Suisse*, préc. § 94.

⁸²⁷ CEDH, 20 mars 1991, *Cruz Varas et autres c/ Suède*, préc., § 83.

⁸²⁸ *Ibid.*

⁸²⁹ CEDH, 28 fév. 2008, *Saadi c/ Italie*, préc., § 135.

⁸³⁰ CEDH, 4 nov. 2014, *Tarakhel c/ Suisse*, préc., § 104.

il s'agit d'insérer la subjectivité qu'apporte la situation personnelle du détenu afin de mettre en exergue chaque élément qui, pris isolément de la situation propre à l'intéressé, n'aurait su manifester une menace, mais qui, en rapport avec le sort du condamné requérant, l'alerte des juges, permet de percevoir toute l'expression du danger. La situation individuelle du condamné doit prouver alors la catalyse d'une violence latente par le transfèrement de celui-ci. Cela se traduit généralement par la vulnérabilité du requérant en fonction du milieu dans lequel il est introduit. Le seuil de gravité est alors inévitablement imprégné de l'état intrinsèque du détenu. L'arrêt *Aswat c/ Royaume-Uni*⁸³¹ va dans ce sens, notamment à la lumière de preuves médicales et psychiatriques laissant présager une détérioration de l'état mental d'un individu placé dans un milieu carcéral « *différent et potentiellement plus hostile* »⁸³². Le seuil de gravité s'observe alors au prisme de la vulnérabilité et renvoie à l'intensité des souffrances que l'individu subit ou risque de subir⁸³³. La situation personnelle et individuelle du requérant, mettant à jour une vulnérabilité particulière, peut, en lien⁸³⁴, ou non⁸³⁵, avec le contexte d'immersion, être un accélérateur dans la survenance de mauvais traitements dans le contexte d'accueil de l'État de destination, ce contexte renvoyant au climat politique, social et carcéral orchestré par les conditions de détentions déjà explicitées.

De plus, l'appartenance à une minorité persécutée peut être rapportée, il faut des preuves suffisantes de cette appartenance⁸³⁶. De même, un contexte de violences⁸³⁶ dans l'État de destination peut être prouvé. L'arrêt *Chahal c/ Royaume-Uni*⁸³⁷ et l'arrêt *Ahmed c/ Autriche*⁸³⁸ précisent les contours d'une telle preuve dans la mesure où la problématique de la remise du condamné doit être ciblée dans un contexte de violence généralisée. De plus, il faut démontrer que les autorités ne peuvent pas apporter une protection adéquate, comme précisé dans l'arrêt *H.L.R. c/ France*⁸³⁹. Il peut être extrait, de plus et surtout, de cet arrêt l'élément

⁸³¹ CEDH, 16 avr. 2013, *Aswat c/ Royaume-Uni*, n° 17299/12. « *L'extradition du requérant vers les États-Unis d'Amérique serait un mauvais traitement contraire à l'article 3, dès lors qu'il risque d'y être détenu dans des conditions incompatibles avec son état de santé mentale* ».

⁸³² *Ibid.*

⁸³³ V. *infra* n° 176.

⁸³⁴ Pour exemple : l'homosexualité.

⁸³⁵ Pour exemple : la minorité, le handicap.

⁸³⁶ Ensemble de décisions : CEDH, 15 nov. 1996, *Chahal c/ Royaume-Uni*, *préc.* ; CEDH, 12 avr. 2005, *Chamaïev et autres c/ Géorgie et Russie*, § 413 ; CEDH, 27 juill. 2005, *N. c/ Finlande*, n° 38885/02 ; CEDH, 26 avr. 2005, *Müslim c/ Turquie*, n° 53566/99 ; CEDH, 18 avr. 2010, *Baysakov et autres c/ Ukraine*, n° 54131/08 ; CEDH, 1er avr. 2010, *Kleine c/ Russie*, n° 24268/08 ; CEDH, 20 mai 2010, *Khaydariv c/ Russie*, 20 mai 2010, n° 21055/09 ; CEDH, 22 sept. 2009, *Abdolkhani et Karimnia c/ Turquie*, n° 30471/08.

⁸³⁷ CEDH, 15 nov. 1996, *Chahal c/ Royaume-Uni*, *préc.*

⁸³⁸ CEDH, 17 déc. 1996, *Ahmed c/ Autriche*, *préc.*

⁸³⁹ CEDH, 2 mars 1995, *H.L.R. c/ France*, *préc.*

clef à l'analyse des juges. Lorsque ces derniers s'adonnent à l'analyse du contexte général, ils ne se limitent pas à un « *clivage* » entre situation personnelle et contexte général de l'État en cause, ils ne renoncent pas à une analyse cumulative. Il ne s'agit alors pas de dresser d'une part, la liste des éléments alertant sur les conditions de détention dans l'État d'exécution, et d'autre part, le portrait du condamné. Il s'agit de comprendre en quoi le risque peut être individualisé, par l'amalgame de ces deux types d'arguments. Si cette vulnérabilité conduit à la violation de l'article 3 de la Convention européenne, il s'agit néanmoins de bien plus qu'une pondération qui amènerait à l'analyse d'un faisceau d'indices retenus massivement, d'une méthode ordonnée d'analyse qui peut se lire au travers des décisions de la Cour. La situation personnelle est un rempart subsidiaire dans la preuve d'une probable violation de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce critère revêt donc une importance cruciale. En effet, son recours est un renfort lorsque la situation générale de l'État de destination ne suffit pas à prouver la violation de l'article 3 de ladite Convention. La situation personnelle de l'individu est mise en avant. Plus elle révèle un état de vulnérabilité élevé, plus les exigences probatoires sont assouplies, sous prétexte du principe de précaution⁸⁴⁰.

Par ailleurs, bien qu'il puisse paraître que la situation personnelle prévaut sur la situation générale dans l'analyse des juges, cette dernière a néanmoins son importance. La condition d'individualisation du risque peut être assouplie en cas de production de nombreux documents attestant une situation générale contraire aux dispositions de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, la charge de la preuve peut être allégée pour le requérant quant à sa situation personnelle, la situation générale constituant « *une voie moyenne qui tempère l'exigence d'individualisation* »⁸⁴¹. Cette situation générale peut être définie alors de différentes manières. D'abord, le risque doit être prévisible, cela est mis en avant, tant concernant les États de destination tiers que parties à la Convention⁸⁴². Ce risque concerne tant les pratiques en milieu pénitencier que l'état du droit de l'État de destination. Ainsi une interrogation concernant la peine de réclusion à perpétuité peut se poser. Si la peine n'est, en effet, pas perpétuelle, mais que le transfèrement pouvait aboutir à une peine perpétuelle, peut-il être déclaré que l'achèvement de la procédure de transfèrement mènerait à la violation de la Convention européenne des droits de l'homme ? Dans l'affaire *Trabelsi c/*

⁸⁴⁰ V. en ce sens : J. MOLINIER, *Principe de précaution*, Rép. eur., § 6, juin 2016 ; F. EWALD, C. GOLLIER et N. DE SADELEER, *Le principe de précaution*, 5^e éd., PUF, 2013 ; D. ROETS, « Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », RSC 2007, p. 251.

⁸⁴¹ A. FORNEROD, « L'article 3 de la convention européenne des droits de l'homme et l'éloignement forcé des étrangers : illustrations récentes », RTDH 2010, n° 82, p. 315.

⁸⁴² CEDH, 2 mars 1995, *H.L.R. c/ France, préc.*, § 39 ; CEDH, 28 fév. 2008, *Saadi c/ Italie, préc.*, § 132 ; CEDH, 18 avr. 2013, *Mohammed Hussein c/ Pays-Bas et Italie*, n° 27725/10, § 69.

Belgique⁸⁴³, la Cour « a cherché à déterminer (...) si l'extradition des intéressés les exposait effectivement à un tel risque et, dans l'affirmative, si la peine à perpétuité pouvait faire l'objet d'un aménagement leur offrant un espoir d'être libérés »⁸⁴⁴. Il a été mis en évidence le fait que l'affaire *Trabelsi* marque une évolution par rapport à la jurisprudence issue de l'affaire *Vinter et autres c/ Royaume-Uni*. Dans l'affaire *Trabelsi*, le requérant n'était pas encore condamné alors que dans l'affaire *Vinter et autres c/ Royaume-Uni*, les requérants connaissaient déjà leur sentence. Ainsi, dans l'arrêt *Vinter et autres c/ Royaume-Uni*, il est paru normal qu'un condamné sache les perspectives qu'offre sa condamnation dès le prononcé de sa condamnation. L'affaire *Trabelsi* renvoie cette exigence au moment de l'examen des charges qui sont portées contre l'individu. Cette appréciation certes plus lointaine n'empêche en rien l'analyse des éléments fixes rattachés à l'État du droit dans l'État de destination. Cette prospection renvoie aux éléments décrits en première section, abstraction faite des possibilités d'évolution de la politique pénale de l'État d'exécution, il peut être aisément dressé le paysage pénologique de l'État d'exécution, s'agissant des perspectives de conversion de peine comme des conditions notoires de détention.

§ 2. La protection conditionnée

149. Les instruments européens relatifs à la coopération pénale internationale n'émettent pas l'hypothèse d'un refus de reconnaissance d'une décision de transfèrement relatif à une violation du droit à un procès équitable, reconnu par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et 47 et 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cette absence est-elle fortuite ou voulue ? Un procès entaché d'iniquité serait difficilement acceptable, l'exécution du dispositif de sa décision tout autant. Pour autant, comme vu précédemment⁸⁴⁵, un contrôle en aval est possible, même recommandé. La situation éclairée par les considérations tenant au respect du procès équitable concerne spécialement cette hypothèse. L'État d'exécution conserve alors une liberté décisionnelle, l'oppose-t-il toujours pour autant ? Alors que le principe de reconnaissance mutuelle est favorisé lors de la légistique des instruments internationaux, l'opportunité peut guider aussi à favoriser indirectement les intérêts de l'individu (A). Le contrôle du respect du droit à un procès équitable à l'heure d'un transfèrement de condamné conduit vers une observation de

⁸⁴³ CEDH, 4 sept. 2014, *Trabelsi c/ Belgique*, préc.

⁸⁴⁴ *Ibid.*, § 115.

⁸⁴⁵ V. *supra* n° 67.

nouveaux critères, créés pour favoriser une mécanique de coopération internationale fluide, et surtout, pour préserver les intérêts de l'individu (B).

A. Une protection apparemment inaccessible

150. Le caractère absolu du droit garanti par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme voit ses finalités transposées sur les exigences issues des autres articles de la Convention. Les articles invoqués lors des affaires précédemment citées contribuent à atteindre l'objectif défendu par les dispositions de l'article 3 de la Convention. Il peut être alors présenté l'usage de l'article 6 dans les affaires de transfèrement d'individu. La réclusion à perpétuité connaît des exigences procédurales, celles-ci sont également avérées dans le cadre d'un déplacement d'individu condamné à la réclusion à perpétuité. Des éléments de preuve analysés en première section, une mise en œuvre procédurale peut en être proposée. Le « *risque réel* » vu antérieurement doit, comme démontré précédemment, être avéré à l'issue d'un examen. La lettre de l'article 3 informe que le caractère absolu de l'interdiction « *inclut une dimension procédurale, qui suppose que l'allégation d'une personne selon laquelle son éloignement vers un État tiers l'exposerait à un risque de subir un traitement contraire à l'article 3 "doit nécessairement faire l'objet d'un examen rigoureux" par les autorités nationales* »⁸⁴⁶. Dans l'affaire *Cruz Varas*, il est même souligné que les juges ont tenu compte du fait que la « *décision finale d'expulser le requérant fut prise après une étude approfondie de son cas par l'Office national de l'immigration et par le gouvernement* »⁸⁴⁷. Il est entendu qu'une garantie de l'analyse de la situation du condamné doit être trouvée en la personne dépositaire de la prérogative menant à se prononcer sur la situation du condamné aux fins de transfèrement. De même, l'arrêt *Vilvarajah et autres c/ Royaume-Uni* permet de souligner que les juges ont attaché de l'importance, là encore, aux diligences menées par les autorités étatiques. En effet, il peut être relevé que la décision est prise « *aux connaissances et à l'expérience accumulées par les autorités britanniques en étudiant le dossier de nombreux demandeurs d'asile sri-lankais, dont beaucoup obtinrent un permis de séjour, et à la circonstance que le ministre de l'Intérieur avait examiné avec soin le cas personnel de chacun des requérants à la lumière d'une documentation importante sur la situation régnante*

⁸⁴⁶ F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 161.

⁸⁴⁷ CEDH, 20 mars 1991, *Cruz Varas et autres c/ Suède*, préc.

au Sri Lanka et sur le sort de la communauté tamoule de l'île »⁸⁴⁸. Ces modalités d'examen par l'État renvoient à celles précédemment exposées.

Ce qui est remarquable alors, à l'heure de l'étude des exigences de la Cour européenne en matière de transfèrement, eu égard à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, est l'application en demi-teinte des principes jusqu'ici appliqués à l'égard des pratiques contrevenant aux dispositions de l'article 3 de la même Convention. Comme fer de lance de la protection des droits conférés par ledit article 6, le « *déni de justice flagrant* » semble être le critère unique et pourtant difficilement mis en œuvre pour reconnaître une violation de la Convention européenne des droits de l'homme du chef d'un manquement aux règles du procès équitable. Le déni de justice flagrant semble être érigé par la Cour européenne comme un seuil de déclenchement d'une violation de l'article 6 de la Convention dans le cadre d'un transfèrement. Il peut être extrait de la jurisprudence de la Cour européenne les standards ainsi que des règles afférentes à la charge de la preuve. Dans certaines circonstances, il convient de rappeler que la Convention européenne a une portée extra territoriale et que certaines violences, passées ou à venir, peuvent engager la responsabilité de l'État partie à la Convention européenne. Si la coopération internationale enclenche les droits subjectifs des individus, le principe de confiance mutuelle encourageant la courtoisie et la non-ingérence doit être gardé à l'esprit. L'arrêt *Soering c/ Royaume-Uni*⁸⁴⁹ met cependant fin à ces dernières considérations et pratiques avec le critère de « *déni de justice flagrant* ». Par ce critère, les États parties à la Convention sont astreints à une obligation de vérification de respect de la Convention à l'occasion d'une procédure de transfèrement.

151. Si le déni de justice devait être défini, il conviendrait de mentionner tout d'abord son caractère protéiforme. Différentes hypothèses constituent en effet un déni de justice flagrant⁸⁵⁰ et différents exemples ont pu être donnés par la Cour européenne sans toutefois retenir le déni de justice flagrant. Ainsi, il a été relevé lors de l'affaire *Bader et Kanbor c/ Suède*⁸⁵¹ qu'un procès de nature sommaire a été mené au mépris des droits de la défense ; de même, une condamnation *in absentia* sans possibilité d'obtenir ultérieurement un nouvel

⁸⁴⁸ CEDH, 30 oct. 1991, *Vilvarajah et autres c/ Royaume-Uni*, préc.

⁸⁴⁹ CEDH, 7 juill. 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, préc

⁸⁵⁰ Conseil de l'Europe - Division de la recherche et de la Bibliothèque, *Guide de l'article 6 -Droit au procès équitable (volet pénal)*, Strasbourg, 2014, p. 54.

⁸⁵¹ CEDH, 8 fév. 2006, *Bader et Kanbor c/ Suède*, n° 13284/04, § 47.

examen de l'accusation au fond mène au même constat⁸⁵², une détention sans recours à un tribunal indépendant et impartial pour examiner la légalité de la détention⁸⁵³. Également, un refus délibéré et systématique d'accès à un avocat, d'autant que la personne est détenue à l'étranger peut être considéré comme un déni de justice flagrant. Enfin, une utilisation de déclarations recueillies en soumettant le témoin à un traitement contraire à l'article 3 de la Convention doit être mentionnée⁸⁵⁴. En somme, il peut être affirmé que le déni de justice flagrant est synonyme de « *procès manifestement contraire aux dispositions de l'article 6 ou aux principes y énoncés* »⁸⁵⁵, « *une violation des principes du procès équitable garanti par l'article 6, qui serait à ce point important qu'elle équivaudrait à l'annulation ou la destruction de l'essence même du droit garanti par cet article* »⁸⁵⁶. Il est observé que la notion de « *déni de justice flagrant* » est néanmoins inadaptée. Le déni de justice se rapporte en effet à une situation dans laquelle une juridiction refuse de statuer, ce n'est pourtant pas le cas dans les espèces observées jusqu'alors. Les juridictions ont bel et bien statué, même si elles l'ont fait de manière critiquable. Une partie de la doctrine estime alors « *redondant* » et « *inutilement imprévisible* » d'employer l'adjectif « *flagrant* »⁸⁵⁷. Il pourrait être vu en ce mécanisme l'application du principe général de l'ordre public atténué⁸⁵⁸. Toutefois, il peut être considéré que cela revient à un « *anéantissement de l'ordre public européen* »⁸⁵⁹. Il serait alors plus approprié de prononcer une inconvencionnalité de la décision étrangère. Du fait de cette inconvencionnalité, la décision étrangère contrevenant aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme pourrait être neutralisée. Ainsi, il serait possible, pour l'État d'exécution de poursuivre l'intéressé suite au transfèrement, le principe *non bis in idem* ne s'appliquant pas du fait d'avoir écarté la première décision.

⁸⁵² CEDH, 26 janv. 2010, *Einhorn c/ France*, préc. § 33 ; CEDH, 10 nov. 2004, *Sejdovic c/ Italie*, n° 56581/00, § 84, JCP G 2005, I, p. 103, n° 8, chron. F. SUDRE et CEDH, 24 mars 2005, *Stoichkov c/ Bulgarie*, n° 9808/02, § 56.

⁸⁵³ CEDH, 20 févr. 2007, *Al-Moayad c/ Allemagne*, n° 35865/03, § 101.

⁸⁵⁴ CEDH, 17 janv. 2012, *Othman c/Royaume-Uni*, § 267, préc.

⁸⁵⁵ CEDH, 26 juin 1992, *Drozd et Janousek c/ France et Espagne*, n° 12747/87, § 110 ; RTDH 1994, p. 87, note G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS ; CEDH, Gde. Ch., 1^{er} mars 2006, CEDH, *Sejdovic c/ Italie*, préc., § 84.

⁸⁵⁶ CEDH, 27 oct. 2011, *Ahorugeze c/ Suède*, §§115-116, préc.

⁸⁵⁷ F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour européenne de Strasbourg et la réalisation d'une Union plus étroite (35 années de jurisprudence : 1959-1994)*, loc. cit., pp. 77-78. ; S. CECCALDI, « Transfèrement des condamnés et ordre public procédural », RSC 2008, p. 303.

⁸⁵⁸ M. HERZOG-EVANS, *Transfèrement international des condamnés*, Rép. pénal, loc. cit.

⁸⁵⁹ F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour européenne de Strasbourg et la réalisation d'une Union plus étroite (35 années de jurisprudence : 1959-1994)*, loc. cit. ; S. CECCALDI, « Transfèrement des condamnés et ordre public procédural », loc. cit.

Le déni de justice flagrant a été finalement admis lors de l'affaire *Othman c/ Royaume-Uni*⁸⁶⁰. À cette occasion, c'est l'hypothèse de l'utilisation dans un procès pénal de déclarations obtenues par l'usage de procédés de traitement contraire à l'article 3 de la Convention européenne qui est survenue. Ainsi, il est opportun de voir un lien réel entre la mobilisation de l'article 6 de la Convention au service des intérêts défendus par l'interdiction des mauvais traitements de l'article 3. De plus, il peut être observé ici un positionnement de la Cour européenne, prolongeant une jurisprudence antérieure condamnant l'obtention de preuves par la torture⁸⁶¹. En posant l'exigence d'un déni de justice flagrant en vue de prouver la violation de l'article 6 de la Convention, la Cour européenne pourrait paraître sévère à l'égard du condamné. Après tout, l'évidence réclamée à de nombreux égards dans la démonstration que doit présenter le requérant est le corollaire d'un contrôle minimal, or le caractère absolu des dispositions de l'article 3 supposément transposées dans l'analyse du respect de l'article 6 sous-tend des intérêts qui nécessitent une analyse profonde. Le critère de déni de justice flagrant a fait l'objet de nombreuses critiques⁸⁶².

B. Un accès résolument protégé

152. Un retour à l'origine du déni de justice flagrant est nécessaire afin de comprendre l'étendue du contrôle à opérer. Dans l'affaire *Drozdz et Janousek c/ France et Espagne*⁸⁶³, les deux requérants avaient commis un vol à main armée en Andorre, suite à leur arrestation, ces derniers ont été condamnés à une peine de quatorze ans d'emprisonnement or le droit andorran dispose que les peines supérieures à trois mois sont exécutées dans les pays limitrophes, soit la France et l'Espagne, au choix de l'individu. Les deux détenus ont préféré orienter leur choix vers les prisons françaises. Suite à cela, un recours a été porté devant la Cour européenne des droits de l'homme, avançant qu'une violation de leurs droits issus de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme avait été commise⁸⁶⁴. Cette affaire fut l'occasion pour la Cour de se prononcer sur l'application de la Convention dans un contexte de coopération transnationale à l'égard d'un État tiers au Conseil de l'Europe,⁸⁶⁵

⁸⁶⁰ CEDH, 17 janv. 2012, *Othman c/Royaume-Uni*, préc.

⁸⁶¹ CEDH, 1er juin 2010, *Gäfgen c/ Allemagne*, n° 22978/05.

⁸⁶² Avocat général Sharpston dans l'affaire Radu.

⁸⁶³ CEDH, 26 juin 1992, *Drozdz et Janousek c/ France et Espagne*, préc.

⁸⁶⁴ La Cour se serait déclarée incompétente car Andorre n'est pas partie à la Convention et les requérants ont souhaité poursuivre la France et l'Espagne en tant que *coprincipes* d'Andorre.

⁸⁶⁵ La Cour a rendu une décision similaire à l'occasion de l'affaire CEDH, 24 oct. 1995, *Iribarne Perez c/ France*, n° 16462/90.

mais surtout, de présenter la nécessité d'observer un « *déni de justice flagrant* » pour conclure à la violation du droit à un procès équitable. La Cour s'est inspirée de sa jurisprudence *Soering c/ Royaume-Uni* en énonçant que « *La Convention n'obligeant pas les parties contractantes à imposer ses règles aux États ou territoires tiers, il n'incombait pas à la France de rechercher si la procédure qui déboucha sur cette condamnation remplissait chacune des conditions de l'article 6* ». Elle ajouta que « *Exiger un tel contrôle de la manière dont une juridiction non liée par la Convention applique les principes se dégageant de ce texte contrecarrerait aussi la tendance actuelle au renforcement de l'entraide internationale dans le domaine judiciaire, tendance normalement favorable aux intéressés. Les États contractants doivent toutefois se garder d'apporter leur concours s'il apparaît que la condamnation résulte d'un déni de justice flagrant* ». Par une telle décision, le clivage excluant l'influence des aspects négatifs (du point de vue de la Convention européenne des droits de l'homme) d'une décision donnée par un État tiers au Conseil de l'Europe peut susciter des interrogations. Il faudrait donc comprendre par cette décision qu'une distinction entre la régularité de l'exécution par l'État partie et la régularité de la décision donnée par l'État tiers doit être faite.

Cette distinction est certainement salutaire, à en suivre le rapport explicatif de la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs communiqués en 1970. Il est nécessaire de garder à l'esprit que la « *condition préalable absolue pour l'exécution d'un jugement étranger est que ce jugement ait été rendu en toute conformité avec les principes fondamentaux de la Convention européenne des droits de l'homme, notamment son article 6, qui établit certaines exigences minimales pour les poursuites judiciaires* », or ce rapport concerne les rapports entre États parties à la Convention, ce qui n'est pas le cas de l'espèce de l'arrêt *Drozd et Janousek c/ France et Espagne*. De plus, les juges Pettiti, Valticos et Lopes Rocha se sont prononcés sur cette décision en ces termes : « *l'accord a été total sur le point qu'il était impensable de reconnaître comme jugement valable le résultat d'un procès ne réunissant pas les conditions démocratiques fondamentales* ». L'opinion concordante du juge Matscher peut éclaircir la démarche adoptée par la Cour dans la mesure où « *la responsabilité d'un État contractant peut être engagée du fait qu'il prête la main à l'exécution d'un jugement étranger (provenant d'un État contractant ou tiers) qui avait été obtenu dans des conditions qui constituent une violation de l'article 6 (...), que ce soit un jugement en matière civile ou en matière pénale et dans ce dernier cas, qu'il comporte une peine pécuniaire ou une peine privative de liberté* ». Évidemment ajoute-t-il, il doit s'agir d'une violation flagrante de l'article 6 dans des hypothèses où est prise en considération la

gravité de la condamnation prononcée à l'étranger. L'État d'exécution doit alors procéder à un contrôle. La nature de ce contrôle reste alors à définir. Si un contrôle de ce genre existe dans toutes les législations, « *l'intensité du contrôle et les modalités de son exercice étant laissées à la législation de l'État requis : il doit seulement répondre aux exigences de la Convention* ». L'arrêt *Drozd et Janousek c/ France et Espagne*⁸⁶⁶ ne permet pas de cerner le contrôle opéré, une analyse de la jurisprudence ultérieure vient compléter la démonstration.

153. Comme indiqué précédemment, par le critère du déni de justice flagrant, un contrôle minimal semble exigé. Il peut être entendu une certaine sévérité dans cette exigence, l'arrêt *Radu*⁸⁶⁷ de la Cour de Justice de l'Union européenne ayant été le support des plus vives critiques de l'avocat général Sharpston. Le risque pour l'intéressé qu'il soit en pratique impossible de s'acquitter de la charge de la preuve a en effet été soulevé. Le corollaire de ce niveau de contrôle est alors une charge de la preuve alourdie pour le requérant qui doit démontrer que l'État n'a pas su reconnaître l'évidence d'une violation de son droit à un procès équitable. L'équilibre à trouver entre allégations du condamné, et bonne marche des mécanismes de coopération est difficilement concevable. À cela, il convient, pour la première fois dans l'analyse, d'ajouter et de faire valoir la distinction pratique caractérisant le transfèrement de détenu par rapport aux autres formes de transferts d'individus. Si l'extradition et le mandat d'arrêt européen⁸⁶⁸ sont insufflés par l'initiative de l'État d'accueil et que l'expulsion d'un individu est engagée selon la volonté de l'État d'émission, les transfèvements de détenus sont en effet le résultat d'un amalgame des volontés des États et de l'individu en cause. Un début de réponse peut être alors entrevu. Dans l'affaire *Drozd et Janousek c/ France et Espagne*, l'existence d'une tendance d'entraide internationale supposément favorable aux individus a été émise⁸⁶⁹. Or il a été présenté antérieurement que l'opportunité économique et logistique pour l'État de condamnation de procéder à un transfèrement peut écarter les considérations tenant aux intérêts de l'individu⁸⁷⁰. Le contrôle minimal ne semble pas alors justifié de ce point de vue. Si le contrôle du respect de l'article 6

⁸⁶⁶ CEDH, 26 juin 1992, *Drozd et Janousek c/ France et Espagne*, préc.

⁸⁶⁷ CJUE, Gde Ch., 29 janv. 2013, aff. *RADU*, n° C-396/11, « *les autorités judiciaires d'exécution ne peuvent pas refuser d'exécuter un mandat d'arrêt européen émis aux fins de l'exercice de poursuites pénales au motif que la personne recherchée n'a pas été entendue dans l'État membre d'émission avant la délivrance de ce mandat d'arrêt* ».

⁸⁶⁸ Décision cadre 2002/584/JAI du conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, J.O.C/E, L. 190, 18 juill. 2002, p. 1.

⁸⁶⁹ CEDH, 26 juin 1992, *Drozd et Janousek c/ France et Espagne*, préc., §110.

⁸⁷⁰ V. en ce sens, la coopération peut être souhaitée au détriment des intérêts du condamné, affaire civile : CEDH, 20 oct. 2001, *Pelegriani c/ Italie*, n° 30882/96.

de la Convention exigé par la Cour européenne des droits de l'homme à la charge de l'État d'exécution est sommaire, la jurisprudence ultérieure a montré que le déni de justice n'était pas qu'un critère réservé aux hypothèses de coopération avec un État tiers. Alors que la plupart des affaires postérieures aux consorts *Drozd et Janousek* impliquaient un État tiers⁸⁷¹, la décision *Stapelton*⁸⁷² a élargi les perspectives d'application du critère du « *déni de justice flagrant* » en proposant une démonstration afférente au Royaume-Uni. Le Royaume-Uni étant un État partie à la Convention européenne des droits de l'homme, la simple interrogation de pouvoir le déclarer responsable d'un déni de justice flagrant suffit à comprendre que ce critère n'est pas seulement réservé aux agissements des États tiers. La seconde information à extraire de cette décision est la raison pour laquelle le déni de justice n'a pas été retenu. Le Royaume-Uni étant un État partie à la Convention, ce dernier bénéficie d'une présomption de respect des dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Réciproquement, il faut comprendre que peu importe l'appartenance ou non de l'État à la Convention, l'observation d'un « *déni de justice flagrant* » sera exigée pour conclure à une violation de l'article 6 de la Convention européenne. Paradoxalement, alors que le critère d'appartenance susdit n'était pas susceptible d'influencer le résultat de l'analyse de la Cour quant à une violation de l'article 3 de la Convention et ce au bénéfice du requérant, la même indifférence se retrouve dans l'accueil du déni de justice flagrant, mais cette fois-ci au bénéfice de l'État, du fait de la présomption de respect de l'article 6 de la Convention.

Qu'en est-il alors de l'accueil des preuves d'un déni de justice flagrant et de la charge de la preuve devant les juges de la Cour européenne des droits de l'homme ? Il peut être procédé à une comparaison entre la méthodologie retenue pour observer l'article 3 et celle retenue pour cerner l'article 6 dans la procédure de transfèrement. Par l'arrêt *Stapelton c/ Royaume-Uni*⁸⁷³, la Cour justifie que les « *affaires Dublin* » rendues en matière d'extradition concernaient le respect des articles 2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et qu'en ce sens, le droit à la vie et l'interdiction de traitements inhumains et dégradants sont des constantes auxquelles il ne peut être dérogé. Il est certain que face à ces impératifs de sécurité pour l'individu, il peut être attendu que les prévisions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme n'aspirent pas aux mêmes standards. Le contraire est tout à fait démontré dans l'affaire *Othman c/ Royaume-Uni* où le juge européen a examiné le déni de

⁸⁷¹ V. notamment : CEDH, 24 oct. 1995, *Iribarne Perez c/ France*, préc. ; CEDH, 26 janv. 2010, *Einhorn c/ France*, préc. ; CEDH, 27 oct. 2011, *Ahorugeze c/ Suède*, préc.

⁸⁷² CEDH, 4 mai 2010, *Stapleton c/ Irlande*, n° 56588/07.

⁸⁷³ *Ibid.*

justice allégué selon les mêmes degrés de profondeur et en respectant la même charge de la preuve que lors de l'examen du respect de l'article 3 de la Convention. Alors, si un contrôle minimal était appliqué à des règles indérogables, un contrôle optimal ne pouvait être offert aux règles de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les standards de l'article 6 sont alignés sur ceux de l'article 3 de la Convention⁸⁷⁴, pour solliciter un contrôle des agissements de l'État par le prisme de l'article 3, il incombe au requérant de produire des preuves attestant l'existence d'un déni de justice flagrant. De même, la Cour examine les conséquences prévisibles au moment du transfert, mais peut également se nourrir d'éléments portés à sa connaissance, éléments apparus après le transfert. En tout état de cause, cette présomption offerte par la Cour pourrait rendre la tâche encore plus ardue pour le requérant. En effet, le cas exceptionnel que présente l'affaire *Othman c/ Royaume-Uni* manifeste une richesse documentaire mise à disposition des juges de la Cour européenne des droits de l'homme dont le rassemblement constituerait une gageure dans la plupart des situations⁸⁷⁵. Si cet arrêt se distingue par sa conclusion, il convient de rappeler qu'il se distingue également par son espèce. La Cour a observé qu'il y avait un risque d'utilisation de preuves recueillies sous la torture. La violation de l'article 6 concernait alors indirectement la violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. La volonté maintenue alors par une politique de prime abord sévère de la Cour européenne des droits de l'homme peut s'expliquer par l'encouragement de mener à terme des procédures de transfert salutaires pour l'individu. En effet, la difficulté de conclure à une violation de l'État d'émission permet à accueillir efficacement le condamné dans de meilleures conditions de détention. « *Il serait paradoxal que la protection offerte par l'article 3 opère de manière à empêcher que des détenus soient transférés pour pouvoir purger leur peine dans des conditions plus humaines* »⁸⁷⁶.

⁸⁷⁴ CEDH, 27 oct. 2011, *Ahorugeze c/ Suède*, préc.

⁸⁷⁵ Emanations des Nations Unies, d'Amnesty International, de Human Rights Watch, du Jordanian National Centre for Human Rights.

⁸⁷⁶ CEDH, 8 janv. 2013, *Willcox et Hurford c/ Royaume-Uni*, n° 43759/10 et 43771/12, § 75.

TITRE 2

L’AFFIRMATION GÉNÉRALE DU RESPECT DES DROITS SUBSTANTIELS

*« Il est un droit que la société ne peut retirer
à quiconque : celui de devenir meilleur ».*

Victor HUGO⁸⁷⁷.

154. L'ordonnance criminelle de 1670 imprégnée d'une sévérité exemplaire en matière probatoire ne déroge pas à cette règle en matière de pénalité⁸⁷⁸ marquée par la cruauté des peines⁸⁷⁹. Afin de considérer l'évolution de la peine, il conviendra d'établir la suppression des peines visant à éliminer le condamné au bénéfice des peines qui visent à le resocialiser. La problématique repose alors non pas sur le caractère de la peine, mais sur les conséquences de la peine. En effet au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et en vertu de l'article 3, le condamné ne doit pas être victime de mauvais traitements. L'examen des conditions de vie carcérales à la lumière de la dignité humaine pose des difficultés. Aussi, il est important de veiller aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme en

⁸⁷⁷ V. HUGO, *Quatrevingt-Treize*, Librairie générale française, 2001.

⁸⁷⁸ Il ressort en effet du préambule de l'Ordonnance de 1670 que « *le règlement de l'instruction criminelle assure le repos public et contient par la crainte des châtimens ceux qui ne sont pas retenus par la considération de leurs devoirs* ». La liste des peines est dressée à l'article 13 du titre XXV de l'Ordonnance de 1670 de la manière suivante : après la peine de mort naturelle, la plus rigoureuse est celle de la question avec la réserve des preuves en leur entier, des galères perpétuelles, du bannissement perpétuel, de la question sans réserve des preuves, des galères à temps, du fouet, de l'amende honorable, et du bannissement à temps. Par conséquent, s'agissant de leur dureté, la souveraineté doit s'affermir et la répression est sans doute la voie la plus appropriée pour le pouvoir central d'asseoir et de manifester son autorité. R. MUCHEMBLED a affirmé « *la terreur est convoquée pour asseoir l'ordre* », *Le temps des supplices. De l'obéissance sous les rois absolus (XV-XVIIIème siècle)*, Armand Collin, 1992, p. 12.

⁸⁷⁹ Arbitraire vient du latin *arbitrium* qui signifie « *ce qui est laissé à l'arbitrage parce que non défini ni limité par aucune loi ou constitution expresse* ». Ainsi même si l'étymologie ne révèle pas la connotation péjorative de ce terme, on ne peut en faire abstraction. B. SCHNAPPER, *Les peines arbitraires du XIII^e au XVIII^e siècle : doctrines savantes et usages français*, LGDJ, 1974. Cet auteur a précisé que « *longtemps ce mot désigna le pouvoir d'appréciation du juge ; le principe de l'arbitraire permettait de tenir pleinement compte de la personnalité du coupable, des circonstances mais faisait courir le risque de la partialité ou de l'ignorance du juge. Pire encore, il laissait les justiciables dans l'incertitude du châtement. Sous la révolution on substitue le régime de la loi à l'arbitraire du juge* ».

respectant les droits substantiels⁸⁸⁰. Par ailleurs, l'exécution de la peine perpétuelle se traduit par une perte de la liberté avec toutes conséquences qui peuvent survenir. Alors, la peine perpétuelle n'existe pas en fait, même dans les droits qui l'inscrivent dans leur Code pénal. Elle peut certes être de très longue durée, mais le plus souvent elle prend fin avant le décès du condamné par l'effet soit d'une libération conditionnelle, soit d'une grâce, soit d'une libération autre prise pour cause de maladie très grave. Au regard de l'influence du but recherché par la peine et du respect nécessaire de la dignité humaine, la privation de liberté est utilisée en tant que moyen de réadaptation sociale du condamné par conséquent de réinsertion sociale du condamné. L'affirmation générale du respect des droits substantiels se traduit par la garantie du respect des droits fondamentaux (Chapitre 1) et suscite la gageure d'une réinsertion sociale (Chapitre 2).

⁸⁸⁰M. LÉNA, « Quel recours contre l'indignité des conditions de détention ? », *loc. cit.*

CHAPITRE 1

LA GARANTIE DU RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX

155. Le droit européen est spécialement destiné à lutter contre les défaillances des États. C'est pourquoi son examen revêt alors suite à un prononcé de la peine et lors de l'exécution de la peine un véritable intérêt. L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme⁸⁸¹ prohibe les actes inhumains et dégradants ainsi que la torture. Un traité européen est spécifiquement attaché à ces problématiques. En effet, la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants adoptée le 26 juin 1987⁸⁸² se réfère expressément à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. À la lecture de ces deux textes, il convient de se rendre compte qu'ils ne mentionnent pas les termes de « *dignité humaine* », mais contribuent à son respect. L'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prohibe cinq types d'actes : la torture, les traitements inhumains, les traitements dégradants et les peines inhumaines et les peines dégradantes. N'ayant aucune définition dans le texte conventionnel, il faut obligatoirement se référer aux avis et décisions rendus par l'ancienne Commission et par la Cour européenne des droits de l'homme afin d'identifier les actes prohibés⁸⁸³. L'acte inhumain est « *celui qui provoque volontairement des souffrances mentales*

⁸⁸¹ Art. 3 de la Conv. EDH : « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». Comm. EDH, 24 janv. 1969, *Affaire grecque*, n° 3321/67, n° 3322/67, n° 3323/67, n° 3344/67, rapport de la Commission, Ann. 12, p. 13. La Comm. EDH a indiqué que « *les actes interdits par l'article 3 de la Convention n'engagent la responsabilité des États contractants que s'ils sont commis par des personnes exerçant une fonction publique ; de plus on doit présumer que dans tous les pays signataires de la Convention, ce sont des actes contraires au droit interne. Les violations de l'article 3 sont de actes de gouvernement essentiellement irréguliers et anormaux* ». Aussi, son application aux rapports « *verticaux* » est privilégiée, et même si son « *effet horizontal* » est admis, dans tous les cas, l'autorité publique est toujours en cause, puisque y compris dans ce dernier cas, l'État est réputé n'avoir pas pris les mesures permettant de l'éviter.

⁸⁸² Le 1^{er} février 1989, la convention est entrée en vigueur après vingt ratifications. Le décret n° 89-283 du 2 mai 1989 a inséré le texte en droit interne (JO 6 mai 1989, p. 5789). Ce traité a été ratifié par 44 États, né à l'initiative de Noël Berrier, sénateur français rapporteur de la commission des questions juridiques du Conseil de l'Europe.

⁸⁸³ K. GACHI, *Le respect de la dignité humaine dans le procès pénal*, thèse LGDJ, bibli. de sciences criminelles, t. 54, 2012, p. 71. Cet auteur a utilisé le terme de « *procédés* » pour qualifier les actes prohibés. Il a été précisé en effet : « *La formule générique de "procédé" semble convenir le mieux afin d'englober les traitements, c'est à dire les actes qui sont des pratiques ou, plus exactement, des actes émanant d'individus qui, même qu'ils agissent dans le cadre d'une action étatique organisée, outrepassent les pouvoirs que leur assigne leur mission, et les*

ou physiques d'une intensité particulière, tels "les interrogatoires approfondis" »⁸⁸⁴. Ainsi les actes inhumains sont ceux qui n'atteignent pas la gravité nécessaire au regard de la Convention pour être qualifiés d'actes de torture. Ils s'inscrivent néanmoins dans une souffrance infligée à la victime. L'acte dégradant se situe à un niveau de gravité inférieure. Dans son rapport du 14 décembre 1973, la Commission européenne avait considéré qu'un traitement doit être regardé comme dégradant « lorsqu'il provoque un abaissement de rang, de la situation ou de la réputation de celui qui en est l'objet aux yeux d'autrui aussi bien qu'à ses propres yeux »⁸⁸⁵. Pour être dégradant, le traitement en cause doit tenir compte « de ce que la victime était en droit d'attendre de son agresseur ; plus la relation devait être nourrie de protection et de respect, plus son dévoiement apparaîtra comme dégradant. L'abus d'autorité d'un agent de l'État (...) tombe alors sous le coup de cette catégorie »⁸⁸⁶. Comme a pu l'indiquer cet auteur, l'acte dégradant doit être reconnu autonome. En effet, il reconnaît « l'autonomie de la notion de traitement dégradant, éclatant dans son secteur social d'application »⁸⁸⁷. Par conséquent, il est nécessaire de veiller à la garantie du respect des droits fondamentaux afin de ne pas annihiler la personne emprisonnée. La Cour européenne des droits de l'homme doit prévenir les risques de mauvais traitements⁸⁸⁸. Le juge européen, en interprétant l'article 3 déduit qu'une obligation positive⁸⁸⁹ pèse sur les États selon laquelle il faut ainsi prévenir le risque de mauvais traitements. Ce qui caractérise le souci manifeste de protéger d'une manière effective la dignité humaine des personnes privées de liberté, compte tenu de leur enfermement et ainsi de leur état de dépendance vis-à-vis des autorités dans

peines qui sont prévues par les textes ». V. également, J.-L. CHARRIER, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, Litec, 2005, et voir *Article 3*, spéc. p. 41, n° 092.

⁸⁸⁴ CEDH, 18 janv. 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni, préc.* Dans cette affaire, l'Irlande a contesté devant les organes de la Cour européenne des droits de l'homme l'emploi par le Royaume-Uni, lors des interrogatoires effectués sur les personnes soupçonnées de terrorisme, de « cinq techniques » qui furent toutes analysées, par la Cour européenne des droits de l'homme, comme un traitement inhumain et dégradant. Ces cinq techniques étaient : la station debout contre le mur en posture de tension, l'encapuchonnement, le bruit, la privation de sommeil, la privation de nourriture solide et liquide.

⁸⁸⁵ Comm. EDH, 14 décembre 1973, *Asiatiques d'Afrique orientale c/ Royaume-Uni*, Ann. 1973, p. 186, §§ 188-189.

⁸⁸⁶ X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public – Recherches sur le sujet des droits fondamentaux*, thèse Dalloz, Vol. 22, coll. nouvelles bibli. des thèses, 2003.

⁸⁸⁷ F. SUDRE, « La notion de "peines et traitements inhumains ou dégradants" dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme », *RGDIP* 1984, p. 825.

⁸⁸⁸ Le juge affirme en ce sens qu'« une application stricte, dès le début de la privation de liberté, des garanties fondamentales, telles que le droit de demander un examen par un médecin de son choix en sus de tout examen par un médecin appelé par les autorités de police, ainsi que l'accès à un avocat et à un membre de la famille, renforcées par une prompt intervention judiciaire, peut effectivement conduire à la détection et à la prévention de mauvais traitement qui risquent d'être infligés aux personnes détenues » ; CEDH, 31 oct. 2006, *Dilek Yilmaz c/ Turquie*, n° 58030/00, § 30.

⁸⁸⁹ V. *supra* n° 24.

lequel elles sont placées, mais également de leur vulnérabilité. Par ailleurs, l'article 8 de la Convention prévoit que toute personne a droit au respect de sa vie privée. Ces droits fondamentaux sont à mettre en corrélation.

Toutes les mesures prises pour garantir le respect des droits fondamentaux s'appliquent à tout type d'emprisonnement. La spécificité de la peine à perpétuité va-t-elle modifier les exigences et curseurs usuellement avancés lors de l'analyse de l'exécution d'une peine ? L'incarcération perpétuelle malmène-t-elle le respect de la dignité humaine ? Le réclusionnaire à perpétuité a droit à des conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine⁸⁹⁰. Cet emprisonnement est d'abord basé sur la notion de dangerosité de la personne. Les organes de la Convention européenne des droits de l'homme n'envisagent pas la question de la compatibilité de la perpétuité avec l'article 3, directement sous l'angle de la dangerosité, mais du point de vue des garanties offertes au réclusionnaire afin d'être libérées de façon anticipée. Néanmoins n'est-ce pas l'absence de dangerosité⁸⁹¹ qui justifie une libération anticipée ? De ce fait, la protection accordée au titre de l'article 3 et de l'article 8 n'est-elle pas dépendante de la dangerosité manifestée par le condamné ? C'est ainsi que la Convention européenne veille à la garantie du respect des droits fondamentaux par les garanties instituées (section 1) et par les institutions garanties (section 2).

⁸⁹⁰ F. SUDRE, « L'article 3 bis de la Convention européenne des droits de l'homme : le droit à des conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine », in *Libertés, justice, tolérance - Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN JONATHAN*, Vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2004, p.1513.

⁸⁹¹ V. *supra* n° 121.

Section 1

Les garanties instituées

156. Le Comité européen, émanation du Conseil de l'Europe, créé en 1957, concernant les problèmes criminels avait décidé de réactualiser l'ensemble des « *règles minima pour le traitement des détenus* » issues d'une Résolution adoptée en Conseil des ministres le 19 janvier 1973⁸⁹². Ces règles ont par la suite été réactualisées par une Recommandation du 12 février 1987 sur les « *règles pénitentiaires européennes* »⁸⁹³. Il est alors affirmé que « *la privation de liberté doit avoir lieu dans les conditions matérielles et morales qui assurent le respect de la dignité humaine en conformité avec les présentes règles* ». Par conséquent, un principe élémentaire a été érigé : le respect de la dignité humaine appliqué au travers de droits garantis⁸⁹⁴. La protection de l'intégrité physique et morale du détenu exige alors que les autorités étatiques s'abstiennent de soumettre les personnes privées de liberté à des conditions de détention constitutives de traitements contraires à l'article 3 de la Convention. L'État partie à la Convention est ainsi débiteur d'une obligation négative de ne pas soumettre le détenu à des régimes de détention susceptibles de constituer un traitement inhumain ou dégradant. Les procédés inhumains ou dégradants sont alors interdits afin de permettre aux droits d'être garantis à travers une protection directe (§ 1) et une protection dite indirecte (§ 2).

§ 1. La protection directe des droits

157. La protection de l'intégrité physique et psychique d'une personne condamnée à une très longue peine s'inscrit dans la perspective de réinsérer l'individu. Si la personne condamnée n'était pas pourvue de cette dignité qui lui permet, en tant que personne humaine, de se distinguer, pourquoi le pari de la réinsertion serait-il si important ? Une formule ancienne précisait : « *à l'égard de tous les détenus dont elle a la charge à quelque titre que ce soit, l'administration pénitentiaire assure le respect de la dignité inhérente à la personne humaine et prend toutes les mesures destinées à faciliter leur réintégration dans la* »

⁸⁹² Son préambule indiquait que « *dans l'aménagement des conditions matérielles et morales de la privation de liberté, les États doivent respecter la dignité des personnes privées de liberté* ».

⁸⁹³ J. PRADEL, « Les nouvelles règles pénitentiaires européennes », RPDP 1988, p. 218 ; P. COUV RAT, « Les règles pénitentiaires du Conseil de l'Europe », RSC 1988, p. 131 ; A. BEZIZ-AYACHE, « Les nouvelles règles pénitentiaires », AJ pénal 2006, p. 451.

⁸⁹⁴ J.-P. CÉRÉ, « CEDH et droit des détenus », RPDP 2009, p. 369.

société »⁸⁹⁵. C'est pourquoi la protection directe des droits est à examiner au travers d'une maîtrise sur le corps (A) et d'une maîtrise de son corps (B).

A. Une maîtrise sur le corps

158. Un poids particulier est accordé aux exigences sécuritaires dans le cadre d'une détention. Le port des menottes et la pratique des fouilles peuvent constituer aux yeux du détenu un traitement contraire aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme prévues au sein de l'article 3 de la Convention, car il en va d'une maîtrise sur le corps du détenu. Le port des menottes est un moyen de contrainte inhérent à toute privation de liberté. Aussi le fait d'imposer le port des menottes affecte le corps. Cette atteinte a fait l'objet d'une réglementation précise⁸⁹⁶. Ainsi ce n'est que lorsqu'il est constaté une atteinte bénigne et justifiée, que le port des menottes peut constituer une atteinte au respect de la dignité humaine dans certaines circonstances. Le juge européen a accepté de contrôler la « *conventionnalité* » de cette mesure de contrainte et à cette fin a posé les conditions de compatibilité à l'article 3 de la Convention européenne⁸⁹⁷. Il doit ainsi se référer au risque de fuite afin d'évaluer le risque d'incompatibilité⁸⁹⁸. Le port des menottes pour un détenu malade n'est pas contraire à l'article 3,⁸⁹⁹ mais il ne faut pas aller au-delà de ce qui est raisonnablement considéré comme nécessaire, notamment eu égard au risque de fuite et au risque de blessure ou de dommage. La Cour rappelle alors les exigences contenues dans sa jurisprudence et indique ainsi « *un*

⁸⁹⁵ Cette formule est issue du décret n° 83-46 du 26 janvier 1983.

⁸⁹⁶ Art. 60 de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993, JO 5 janv. 1993 a introduit l'article 803 au sein du C. pr. pén. « (...) en vue d'éviter les évasions et tout autre incident ».

⁸⁹⁷ CEDH, 16 déc. 1997, *Raninen c/ Finlande*, n° 20972/92, Rec. 1997-VIII, § 56, D. 1998, Somm. p. 207, obs. J.-F. RENUCCI ; J.-M. LARRALDE, « La Cour européenne des droits de l'homme face aux traitements contraires à l'intégrité physique et morale des individus », RTDH, 1999, pp. 277-300. L'arrêt *Raninen* constitue un arrêt de principe. Le requérant condamné à sept reprises pour ses refus de s'acquitter de ses obligations militaires, alléguait en particulier que le port des menottes lors de son transfert de la prison à l'hôpital avait constitué un « *traitement dégradant* » contraire à l'article 3.

⁸⁹⁸ Il faut préciser que ce risque de fuite est très peu probable lorsqu'il s'agit d'une personne âgée ou malade, CEDH, 27 nov. 2003, *Henaf c/ France*, n° 65436/01, Rec. 2003-XI, § 48 et § 51 et s., AJ pénal, 2004, p. 78, obs. J.-P. CÉRÉ ; D. 2004, Pan., p. 1102, obs. E. PECHILLON ; D. 2004, Jur., p. 1196, note L. DI RAIMONDO ; JCP G 2004, II,10093, pp. 1069-1072 ; D. 2004, n° 17, p. 1196, obs. D. ROETS. Le requérant étant gravement malade, il subissait un traitement en chimiothérapie et se plaignait de cette « *pratique ancrée dans la routine* » qu'est le port des menottes. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé que les conditions épouvantables de ses extractions médicales dues au fait qu'il était constamment enchaîné le faisait souffrir et le maintenait dans une situation dégradante contraire à l'article 3 car la dangerosité alléguée concernant le requérant n'était pas établie au moment des faits.

⁸⁹⁹ CEDH, 24 sept. 1992, *Herczegfalvy c/ Autriche*, préc., § 83 ; CEDH, 16 déc. 1997, *Raninen c/ Finlande*, préc.

mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité dont l'appréciation dépend de l'ensemble des données de la cause ». Par conséquent, afin de pouvoir déclarer un traitement « dégradant », la Cour doit examiner si « *le but était d'humilier et de rabaisser l'intéressé et si, considérée dans ses effets, la mesure a ou non atteint la personnalité de celui-ci d'une manière incompatible avec l'article 3. À cet égard, le caractère public de la sanction ou du traitement peut constituer un élément pertinent* ». Il convient alors de constater que le juge européen apprécie d'abord la compatibilité du mauvais traitement, résultant du port des menottes au regard des principes traditionnels posés dans sa jurisprudence. Il n'interprète pas vraisemblablement de manière dynamique afin d'appliquer plus concrètement les dispositions de l'article 3 aux questions qui lui sont soumises. Ensuite, ce dernier pose alors d'autres conditions plus précises s'apparentant davantage aux faits des espèces rencontrées. Il a pour but et pour inquiétude principaux de garantir la sécurité négligeant parfois l'intégrité physique et mentale du détenu. La Cour européenne des droits de l'homme précise alors : « *le port des menottes ne pose normalement pas de problème au regard de l'article 3 de la Convention lorsqu'il est lié à une arrestation ou à une détention légale et n'entraîne pas l'usage de la force, ni d'exposition publique, au-delà de ce qui est raisonnablement considéré comme nécessaire dans les circonstances de l'espèce. À cet égard, il importe de savoir s'il y a lieu de penser que l'intéressé opposera une résistance à l'arrestation ou tentera de fuir, de provoquer blessure ou dommage, ou de supprimer des preuves* »⁹⁰⁰. Le juge européen en matière de détention et notamment de réclusion criminelle à perpétuité, lorsque la « longue » détention à entraîner un état dégénératif sur un détenu doit veiller à ce qu'il n'y ait pas de fuites de la part des dits détenus lorsqu'il y a des transferts en raison de soins médicaux vers des établissements hospitaliers⁹⁰¹. La question précise du port des menottes lors d'une consultation médicale ou l'administration de soins médicaux à l'extérieur de l'établissement pénitentiaire a été entendue par le Conseil d'État qui avait rendu un arrêt et avait délivré un « *brevet de conventionnalité* » donnant aux services de l'administration pénitentiaire des

⁹⁰⁰ CEDH, 16 mai 2002, *D.G. c/ Irlande*, n° 39474/98, Rec. 2002-III, § 99, v. B. BELDA, « Les droits de l'homme des personnes privées de liberté, contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne de droits de l'homme », *op. cit.*, p. 248.

⁹⁰¹ CEDH, 14 nov. 2002, *Mouisel c/ France*, n° 672263/01, Rec. 2002-IX, D. 2003, Jur. 303, note H. MOUTOUH ; D. 2003, Somm. 524, obs. J.-F. RENUCCI ; RSC 2003, p. 144, obs. F. MASSIAS ; JCP G 2003, I, 109, obs. F. SUDRE ; AJDA, 2003, p. 603 s., obs. J.-F. FLAUSS.

Il a été ainsi ajouté comme critère d'appréciation « *qu'il importait de considérer le contexte en cas de transfert et de soins médicaux en milieu hospitalier* ».

instructions relatives à l'organisation des escortes des détenus faisant l'objet d'une extraction en vue d'une consultation médicale à l'extérieur⁹⁰².

L'ensemble de ces conditions manifestent ainsi le souci du juge européen de considérer les exigences inhérentes au contexte fonctionnel de l'application et de l'interprétation de l'article 3 se basant sur les impératifs liés à la privation de liberté. D'une part, la Cour européenne des droits de l'homme applique l'article 3 de la Convention en prenant en considération le contexte et en interprétant au regard de l'article 5 de la Convention, car cette dernière fait référence à « *une détention légale* ». Un cadre précis est alors posé dans lequel seront donc appréciées les atteintes à l'article 3. Le juge européen est ainsi contraint d'analyser et d'apprécier l'existence d'une privation légale de liberté (à l'aune de l'article 5) afin d'apprécier la gravité des souffrances (à l'aune de l'article 3). L'existence d'une privation légale de liberté, conforme à l'article 5 de la Convention aura donc des conséquences néfastes sur le détenu lorsque le juge devra apprécier le minimum de gravité. Dans l'hypothèse inverse, le constat d'une privation irrégulière de liberté aura des conséquences positives sur l'appréciation du juge européen et jouera en faveur du détenu dès qu'il appréciera le minimum de gravité. D'autre part, il est fait référence à « *l'usage de la force* » qui caractérise le contexte dans lequel les autorités interviennent, contexte sociétaire dans lequel les exigences de l'article 3 sont appliquées puisqu'il s'agit d'éléments caractéristiques du contexte de la privation de liberté⁹⁰³. Il conviendra alors de conclure que l'inconventionnalité du port des menottes est subordonnée ainsi à une appréciation prétorienne et elle est réservée aux cas exceptionnels. Cette appréciation doit toutefois être rigoureuse, car elle est révélatrice de l'importance octroyée par le juge européen aux impératifs sécuritaires. Par conséquent, afin d'apprécier la légalité du port des menottes qui est une maîtrise sur le corps, la jurisprudence européenne prend en considération les éléments inhérents à la privation de liberté. Les exigences sécuritaires sont également appréciées dans

⁹⁰² CE, 30 mars 2005, *Observatoire international des prisons*, n° 276017. Le Conseil d'État confirme que les dispositions « *n'ont vocation à être mises en œuvre que dans la mesure où apparaîtraient des risques sérieux d'évasion et de trouble à l'ordre public et n'instituent ainsi aucun traitement excédant par lui-même le niveau de contrainte strictement nécessaire au déroulement d'une consultation médicale dans des conditions de sécurité satisfaisantes* ».

⁹⁰³ Le juge européen doit ainsi prendre en compte les éléments relatifs à la sécurité afin de dégager un « *sens* » à l'énoncé interprété proche des réalités, v. CEDH, 6 mars 2007, *Erdogan Yagiz c/ Turquie*, n° 27473/02. Après avoir constaté que le requérant n'avait aucun « *antécédent faisant craindre un risque pour la sécurité* », le juge européen estima que l'exposition de ce dernier menotté lors de son arrestation et lors des diverses perquisitions n'était pas « *nécessaire* », et avait engendré, compte tenu du « *contexte particulier de l'affaire* », « *des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à l'humilier, à l'avilir et à briser éventuellement sa résistance morale* ».

la jurisprudence européenne relative aux fouilles pratiquées sur les personnes privées de liberté.

159. Si le respect de la dignité humaine implique de protéger l'intégrité corporelle, il est des cas où des procédés légaux, sans altérer la dignité et parfois pour en assurer le respect, permettent de toucher le corps. Le toucher du corps de manière plus ou moins intrusive ne doit pas être indifférent à l'intérêt de la personne. Lorsqu'un individu est privé de liberté, ce dernier peut faire l'objet de fouilles de la part des autorités de police dans le but de garantir la sécurité au sein des locaux pénitentiaires. Les fouilles corporelles sont autorisées alors même qu'elles affectent le principe d'inviolabilité du corps humain. Elles peuvent alors soulever un problème sous l'angle de l'article 3 de la Convention quant au principe de respect de la dignité humaine. Le respect de la dignité de la personne incarcérée dans l'accomplissement des fouilles corporelles est relatif au regard des exigences européennes. Les critères au regard desquels les fouilles peuvent être pratiquées sont déterminés par l'article 57 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire et les articles R. 57-7-79 à R. 57-7-82 du Code de procédure pénale. L'article R. 57-7-81 du Code de procédure pénale prévoit que « *Les personnes détenues ne peuvent être fouillées que par des agents de leur sexe et dans des conditions qui, tout en garantissant l'efficacité du contrôle, préservent le respect de la dignité inhérente à la personne humaine* ». Cet article ne donne aucun élément de définition concernant les fouilles visées. Il se contente de rappeler le principe du respect de la dignité humaine⁹⁰⁴. Le degré de contrainte et d'atteinte à la pudeur imposé par la pratique des fouilles corporelles peut être un des critères permettant d'apprécier l'atteinte à la dignité humaine⁹⁰⁵. Aussi, dans le but de concilier respect de l'intégrité du détenu et maintien de la sécurité, un seuil minimum de gravité des souffrances est exigé. Pour exemple, la Commission européenne a conclu que « *dans les circonstances de l'espèce le niveau de souffrance morale*

⁹⁰⁴ Le décret n° 2010-1634 du 23 décembre 2010 portant application de la loi pénitentiaire et modifiant le Code de procédure pénale vise les fouilles intégrales qui ne peuvent avoir lieu que si les fouilles par palpation ou l'utilisation de moyens de détection électronique sont insuffisants et les investigations corporelles internes qui sont prosrites sauf impératif spécialement motivé, un médecin extérieur à l'établissement doit alors pratiquer la fouille.

⁹⁰⁵ Les simples palpations de sécurité ne rentrent pas dans les fouilles corporelles car elles sont la traduction d'une toute petite emprise sur le corps de la personne détenue qui même si elles supposent un contact physique n'imposent pas de déshabillage et ne réalisent alors « *qu'une atteinte à l'intimité, au surplus relativement modérée* ». V. notamment, M. HERZOG-EVANS, *Fouilles corporelles*, Rép. pén., juin 2014 ; « Fouilles corporelles et dignité de l'homme », RSC 1998, p. 735 ; « Tendances actuelles du droit des fouilles corporelles », Gaz. Pal., 2002, p. 324 ; G. ROUSSEL, *Procédure pénale*, 7^e éd., Vuibert, 2016/2017.

ou physique n'est pas tel qu'il constitue un traitement inhumain»⁹⁰⁶. Lorsque le juge européen est confronté directement à la protection des droits concernant la maîtrise sur le corps, il doit apprécier le seuil de gravité des souffrances une nouvelle fois par rapport aux exigences sécuritaires. C'est dans cet unique but que les fouilles doivent être réalisées⁹⁰⁷. Par conséquent, la règle est simple. Les fouilles corporelles, intégrales ou partielles sont jugées par principe compatibles avec le respect de la dignité humaine, en ayant examiné en premier lieu le contexte dans lequel ont été réalisés les fouilles et les impératifs liés à la sécurité. Seules l'existence de circonstances particulières⁹⁰⁸ ou l'absence de justification peuvent entraîner la violation de l'article 3. La question se posait concernant les individus condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité et soumise à un régime de détention de haute sécurité⁹⁰⁹. Si le degré d'avilissement ou d'humiliation que les fouillent supposent n'est pas atteint, il n'y a pas d'atteinte au principe de dignité humaine. De manière salubre, le système européen a influencé le droit national en encadrant conventionnellement le régime des fouilles corporelles intégrales et répétées à l'encontre d'un détenu⁹¹⁰.

⁹⁰⁶ CEDH, 15 mai 1980, *Mac Feely c/ Royaume-Uni*, n° 8317/78, DR 20/44.

⁹⁰⁷ CEDH, 24 juill. 2001, *Valasinas c/ Lituanie*, n° 44558/98, Rec. 2001-VIII, § 117. La Cour rappelle que « *si les fouilles corporelles peuvent parfois se révéler nécessaires pour assurer la sécurité dans une prison, défendre l'ordre ou prévenir les infractions pénales, elles doivent être menées selon les modalités adéquates* ».

⁹⁰⁸ Il est fait références aux humiliations ou aux vexations diverses. V. notamment, CEDH, 15 mai 1980, *Mac Feely c/ Royaume-Uni*, préc. Dans cette affaire, il a été indiqué que les fouilles intégrales répétées sont conformes à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle a jugé que les détenus étaient capables de dissimuler des objets dangereux dans leur anatomie. Afin de valider ces fouilles au regard des exigences de la Cour européenne des droits de l'homme, il avait été noté que ces opérations ne supposaient aucun contact physique entre les gardiens et les détenus. En effet, les gardiens avaient utilisé un miroir pour examiner le rectum des détenus. Il existait alors des garanties qui permettaient de réduire le degré d'humiliation des requérants.

⁹⁰⁹ CEDH, 4 fév. 2003, *Van Der Ven c/ Pays-Bas*, n° 50901/99 ; RSC 2004, p. 448, obs. F. MASSIAS ; D. 2004, p. 1101, obs. J.-P. CÉRÉ. La Cour a indiqué que « *la pratique des fouilles à corps hebdomadaires, qui fut imposée au requérant pendant une période d'environ trois ans et demi, alors qu'il n'y avait pas d'impératif de sécurité convaincant, a porté atteinte à sa dignité humaine et a dû prononcer chez lui des sentiments d'angoisse et d'infériorité de nature à l'humilier et à le rabaisser* ».

⁹¹⁰ CEDH, 20 janv. 2011, *El Shennawy c/ France*, n° 51246/08 ; D. Actu., 14 févr. 2011, obs. L. PRIOU ALIBERT ; Gaz. Pal., 03 févr. 2011, n° 34, p. 3 s., obs. C. KLEITZ ; D. 2011, p. 1311, obs. J.-P. CÉRÉ ; JCP 2011, 914, p. 1507 n°7, obs. F. SUDRE ; AJ Pénal 2011, p. 88, obs. M. HERZOG-EVANS ; RSC 2011 p. 704, obs. D. ROETS ; Dr. pén. 2012, n°4, chron. 3, comm. n° 8, obs. E. DREYER ; RFDA 2012, p. 445, obs. H. LABAYLE, F. SUDRE, X. DUPRE DE BOULOIS et L. MILANO. V. notamment, M.-C. DE MONTECLER, « *Droit au recours d'un détenu contre des fouilles intégrales à répétition* », AJDA 2011, p. 133. Depuis 1977, l'individu purgeait une peine de réclusion criminelle. Suite à une évasion, il était de nouveau jugé en 2008 par la Cour d'Assises de Pau. Un dispositif sécuritaire fut mis en place compte tenu de la dangerosité du requérant. Ce dernier fut soumis à un régime de fouilles corporelles allant jusqu'à huit par jour avec inspection visuelle annale. Le Conseil d'État fut saisi de cette affaire (CE, 14 novembre 2008, n° 315622, AJDA 2008. 2389, chron. E. GEFFRAY et S.-J. LIEBER) et adopta un considérant de principe qui encadre le régime de fouilles corporelles intégrales répétées à l'égard d'un détenu. Toutefois, le Conseil ne concrétisa pas ces virtualités de contrôle. La Cour européenne des droits de l'homme a placé son analyse au regard de sa jurisprudence abondante protectrice

La jurisprudence européenne permet de mettre en avant l'hypothèse selon laquelle la référence aux exigences sécuritaires n'est peut-être qu'un prétexte. La Cour européenne des droits de l'homme affirme en effet que les fouilles sont nécessaires pour assurer la sécurité. De manière implicite, cela permet de prétendre que le juge accordera de l'importance à cette condition lors de l'appréciation du minimum de gravité. Le juge apportera en réalité de l'importance à l'évaluation des souffrances morales auxquelles sont confrontés les détenus. La Cour européenne des droits de l'homme utilise la notion de « *caractère injustifié* »⁹¹¹ concernant une fouille, ce qui permet de démontrer l'importance conférée aux souffrances morales lors de l'appréciation du minimum de gravité. Ce raisonnement de nature prétorienne permet de démontrer que le juge européen doit une nouvelle fois prendre en considération s'agissant cette fois-ci des fouilles corporelles du contexte sociétaire afin de l'interpréter. Ce dernier a pour obligation de les interpréter et de les mettre en corrélation avec le respect de l'intégrité de l'individu et par conséquent le respect de sa dignité⁹¹². Ces deux éléments doivent alors être complémentaires et devenir l'un et l'autre indispensables à l'interprétation du concept de dignité afin de protéger les droits et libertés de la personne privée de liberté⁹¹³. Les exigences sécuritaires ne doivent pas être ignorées par le juge européen lorsque ce dernier examine l'applicabilité de l'article 3 de la Convention. Il est en effet confronté à la privation de liberté d'aller et venir des détenus qui subissent des atteintes au corps. Il est nécessaire ainsi de veiller au contrôle de proportionnalité permettant d'évaluer le seuil de gravité et de déterminer si le principe de dignité est respecté.

des droits des détenus. Elle rappela que « *des fouilles intégrales systématiques, non justifiées et non dictées par des impératifs de sécurité, peuvent créer chez les détenus le sentiment d'être victimes de mesures arbitraires* ». La Cour européenne des droits de l'homme a condamné, le 20 janvier 2011, la France à indemniser un détenu pour violation de son droit à la dignité, en raison de fouilles intégrales répétées et pour violation de son droit au recours contre ces fouilles.

⁹¹¹ CEDH, 11 déc. 2003, *Yankov c/ Bulgarie*, n° 39084/97, Rec. 2003-XII, § 114, RSC 2004, p. 449, obs. F. MASSIAS. La Cour insiste sur le fait que « *même isolée, une fouille corporelle peut s'analyser en un traitement dégradant eu égard à la manière dont elle est pratiquée, aux objectifs d'humiliation et d'avilissement qu'elle peut poursuivre et à son caractère injustifié* ».

⁹¹² M. HERZOG-EVANS, « Fouilles corporelles et dignité de l'homme », *loc. cit.* L'auteur a insisté sur « *la nécessaire redéfinition d'un régime juridique autour du concept de dignité* ». Elle a précisé que le « *texte juridique devrait commencer par le rappel de l'équilibre entre dignité de la personne humaine et les impératifs de sécurité ou la recherche d'éléments relatifs à une infraction, puis construire son régime juridique autour du degré d'atteinte à cette dignité. Pour ce faire, il y aurait lieu d'opérer une distinction radicale entre les fouilles par palpation et les fouilles intégrales* ».

⁹¹³ B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention EDH*, La Documentation Française, Monde européen et international, 1999, spéc. p. 312. Cet auteur a indiqué « *l'objectif de la sécurité ne doit jamais l'emporter sur celui du respect fondamental de la personne* ».

B. Une maîtrise de son corps

160. Ce souci de respecter en tout état de cause la dignité humaine est également perceptible dans l'obligation positive mise à la charge des autorités pénitentiaires de protéger la santé et le *bien-être* des détenus. L'arrêt *Kudla c/ Pologne* a précisé que « *l'article 3 de la Convention impose à l'État de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine [...] et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration de soins médicaux requis* »⁹¹⁴. La garantie des droits fondamentaux des détenus au sein des États membres du Conseil de l'Europe est primordiale. Il est fréquent en effet de trouver des détenus malades pendant leurs détentions, les conditions matérielles de détention n'étant que très relativement respectées, notamment en ce qui concerne les questions d'hygiène ou du droit d'accès à la santé au sein des établissements pénitentiaires. Dans un premier temps, une maîtrise de son corps doit être appréhendée au regard des questions d'hygiène. Les juges nationaux ne souhaitaient pas apprécier les conditions de détention, notamment concernant les questions d'hygiène, sous l'angle du respect de la dignité humaine. Aussi une affaire a été soumise à la Cour de cassation dans laquelle le demandeur reprochait à la Chambre d'accusation de ne pas avoir vérifié « *si la vétusté, l'insalubrité et le manque de sécurité de la maison d'arrêt, invoqués par le détenu, ne justifiaient pas la mise en liberté de celui-ci ou son transfert à la maison d'arrêt la plus proche* »⁹¹⁵. La Cour de cassation avait rejeté la demande au motif que « *il n'appartient pas aux juges de porter une appréciation sur les conditions matérielles de l'incarcération, qui ressortissent à la seule administration pénitentiaire* ». Certains juges administratifs ont reconnu la possibilité pour un détenu de faire constater par huissier leurs conditions de détention en vue d'une action en référé⁹¹⁶. La démarche est difficile à appréhender. Cette dernière est en effet influencée par les décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme, mais paradoxalement elle manque parfois de cohérence.

⁹¹⁴ CEDH, 26 oct. 2000, *Kudla c/ Pologne*, préc. Selon le Professeur F. SUDRE, cette décision a mis « *au diapason* » la protection européenne avec celle accordée par l'article 10 § 1 du Pacte international sur les droits civils et politiques. V., F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », JCP G 2001, I, p. 291, n° 6.

⁹¹⁵ Crim., 28 nov. 1996, Dr. pén. 1997, comm. n° 54, obs. A. MARON. Il s'appuyait sur le fait que « *le caractère dangereux, la vétusté, l'insalubrité et l'insécurité de la maison d'arrêt où il était détenu, avaient été constatés par le comité d'hygiène et de sécurité des services du ministère de la Justice* ».

⁹¹⁶ CE, 25 juill. 2004, *Korber*, n° 265594, AJ pénal 2004, p. 332 ; T.A. Versailles, 18 mai 2004, n° 0101135 ; T.A. Nantes, 19 juill. 2004, n° 0403193, AJ pénal 2004, p. 413.

La nécessité de protéger les individus incarcérés et ainsi détenus dans des conditions souvent inadmissibles semble être fondamentale au regard des exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme. Lorsqu'il est fait référence aux notions d'hygiène⁹¹⁷, il convient de mettre en corrélation avec les notions de « *bien-être* ». En effet, la Cour européenne des droits de l'homme utilise le terme « *bien-être* ». Ce qui est étonnant dans le sens où cette terminologie n'est pas juridique et qu'elle est issue de textes qui n'ont aucune valeur juridique⁹¹⁸. D'autant plus que cela apparaît totalement irréaliste dans la mesure où cela s'appliquerait à des personnes privées de liberté⁹¹⁹. La référence au « *bien-être* » des détenus est empreinte d'une subjectivité certaine permettant à la Cour européenne des droits de l'homme d'étendre le bénéfice de la protection contenue au sein de l'article 3 à des détenus dont les conditions matérielles de détention sont objectivement inacceptables⁹²⁰ et se répercutent sur leur vie quotidienne et donc sur le « *bien-être* » général⁹²¹. Par conséquent, cette notion de « *bien-être* » doit « *être mise au crédit de la Cour européenne, comme participant à la logique générale d'élévation des standards de l'article 3* »⁹²².

Aussi il conviendrait de s'interroger sur l'origine prétorienne de cet intitulé et de cette utilisation afin de déterminer l'éventualité d'une confusion. Cet ajout supplémentaire dans la détermination de la dignité humaine est maladroit sauf à rapprocher la notion du « *bien-être* » à la notion de « *décence* »⁹²³. Toutefois, au regard du concept de « *dignité humaine* », celui-ci

⁹¹⁷ CEDH, 7 avril 2009, *Branduse c/ Roumanie*, n° 6586/03. La Cour a appliqué au monde carcéral sa jurisprudence relative au droit à un environnement sain. Consacrant indirectement le droit de vivre dans un environnement sain en prison, la Cour a jugé que les nuisances dont se plaignait le détenu (*odeurs nauséabondes d'une décharge d'ordures située à 20 mètres de la prison*) ont affecté sa qualité de vie et son bien-être.

⁹¹⁸ La notion de « *bien-être* » est présentée dans la Déclaration Universelle de 1948 à l'article 25. Ce dernier consacre le droit de « *toute personne à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille notamment par l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux...* ».

⁹¹⁹ J.-M. LARRALDE, « L'article 3 de la CEDH et les personnes privées de liberté », in *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, C.-A. CHASSIN (ss la dir.), Bruxelles, Bruylant, coll. Rencontres européennes, 2006, p. 209. Cet auteur a précisé qu'il « *apparaît largement irréaliste, tout particulièrement lorsqu'il est appliqué à des personnes purgeant une peine privative de liberté* ».

⁹²⁰ Par exemple l'insalubrité. V. en ce sens, CEDH, 15 juill. 2002, *Kalachnikov c/ Russie*, n° 47095/99, Rec. 2002-VI ; D. 2003, p. 919, obs. J.-P. CÉRÉ ; CEDH, 29 avril 2003, *Poltoratski c/ Ukraine*, préc. ; CEDH, 15 déc. 2005, *Georgiev c/ Bulgarie*, n° 47823/99.

⁹²¹ Pour exemple, CEDH, 4 mai 2006, *Kadikis c/ Lettonie*, n° 62393/00. La Cour précise que « *l'obligation des autorités nationales d'assurer la santé et le bien-être général d'un détenu implique, entre autres, l'obligation de le nourrir convenablement* ». En l'espèce il était question de mauvaises conditions de détention dans le quartier d'isolement provisoire de la direction de police, en particulier la taille de la cellule et la surpopulation, l'absence d'éclairage naturel, de possibilité de s'aérer, de lit individuel, d'eau potable courante, ainsi qu'une mauvaise alimentation. Les conditions d'hygiène et de surcroît de « *bien-être* » n'étaient donc pas respectées.

⁹²² J.-M. LARRALDE, « L'article 3 CEDH et les personnes privées de liberté », *loc. cit.*

⁹²³ B. ECOCHARD, « L'émergence d'un droit à des conditions de détention décentes garanti par l'article 3 de la convention », RFDA 2003, p. 107.

rapproché de la « *décence* » pourrait en subir les conséquences⁹²⁴. Afin d'éviter une confusion et de permettre d'apporter des précisions de définition qui de surcroît serviraient à légiférer objectivement sur la notion de « *dignité humaine* », il faudrait définir la « *décence* ». Au Royaume-Uni⁹²⁵, cette référence à la « *décence* » est utilisée et permet de rendre des décisions se basant sur cette terminologie. Par « *décence* », ne faudrait-il pas entendre, bénéficier de mesures d'hygiène au sein des cellules ? La confusion entre la « *décence* », le « *bien-être* » et la dignité humaine pourrait engendrer des dangers dans la mesure où la distinction ne serait plus faite entre la dignité existentielle et la dignité humaine de l'essence même⁹²⁶. En réalité, « *l'invention de ce principe général de bien-être apparaît largement irréalisable* »⁹²⁷ au sein du contexte carcéral. Les établissements pénitentiaires ont pour fonction de corriger et d'amender le délinquant dans le but d'assurer la réinsertion de ce dernier dans la société⁹²⁸. Aussi la condition d'un détenu ne pourra jamais être celle d'un homme libre, car les États sont confrontés aux exigences de sécurité.

161. Une maîtrise de son corps doit être appréhendée, sans un second temps, au regard des maladies. La maladie dont est atteinte une personne privée de liberté doit être prise en considération et ladite personne doit pouvoir bénéficier d'un accès aux soins. L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme qui assure la protection de la condition des détenus est venu combler l'absence de dispositions qui auraient une valeur, autre que symbolique⁹²⁹. Dans le but de protéger la santé des détenus malades, le juge européen en faisant une lecture linéaire de l'article 3 de la Convention a déduit des obligations positives de

⁹²⁴ J.-C. GALLOUX, « *De corpore jus* », LPA, 14 déc. 1994, p. 19. L'auteur indique que « *sa signification précise n'est pas fixée : il s'agit d'un standard juridique dont l'appréciation sera sans doute très proche de celle des bonnes mœurs et donc livrée, on peut le supposer au même processus de dégradation* ».

⁹²⁵ Il est fait référence au « *standard of decency* » dans un arrêt rendu par la Cour suprême *Trop v. Dull*, 356 US 86, 101 (1958). V. notamment A.-L. PARRAN, « *Hudson v. Mac Millian and prisoners'right in the 1990's : is the Supreme Court now responsive to "Contemporaneous standards of decency" ?* », *University of Richmond Law Review*, Fall 1992, pp. 151-170.

⁹²⁶ B. MATHIEU, « *La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ?* », D. 1996, chron. p. 282. Cet auteur précise alors « *l'individu aux prises avec les contradictions et les tensions du champ social qui est protégé* ».

⁹²⁷ J.-M. LARRALDE, « L'article 3 de la CEDH et les personnes privées de liberté », *loc. cit.*

⁹²⁸ *Ibid.* L'auteur précise que « *faire de la prison des lieux assurant le "bien-être" de leurs occupants constitue une approche impraticable, car univoque, d'un milieu complexe* ».

⁹²⁹ D. SPIELMANN, « La protection des droits de l'homme. Quid des droits des détenus ? », in *Protection des droits de l'homme, la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA*, Carl Heymanns K.G., 1988, p. 589. V. aussi, A. REYNAUD, *Les droits de l'homme dans les prisons*, Conseil de l'Europe, 1986.

nature substantielle⁹³⁰. La Cour européenne des droits de l'homme est ainsi soucieuse d'accorder aux détenus malades une protection effective de leur santé⁹³¹. Le juge européen par le terme « *santé* » vise aussi bien la santé physique que la santé mentale⁹³². Les juges européens, pour les besoins de la cause, agissent en tant que professionnels de santé afin d'apprécier si les conditions de soins sont bien adaptées. Le suivi importe, lequel doit déboucher sur une hospitalisation à l'extérieur, si le suivi à l'intérieur de l'établissement pénitentiaire est insuffisant.

La problématique se dégage à travers la nature de l'incidence d'un défaut de soins adaptés⁹³³. Le maintien en détention des personnes handicapées ou gravement malades constituerait en lui-même un procédé inhumain ou dégradant⁹³⁴. Néanmoins, il est permis de douter de cette affirmation, car cette dernière laisserait présumer qu'en cas de maladie grave, la violation de l'article 3 serait systématique, alors que tel n'est pas le cas. L'État doit en effet protéger la santé des personnes privées de liberté par l'administration de soins appropriés, mais il n'existe pas d'obligation générale de modifier les conditions de détention d'un détenu.

⁹³⁰ Il a été élaboré une démarche interprétative de nature constructive. Le juge européen n'est pas le seul à avoir utilisé ladite démarche. En effet, la Cour interaméricaine a également déduit au profit des personnes privées de liberté, un certain nombre d'obligations positives de nature substantielle de l'article 5 de la Convention interaméricaine relatif au droit au respect de l'intégrité physique et mentale. Pour exemple, v. Cour des Droits de l'homme Interaméricaine, 25 nov. 2004, *Lori Berenson Mejia c/ Pérou*, C n° 119. Dans cette décision, la Cour énonce une obligation d'assurer des conditions de détention décentes ainsi qu'une obligation de soin. Ces obligations sont absolues, et ne souffrent d'aucune limitation.

⁹³¹ CEDH, 26 oct. 2000, *Kudla c/ Pologne*, *préc.*

⁹³² CEDH, 11 juill. 2006, *Rivière c/ France*, n° 33834/03, D. 2007, Pan. 1229, obs. J.-P. CÉRÉ ; RSC 2007, p. 350, spéc. p. 361, obs. P. PONCELA ; D. Actu., 5 août 2006, obs. J. DALEAU ; D. 2007, Pan. p. 1229 s., obs. J. CÉRÉ et M. HERZOG-EVANS ; RTDH 2007, pp. 261-268, note J.-P. CÉRÉ ; D. 2006, p. 1078 s., obs. J.-P. CÉRÉ ; v. notamment, J.-P. CÉRÉ, « Détention, maladie et traitement inhumain ou dégradant », RTDH, janvier 2007, pp. 261-268 ; M. MOLINER-DUBOST, « La détention de personnes atteintes de troubles mentaux : condamnation ferme de la "prison-asile" », RTDH, 2007, pp. 541-557. Pour exemple, v. CEDH, 3 avril 2001, *Keenan c/ Royaume-Uni*, n° 27229/95, Rec. 2001-III. ; D. 2002, p. 110, obs. J.-P. CÉRÉ ; RSC 2001, p. 881 s., obs. F. TULKENS. La Cour rappelle dans cet arrêt relatif à un détenu se plaignant de son « *maintien en détention compte tenu de ses problèmes psychiatriques* », qu'en procédant à l'examen de l'état de santé du prisonnier et aux effets de la détention sur son évolution, elle a considéré que certains traitements enfreignent l'article 3 du fait qu'ils sont infligés à une personne souffrant de troubles mentaux". La Cour ajoute en l'espèce que "pour apprécier si le traitement ou la sanction concernés sont compatibles avec les exigences de l'article 3, il faut dans les cas des malades mentaux, tenir compte de leur vulnérabilité et de leur incapacité, dans certains cas, à se plaindre de manière cohérente ou à se plaindre tout court des effets d'un traitement donnée sur leur personne. Il convient également, au sein de la vaste catégorie des maladies mentales, de distinguer celles, telle la psychose, qui comportent, pour les personnes qui en souffrent, des risques particulièrement élevés ».

⁹³³ CEDH, 2 oct. 2014, *Fakailo (Safoka) et Autres c/ France*, n° 2871/11. La Cour a retenu un traitement inhumain et dégradant, estimant que « *les conditions de détention sont à ce point graves qu'elles portent atteinte au sens même de la dignité humaine* ».

⁹³⁴ J.-P. CÉRÉ, « La détention d'une personne handicapée constitue un "traitement dégradant" », AJ pénal 2006, p. 500.

Serait-il alors possible d'estimer que si la personne est gravement malade et que des soins adaptés ne peuvent lui être prodigués en prison, il existerait une obligation implicite de la libérer ? S'agissant de la protection des détenus malades en France, la jurisprudence européenne a conféré un « *brevet de conventionnalité* »⁹³⁵ à la législation française du 4 mars 2002⁹³⁶ qui a introduit dans le Code de procédure pénale l'article 720-1-1 relatif à la suspension médicale de peine dont les conditions de mise en œuvre se distinguent de celles relatives à la suspension de peine classique⁹³⁷. Les détenus considérés comme mourants et les personnes pour lesquels il est établi qu'elles sont atteintes « *d'une pathologie engageant le pronostic vital ou que leur état de santé est durablement incompatible avec leur maintien en détention* » peuvent bénéficier d'une suspension de peine. Cette dernière est accordée après que deux expertises médicales aient établi de manière concordante que le condamné se trouve « *dans l'une des situations susénoncées* »⁹³⁸. La loi du 4 mars 2002 a comblé les attentes de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'application des peines⁹³⁹. À cette condition prévue par le texte, il est ajouté une condition de nature prétorienne selon laquelle le condamné ne doit pas constituer une menace pour l'ordre public⁹⁴⁰. La question qui subsiste concerne les détenus à la réclusion criminelle à perpétuité dont la peine est assortie d'une période de sûreté. Il conviendra de rappeler que ni la nature de la peine ni la durée restant à subir ne sont prises en considération. En effet, la période de sûreté ne fait pas obstacle à la

⁹³⁵ B. BELDA, « *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté, contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne de droits de l'homme* », *op. cit.*, p. 124.

⁹³⁶ La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 est relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. JO, 5 mars 2002, p. 4118.

La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 a ajouté que le juge de l'application des peines peut assortir la suspension de peine des obligations ou interdictions prévues aux articles 132-44 et 132-45 du C. pén. Leur non-respect peut conduire à la réincarcération de la personne. La loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 a ajouté un dernier alinéa qui prévoit que « *si la suspension de peine a été ordonnée pour une condamnation prononcée en matière criminelle, une expertise médicale destinée à vérifier que les conditions de la suspension sont toujours remplies doit intervenir tous les six mois* ».

⁹³⁷ CEDH, 7 juin 2001, *Papon c/ France*, préc. L'article 720-1-1 du C. pr. pén. a constitué le fondement de sa libération anticipée alors qu'il avait été débouté de sa demande sur le fondement de l'article 3 de la Convention. Seule l'incompatibilité durable entre le maintien en détention et l'état de santé doit être constatée.

⁹³⁸ Art. 720-1-1 du C. pr. pén.

⁹³⁹ CEDH, 15 janv. 2004, *Matencio c/ France*, n° 58749/00, D. 2005, Jur. p. 1002, note J.-P. CÉRÉ ; RSC 2005, p. 630, chron. F. MASSIAS. La Cour a précisé que « *les dispositifs procéduraux instaurés par les lois des 15 juin 2000 et 4 mars 2002 mettent en place des recours (...) qui permettent, en cas de dégradation importante de l'état de santé d'un détenu, de demander à bref délai sa libération (...). Elle considère que ces procédures judiciaires peuvent être susceptibles de constituer des garanties pour assurer la protection de la santé et du bien-être des prisonniers* ».

⁹⁴⁰ M. HERZOG-EVANS, « La suspension de peine médicale de Maurice Papon », note sous CA Paris (13^e ch. B), 18 sept. 2002, D. 2002, pp. 2893-2896, spéc. p. 2896.

suspension médicale de peine⁹⁴¹. La France satisfait alors à son obligation positive de protéger la santé et le bien-être des personnes privées de liberté. La protection de la santé est une garantie du respect de la dignité humaine. Le droit au respect de la santé a été qualifié de droit « *dérivé du droit garanti par l'article 3* »⁹⁴². Ce droit est par conséquent une sorte de « *droit développé ou acquis* » qui n'est que l'extension possible des « *droits innés* », en l'occurrence les droits à la vie et à l'intégrité physique⁹⁴³.

§ 2. La protection indirecte des droits

162. La protection du droit à la dignité qui se traduit par des interdictions des mauvais traitements comporte des obligations positives pour les États de protéger l'intégrité physique et psychique des personnes et d'accomplir les procédures nécessaires à cet effet. Le contexte structurel dans lequel la personne condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité est maintenue peut l'affecter dans sa santé. La protection de la santé qui n'est qu'indirecte se réfère à la protection du droit à la vie privée (B). En ce sens, il est nécessaire de veiller au respect du droit à un encellulement conforme aux exigences légales (A).

A. Un encellulement individuel

163. La question concernant la surpopulation⁹⁴⁴ est des plus préoccupantes⁹⁴⁵. Les cellules ne doivent pas être surpeuplées et il doit y avoir un espace de vie suffisant pour

⁹⁴¹ Art. 720-1-1 al. 3 du C. pr. pén.

⁹⁴² F. MASSIAS, « Chronique internationale des droits de l'homme-année 2003 », RSC 2004, p. 441.

⁹⁴³ A. BOISTEL, *Cours de philosophie du droit*, Paris, A. Fontemoing, 1889, t. I, p. 189 et s.

⁹⁴⁴ CEDH, 25 nov. 2014, *Vasilescu c/ Belgique*, n° 64682/12. Cette affaire concernait principalement les conditions de détention du requérant dans les prisons d'Anvers et de Merksplas. L'intéressé se plaignait en particulier d'avoir été soumis à des conditions matérielles de détention inhumaines et dégradantes. La Cour a conclu à la violation de l'article 3 de la Convention s'agissant des conditions matérielles de détention du requérant. Elle a notamment observé qu'outre le problème de surpeuplement carcéral, les allégations du requérant quant aux conditions d'hygiène, notamment l'accès à l'eau courante et aux toilettes, étaient plus que plausibles et reflétaient des réalités décrites par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants dans les différents rapports établis à la suite de ses visites dans les prisons belges. Si en l'espèce rien n'indiquait qu'il y ait véritablement eu intention d'humilier ou de rabaisser le requérant pendant sa détention, la Cour a néanmoins jugé que les conditions matérielles de détention de ce dernier dans les prisons d'Anvers et de Merksplas l'avaient soumis à une épreuve d'une intensité qui excédait le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et s'analysaient en un traitement inhumain et dégradant. Au titre de l'article 46 (force obligatoire et exécution des arrêts) de la Convention, la Cour a par ailleurs constaté que les problèmes découlant de la surpopulation carcérale en Belgique, ainsi que les problèmes d'hygiène et de vétusté des établissements pénitentiaires revêtent un caractère structurel et ne concernent pas uniquement la

chaque détenu afin que ces derniers ne subissent pas des souffrances inhérentes à leur détention⁹⁴⁶. Ils ne doivent pas être placés dans une situation de détresse⁹⁴⁷. La notion de surpopulation ne peut à elle seule engendrer une atteinte au respect de l'article 3 de la Convention⁹⁴⁸. C'est en analysant ainsi les risques encourus suite à ce phénomène que la Cour européenne des droits de l'homme peut rendre de telles conclusions. Pour exemple, des cellules surchargées, mais également pour lesquelles des dangers d'intoxication au monoxyde de carbone sont présents peuvent être constitutives d'une atteinte à la dignité lorsque les détenus sont confrontés à des conditions extrêmes d'emprisonnement. Les locaux sont certes hétérogènes, mais la population carcérale l'est également. Aussi comment assurer des conditions de détention prenant en compte les situations de handicap ou de maladie ? Pour exemple, un prisonnier obèse⁹⁴⁹ et suivi pour obésité par un médecin doit-il bénéficier d'une cellule plus grande ? La Commission européenne des droits de l'homme avait retenu à propos d'un détenu obèse condamné à une peine de 29 ans que la violation actuelle de l'article 3 devait être retenue en cas d'inadaptation des locaux⁹⁵⁰. La Cour européenne des droits de l'homme a rendu des décisions en conformité avec la Commission. En 2006, la France a été condamnée pour la première fois suite au constat de violation de l'article 3 du fait des conditions de détention⁹⁵¹. En effet, il s'agissait d'un détenu paraplégique qui se déplaçait

situation personnelle du requérant. Elle a recommandé à la Belgique d'envisager l'adoption de mesures générales afin de garantir aux détenus des conditions de détention conformes à l'article 3 de la Convention et de leur offrir un recours effectif visant à empêcher la continuation d'une violation alléguée ou à leur permettre d'obtenir une amélioration de leurs conditions de détention. V. aussi N. DEVOUEZE, « La CEDH sanctionne des conditions de détention inhumaines et dégradantes en Belgique », D. Actu., 18 déc. 2014.

⁹⁴⁵ Le Comité européen pour la prévention de la torture préconise des cellules dans lesquelles 7m² doivent être attribués à chaque détenu. 2^{ème} Rapport général, CPT. Inf 3, § 43. V. notamment, CEDH, 20 octobre 2011, *Mandic et Jovic c/ Slovénie et Struci et autres c/ Slovénie*, n° 5774/10. Les requérants avaient été détenus pendant plusieurs mois dans une cellule où l'espace dont ils avaient disposé était de 2,7 m² par personne. La température qui y régnait l'après-midi au cours du mois d'août était en moyenne de 28°C environ. Ils s'étaient trouvés confinés dans leur cellule la plupart du temps. La Cour a conclu « à la violation de l'article 3 de la Convention, estimant que la détresse et les épreuves que les requérants avaient subies avaient dépassé le niveau inévitable de souffrance inhérent à une détention ».

⁹⁴⁶ A. PONSEILLE, « Aménagement de peine et de surpopulation carcérale », AJ pénal 2014, p. 494.

⁹⁴⁷ M. HERZOG-EVANS, « Les voies du droit contre la surpopulation carcérale », in *Le champ pénal - Mélanges en l'honneur de R. OTTENHOF*, D. 2006, p. 197.

⁹⁴⁸ E. PECHILLON, « Arrêt pilote de la CEDH relatif à la surpopulation carcérale : imposer des réformes structurelles », AJ pénal 2013, p. 361.

⁹⁴⁹ Comm. EDH, 17 déc. 1981, *X c/ Italie*, n° 9044/80, DR 27/200. Il s'agissait d'un détenu qui avait développé une obésité dans le cadre de sa privation de liberté mais comme son état avait été constamment suivi par les autorités pénitentiaires, la violation de l'article 3 n'a pas été reconnue

⁹⁵⁰ Comm. EDH, 8 déc. 1992, *Chartier c/ Italie*, DR 33/41-47. Elle avait signalé que « elle serait sensible à toute mesure que les autorités italiennes pourraient prendre à l'égard du requérant, soit afin d'atténuer les effets des détentions, soit afin d'y mettre fin dès que les circonstances le demanderont ».

⁹⁵¹ CEDH, 24 oct. 2006, *Vincent c/ France*, n° 6253/03, § 101, AJ Pénal, 2006, p. 500, obs. J.-P. CÉRÉ ; RSC

uniquement en fauteuil roulant. L'établissement dans lequel il était emprisonné n'était pas adapté dans la mesure où il ne pouvait pas quitter sa cellule seul et se déplacer de manière autonome. La Cour avait jugé qu'il était victime d'humiliation. Par ailleurs, la Cour a précisé dans l'arrêt *Varga c/ Hongrie*⁹⁵² qu'il y avait violation de l'article 3 de la Convention en jugeant en particulier que l'exiguïté de l'espace personnel alloué aux six requérants pendant leur incarcération, aggravée par l'absence d'intimité lors de l'utilisation des équipements sanitaires, l'insuffisance du couchage et de la ventilation, l'infestation de leurs cellules par des insectes, l'accès limité aux douches et le manque de temps passé hors cellule, s'analysait en un traitement dégradant. Ce phénomène de surpopulation dans les cellules est la clef de voûte de la demande de l'encellulement individuel.

164. Au XIX^e siècle, l'encellulement individuel était perçu comme une sanction, visant à empêcher les détenus de s'apprendre mutuellement de nouveaux moyens de réaliser des infractions et les pousser à méditer sur leurs actes pour en sortir meilleurs. De nos jours, ce principe est devenu une « *condition au respect de la dignité humaine et des conditions de détention décentes* »⁹⁵³, un moyen de « *permettre de faire retrouver les valeurs morales perdues ou de les faire acquérir* »⁹⁵⁴. Pourtant, son application, qui n'a jamais été effective, a été, encore une fois, repoussée par le législateur. La consécration de l'encellulement individuel n'est qu'illusoire. Il est prévu au sein du Code de procédure pénale que les condamnés puissent en bénéficier,⁹⁵⁵ mais en pratique cela ne peut être mis en place. En effet, l'encellulement individuel est confronté à « *la crise du logement pénitentiaire* »⁹⁵⁶. Ce dispositif avait été retenu dans la loi pénitentiaire de 2009 et devait entrer en application en 2014⁹⁵⁷. Le constat est tel que les effectifs des personnes emprisonnées n'ont pas diminué,

2007, p. 350, obs. P. PONCELA ; D. Actu., 5 déc. 2006, obs. C. GIRAULT. Le requérant était contraint « *pour passer des portes, à être porté pendant qu'une roue de son fauteuil était démontée, puis remontée après que le fauteuil eut passé l'embrasure de la porte* ». La Cour a jugé que cela « *peut en effet être considéré comme rabaissant et humiliant, outre le fait que le requérant était entièrement à la merci de la disponibilité des autres personnes* ».

⁹⁵² CEDH, 10 mars 2015, *Varga c/ Hongrie*, n° 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 et 64586/13.

⁹⁵³ D. ROUCAUTE, « La cellule individuelle en prison, un droit encore repoussé », *Le Monde*, 8 déc. 2014.

⁹⁵⁴ J. BORRICAND et A.-M. SIMON, *Droit pénal, Procédure pénale*, Aide-Mémoire, 9^e éd., Dalloz, 2016.

⁹⁵⁵ Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 24 mars 2014 relatif à l'encellulement individuel dans les établissements pénitentiaires ; JORF n° 0095 du 23 avr. 2014.

⁹⁵⁶ P. PONCELA, « La crise du logement pénitentiaire », RSC 2008, p. 972.

⁹⁵⁷ En effet, la loi avait maintenu le principe de l'encellulement individuel avec le système d'un nouveau sursis à l'application de dérogations restreintes à ce principe, dont l'entrée en vigueur a été repoussée à cinq ans après publication de la loi. Celle-ci ayant été publiée le 25 novembre 2009, c'est donc à la date du 25 novembre 2014 que l'encellulement individuel devait être conçu plus strictement.

mais sont en hausse. Depuis le 25 novembre 2014, les incarcérations multiples dans des cellules individuelles sont devenues illégales. La problématique majeure se révèle être les contraintes matérielles. Ces contraintes sont donc un obstacle à l'effectivité de l'encellulement individuel. En effet, l'État français devait donc officiellement garantir l'effectivité du principe pour chaque personne condamnée à un emprisonnement. Un rapport a été rédigé en urgence par le vice-président de la commission des lois à l'Assemblée nationale selon lequel des délais ont été accordés et ce jusqu'en 2019⁹⁵⁸. Confronté à cette situation, le législateur a essayé de trouver des solutions provisoires permettant d'écarter la portée du principe de l'encellulement individuel et tout en évitant de ne pas porter atteinte au principe de dignité des détenus au regard des exigences de la Cour européenne des droits de l'homme. Il a été imaginé un dispositif selon lequel un prévenu peut demander à être seul en cellule. Dans l'hypothèse où l'établissement pénitentiaire ne peut satisfaire à sa requête, il peut demander à être transféré dans un autre établissement dans lequel il pourra être en cellule seul. Cette disposition a été validée par le Conseil d'État, mais elle n'est que relative. Il reviendrait alors pour la personne condamnée à une peine d'emprisonnement à devoir choisir entre la proximité de l'établissement et sa famille et l'encellulement individuel. Il convient d'affirmer que cela revient pour le détenu à choisir entre deux garanties, le droit à la vie privée et le droit à l'encellulement individuel. Au regard des droits fondamentaux, cette alternative est-elle possible ? Il conviendrait de répondre dans la négative dans le sens où cela devient une simple alternative. Il convient toutefois de ne pas se méprendre sur l'appréhension de la difficulté. Les établissements pénitentiaires retenant les personnes condamnées à de très longues peines respectent autant qu'il leur est possible le principe de l'encellulement individuel. Par conséquent, face à une privation de liberté et malgré les contraintes matérielles, le principe consiste à reconnaître le maintien des droits fondamentaux et notamment le droit au respect de la dignité. Dans ce contexte délicat, la privation de liberté doit être analysée au regard d'un des principes fondamentaux, le droit à une vie privée.

⁹⁵⁸ La loi n° 2014-1655 du 29 décembre 2014 de finances rectificatives pour 2014 a modifié l'article 100 de la loi pénitentiaire afin de déroger au principe de l'encellulement individuel jusqu'au 31 décembre 2019. Le gouvernement devra alors présenter des rapports au Parlement sur l'état actuel de l'encellulement individuel avec une information financière et budgétaire relative à l'exécution des programmes immobiliers pénitentiaires et leur impact quant au respect de l'objectif de placement en cellule individuelle.

B. Une individualité du droit à une vie privée

165. Si l'équilibre est délicat à trouver entre la dangerosité et les garanties à respecter lorsque des individus sont condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité, le déséquilibre est-il à ce point frappant qu'il heurte le respect de la dignité humaine ? La réponse semble devoir être négative, car toutes les dérogations procédurales ne portent pas atteinte en elles-mêmes à la dignité humaine. Toutefois, il semble indiscutable qu'elles entravent une ou plusieurs des garanties liées à son respect et notamment le droit au respect de la vie privée. Le droit au respect de la vie privée « *implique de garantir à tout individu une sphère d'intimité dans laquelle il doit pouvoir conduire son existence comme il l'entend. L'intimité doit être sauvegardée, car elle constitue le cœur de l'identité personnelle et le fondement de la relation à autrui, et spécialement à celui de la puissance publique, à tout le moins à certains moments de la journée et en certains lieux qu'il puisse considérer comme privatifs* ». Le droit à une vie privée s'entend dans le sens d'avoir droit à une intimité. Cette intimité est protégée au regard des articles 3 et 8 de la Convention.

La surpopulation carcérale est un facteur important concernant l'entrave à l'intimité des détenus. La promiscuité des détenus, le nombre important de détenus dans les cellules empêche tout détenu d'avoir une vie privée. Ils ne peuvent pas se laver en toute intimité, dormir dans un espace vital. Aussi il convient de dire que cette pratique peut être considérée comme un traitement inhumain et de surcroît qu'il y a une atteinte au respect de la dignité de chaque individu. En effet, il ne fait guère de doute que « *l'intimité du détenu se trouve bafouée par la situation de promiscuité à laquelle il est le plus souvent soumis. Le fait d'être exposé en permanence au regard de deux, trois, voire quatre autres personnes est fortement destructurant* »⁹⁵⁹. La Cour européenne des droits de l'homme au travers de l'arrêt *Canali c/ France* le 25 avril 2013⁹⁶⁰ a conclu à « *la violation de l'article 3 de la Convention* ». Elle a considéré que « *l'effet cumulé de la promiscuité et des manquements relevés aux règles de l'hygiène ont provoqué chez le requérant des sentiments de désespoir et d'infériorité propres à le rabaisser et à l'humilier* ». Ces conditions de détentions ont été analysées en un traitement dégradant. Par ailleurs, il conviendra de noter que l'atteinte à une vie privée et à toute intimité peut être caractérisée dans la mesure où dans la cellule les installations

⁹⁵⁹ CNCDH, *Étude sur les droits de l'homme dans la prison*, la Documentation française, 2007.

⁹⁶⁰ Cette affaire concernait les conditions de détention dans la prison de Nancy Charles III, établissement pénitentiaire construit en 1857, qui a fermé définitivement ses portes en 2009 en raison de son extrême vétusté.

sanitaires ne sont pas séparées du reste de ladite cellule⁹⁶¹. Le droit au respect de la vie privée n'est alors pas assuré lors d'un emprisonnement, que cela se manifeste par une surveillance étroite de la personne des détenus⁹⁶² ou de leurs correspondances⁹⁶³.

166. Le contrôle exercé sur les lettres de tous les détenus, « *tant à l'arrivée qu'au départ* »⁹⁶⁴, est attentatoire à la vie privée⁹⁶⁵. S'agissant des personnes condamnées, le chef d'établissement peut interdire la correspondance occasionnelle ou périodique avec des personnes autres que le conjoint ou des membres de la famille lorsque cette correspondance paraît compromettre gravement la réinsertion du détenu ou la sécurité et le bon fonctionnement de l'établissement. Comme indiqué au préalable, cette immixtion dans l'échange de correspondance doit reposer sur des impératifs de sécurité, elle est ainsi valable,⁹⁶⁶ car elle peut donc s'avérer nécessaire. Les motifs invoqués à l'appui des ingérences doivent néanmoins être « *pertinents et suffisants* »⁹⁶⁷ afin de permettre par la suite de rechercher la manière dont l'ingérence a été ménagée entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu. La question qui se pose est la suivante : est-il possible d'interdire toute correspondance sans porter atteinte à l'intimité de l'individu et le priver du droit à une vie privée ? Il est possible sans enfreindre l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme d'interdire totalement les échanges épistolaires. Cette interdiction n'est possible que

⁹⁶¹ CEDH, 15 déc. 2015, *Szafrański c/ Pologne*, n° 17249/12. En l'espèce, le requérant se plaignait que ses conditions de détention à la prison de Wronki étaient inadéquates. Il alléguait notamment que dans sept cellules sur les dix dans lesquelles il avait été détenu, les installations sanitaires n'étaient séparées du reste de la cellule que par un simple panneau de fibres de 1,20 m de haut et n'avaient pas de porte. La Cour a conclu à la non-violation de l'article 3 de la Convention. Elle a observé en particulier que la seule situation pénible que le requérant avait dû supporter dans cette affaire était la séparation insuffisante entre les installations sanitaires et le reste de la cellule. Hormis cet aspect, les cellules étaient correctement éclairées, chauffées et ventilées. Dès lors, il ne pouvait être considéré que les circonstances globales de sa détention avaient causé une détresse ou une épreuve d'une intensité ayant excédé le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention ou ayant dépassé le seuil de gravité de l'article 3. La Cour a en revanche conclu à la violation de l'article 8 en rappelant que les autorités nationales ont une obligation positive d'offrir un accès à des installations sanitaires séparées du reste de la cellule, de manière à garantir un minimum d'intimité.

⁹⁶² « *La présence de chaque détenu doit être contrôlé au moment du lever et du coucher, ainsi que jusqu'à deux fois par jour au moins, à des heures variables* ».

⁹⁶³ A. GOUTTENOIRE, « Les droits de l'homme en prison », *loc. cit.*, pp. 110-111.

⁹⁶⁴ Ancien art. D. 416 du C. pr. pén.

⁹⁶⁵ CEDH, 25 mars 1983, *Silver et A. c/ Royaume-Uni*, n° 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, Série A, n° 61. Ici, l'ouverture systématique des courriers entraîne une violation de l'article 8.

⁹⁶⁶ CEDH, 21 févr. 1975, *Golder c/ Royaume-Uni, préc.*, § 45. La CEDH a reconnu que « *la nécessité d'une ingérence dans l'exercice du droit d'un condamné détenu au respect de sa correspondance doit s'apprécier en fonction des exigences normales et raisonnables de la détention* ».

⁹⁶⁷ CEDH, 24 mars 1988, *Olsson c/ Suède*, n° 10465/83, Série A, n° 130, § 68, JDI 1989, p. 789, obs. P. TAVERNIER ; RSC 1988, p. 573, obs. L.-E. PETITI.

si elle est fondée sur un « *besoin social impérieux* ». Le principe de la libre correspondance est par conséquent loin d'être absolu.

Le mécanisme de sanction de la Cour européenne des droits de l'homme ne paraît pas suffisant au regard des difficultés rencontrées concernant les conditions de détention dans une très grande, pour ne pas dire la totalité des établissements pénitentiaires européens. Le constat est tel que la portée de la jurisprudence européenne est minime au sein des ordres juridiques internes. C'est ainsi que la mise en place d'acteurs tels le Conseil de l'Europe et le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants tentent de garantir ces droits.

Section 2

Les institutions garantes

167. Les obligations imposées à l'État permettant d'analyser les conditions de détention au regard du principe de dignité humaine. Qu'il s'agisse alors du droit à la vie privée, de l'intégrité physique ou psychique, de la santé, les juges européens évaluent, analysent les situations qui leur sont soumises. La protection accordée dépasse par conséquent la prévention octroyée aux mauvais traitements condamnés d'après l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. De ce fait, à côté de ce mécanisme répressif fondé sur des plaintes émanant d'individus ou d'États invoquant des violations effectives des droits, il a paru utile de compléter ce mécanisme par un mécanisme préventif. Ce dernier visant à examiner la condition des personnes privées de liberté afin de s'assurer qu'elles ne font pas l'objet de tortures ou de traitements inhumains. Ce dispositif complémentaire a alors donné naissance à la Convention pour la prévention de la torture dont le principe est de créer un Comité qui peut effectuer des visites dans tous lieux où se trouvent des personnes privées de liberté⁹⁶⁸. Le Conseil de l'Europe par la mise en application des règles pénitentiaires européennes veille également aux garanties des droits. Ces acteurs vertueux sont ainsi indispensables à la garantie des droits fondamentaux (§ 1), leur action étant couplée aux virtualités de la garantie des droits (§ 2).

§ 1. Les acteurs vertueux de la garantie des droits

168. Face au contexte dans lequel se trouvent les États européens concernant le respect des droits fondamentaux, le Conseil de l'Europe a élaboré la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants⁹⁶⁹. Ladite

⁹⁶⁸ J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3^{ème} éd., Précis D., 2009, pp. 176 et s.

⁹⁶⁹ « En janvier 1981, l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe a adopté la Recommandation 909 relative à la Convention internationale contre la torture. Ainsi en se référant aux travaux accomplis au nom des Nations-Unis, l'Assemblée recommanda au Comité des ministres d'inviter les gouvernements des États membres à hâter l'adoption et la mise en vigueur du projet de convention contre la torture élaborée par la Commission des droits de l'homme des Nations-Unies. Ce projet est devenu la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants : adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unies le 10 décembre 1984, puis elle a été ouverte à la signature. Toutefois le 28 septembre 1983, l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe avait adopté la Recommandation 971 relative à la protection des personnes privées de

Convention prévoit des larges attributions au Comité de prévention de la torture. Afin que son action soit efficace, il peut être également fait référence aux règles pénitentiaires européennes. La protection est vaste et il est indispensable que les États européens soient aidés d'acteurs européens dont l'intervention a un impact sur la prévention des atteintes (A) ainsi que sur le constat des atteintes (B).

A. Une prévention des atteintes

169. L'article 1^{er} de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradant prévoit que « *il est institué un Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». Le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants est ainsi destiné à assurer de manière préventive la lutte contre la torture⁹⁷⁰. Ce même article prévoit que « *par le moyen de visites, le Comité examine le traitement des personnes privées de liberté en vue de renforcer, le cas échéant, leur protection contre la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». La problématique insiste sur le fait que les condamnés à de longues peines d'emprisonnement sont confrontés *a fortiori* sur le long terme à davantage de situations selon lesquelles peuvent être constatées des conditions de détention contraires aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme. C'est ainsi que le Comité européen pour la prévention de la torture va contribuer à la prévention des

liberté contre la torture et les traitements ou les peines cruels, inhumains ou dégradants. Dans ce texte, l'Assemblée consultative invitait le Comité des ministres à adopter le projet de Convention européenne sur la protection des personnes privées de liberté. A la suite de l'adoption de la Recommandation 971, le Comité des ministres a confié à un Comité d'experts le soin d'examiner le texte. Au cours de ses travaux, le Comité d'experts a consulté la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme. Il a également organisé une audition avec des représentants de la Commission internationale de juristes, du Comité suisse contre la torture et du Comité international de la Croix-Rouge. Il a encore entendu des experts en psychiatrie. Enfin après avoir consulté l'Assemblée, le Comité des ministres a adopté le texte de la Convention le 26 juin 1987. Tous l'ont ratifié. Cette Convention a été ouverte à la signature des États membres du Conseil de l'Europe le 26 novembre 1987. La Convention est complétée par deux protocoles en date du 4 novembre 1993. Les 47 États membres du Conseil de l'Europe l'ont ratifié ». V. le rapport explicatif de la Convention ; H. FOURTEAU, *L'application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit interne des États membres*, thèse LGDJ, Bibli. constitutionnelle et sc. politique, t. 85, 1996, not. p. 296 et s. ; M. ANSTETT, « La Convention européenne pour la prévention de la torture : succès et incertitudes », RPDP 1997, n° 3 ; E. DECAUX, « La Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants », *loc. cit.*, p. 623 et s.

⁹⁷⁰ Le Comité est formé de personnalités dont le nombre est égal à celui des États parties à la Convention, soit une quarantaine. Pour assurer une impartialité, elles sont élues pour quatre ans, durée renouvelable une seule fois par le Comité du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe. Il ne s'agit alors pas uniquement de juristes mais ces personnes doivent avoir des compétences en matière de droits de l'homme.

atteintes concernant les mesures de détention perpétuelles. Par des déplacements dans des lieux de détention, ledit Comité va s'assurer que les personnes qui sont emprisonnées ne font pas l'objet de traitements inhumains ou dégradants. Le Comité bénéficie alors d'un droit d'ingérence au plan européen. Ce droit d'ingérence ne contrarie-t-il pas les pratiques de la Cour européenne des droits de l'homme ? Tout d'abord, il pourrait être pensé qu'une personne ne puisse avoir de recours auprès de la Cour européenne des droits de l'homme une fois que cette dernière a vu sa situation examinée par le Comité de prévention de la torture. La Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants a prévu au sein de son article 17 § 2 que : « aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme une limite ou une dérogation aux compétences des organes de la Convention européenne des Droits de l'homme ou aux obligations assumées par les Parties en vertu de cette Convention »⁹⁷¹. Il conviendra ainsi de rappeler que le Comité n'assume pas de fonctions judiciaires et il n'a pas alors à rendre de décisions concernant la violation ou non des articles de la Convention européenne des droits de l'homme. Il n'a qu'un rôle préventif et de ce fait il effectue des missions d'enquête⁹⁷². Ensuite, l'inquiétude repose sur le fait que la Cour européenne des droits de l'homme dispose également d'un droit d'enquête⁹⁷³. De ce fait n'y va-t-il pas de la crédibilité de la Cour ? La réponse est négative dans le sens où la Cour européenne des droits de l'homme ne peut mener une enquête qu'une fois qu'un recours ait été déposé et une fois seulement qu'elle l'a déclaré recevable. Le Comité quant à lui effectue ses enquêtes de manière préventive. Enfin, La Cour européenne des droits de l'homme et le Comité de prévention de la torture rendent tous deux des décisions, mais qui n'ont pas la même force juridique. En effet, la Cour condamne des États et sa décision a une force juridique alors que le Comité rend des recommandations et ne condamne de ce fait pas les États⁹⁷⁴. L'importance de ces recommandations n'est pas négligeable dans le sens où il contribue à l'amélioration des conditions de détention.

⁹⁷¹ Il aurait pu être décidé que la décision du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants bénéficie de l'autorité de la chose jugée, même autorité qui aurait pu paralyser l'action d'un condamné ou de l'État par devant la Cour européenne des droits de l'homme.

⁹⁷² L'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que « La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit ». La personne concernée peut ainsi se prévaloir de son droit de recours individuel.

⁹⁷³ L'article 38 du Protocole n°11 qui porte sur la restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention européenne des droits de l'homme accorde à la CEDH un pouvoir d'enquête.

⁹⁷⁴ Le CPT cherche uniquement à prévenir des troubles constatés lors de ses visites dans les établissements pénitentiaires et lorsque les condamnés « s'insurgent » devant les représentants du CPT de subir des mauvais

Le Comité européen pour la prévention de la torture se rend ainsi dans des lieux qui sont déterminés en fonction d'informations relatant les mauvais traitements⁹⁷⁵. Il est prévu par la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants au sein de son article 2 que « *chaque partie autorise la visite, conformément à la présente Convention, de tout lieu relevant de sa juridiction où des personnes sont privées de liberté par une autorité publique* ». L'État concerné doit en effet faciliter le travail du Comité en lui fournissant « *tous renseignements sur les lieux où se trouvent* » ces personnes⁹⁷⁶. Les membres du Comité de prévention de la torture effectuent alors des visites pour détecter des cas de torture ou de peines ou traitements inhumains ou dégradants. Ils sont ainsi confrontés aux réclusionnaires à perpétuité qui par la longueur de leur peine tentent auprès de la Cour européenne des droits de l'homme d'obtenir le constat d'une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Une procédure est à suivre concernant alors ces visites. La visite doit alors être précédée d'une notification par le Comité à l'État concerné de son intention de faire une visite⁹⁷⁷. Le déroulement de la visite est assez simple. Un groupe composé de cinq personnes se rend dans le pays concerné et peut visiter tous les locaux à sa convenance⁹⁷⁸, ces personnes étant tenues au secret professionnel⁹⁷⁹. Une fois la visite effectuée, le Comité rédige son rapport de visite dans lequel il va consigner toutes les observations qu'il a pu faire et les recommandations qu'il estime devoir présenter afin d'améliorer la situation des personnes détenues⁹⁸⁰. Le

traitements. Le CPT cherche alors à trouver une solution à ces situations avec la collaboration des États membres et afin d'éviter que cela se reproduise.

⁹⁷⁵ V. *supra*, n° 83, 84, 85. Il s'agit souvent d'informations fournies par des organisations non gouvernementales, par la presse, par des plaintes voire par des pétitions.

⁹⁷⁶ Article 8 § 2 b de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

⁹⁷⁷ Article 8 § 1 de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Il n'est pas indiqué le délai qui doit s'écouler entre la notification et le moment de la visite. Le Comité doit en principe laisser à l'État le temps nécessaire pour que ce dernier puisse rendre la visite efficace, c'est-à-dire se préparer. *A contrario*, ils arrivent parfois que certains membres du groupe de visite n'avertissent que lorsqu'ils sont sur le point d'arriver, par exemple lorsqu'ils sont à l'aéroport. Ils essayent de jouer « *l'effet de surprise* » afin de pouvoir attester véritablement des conditions de détention contraires au principe de dignité.

⁹⁷⁸ L'article 7 § 2 de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants prévoit que les visites sont effectuées « *en règle générale par au moins deux membres du Comité. Ce dernier peut, s'il l'estime nécessaire, être assisté par des experts et des interprètes* ».

⁹⁷⁹ L'article 13 de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants prévoit que « *les membres du Comité, les experts et les autres personnes qui l'assistent sont soumis, durant leur mandat et après son expiration, à l'obligation de garder secrets les faits ou informations dont ils ont connaissance dans l'accomplissement de leurs fonctions* ».

⁹⁸⁰ Article 10 § 1 de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Comité transmet par la suite ce rapport à l'État concerné en lui demandant de lui retourner deux documents⁹⁸¹. Ce rapport est confidentiel⁹⁸² dans l'intérêt des détenus et de l'établissement pénitentiaire, ce qui permet par conséquent une meilleure coopération entre les États⁹⁸³.

Les limites d'intervention et d'enquête auxquelles est confronté le Comité de prévention de la torture sont énumérées au nombre de deux. La première concerne ainsi la clause de sauvegarde⁹⁸⁴. Il est ainsi autorisé à un État de faire connaître ses objections à la visite au moment envisagé par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants. À la lecture de l'article 9 de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, il convient de constater que les expressions utilisées sont assez vagues. Dans cette mesure, cela permet de surcroît aux États d'avoir une certaine marge de manœuvre. Par conséquent, il convient de préciser la difficulté de constater une atteinte aux garanties dues aux détenus. La seconde concerne l'existence du Comité international de la Croix-Rouge⁹⁸⁵

⁹⁸¹ Il s'agit d'un rapport intermédiaire à remettre dans les six mois de la visite et relatant toutes mesures prises ou envisagées sur la base des recommandations. Il arrive que les États indiquent qu'ils vont modifier leur législation. Il s'agit également d'un rapport de suivi qui doit être remis au CPT dans l'année qui suit sa visite et indiquant toutes les mesures entreprises.

⁹⁸² Article 11 § 1 de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

⁹⁸³ L'article 10 § 2 de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants indique que « *si la Partie ne coopère pas ou refuse d'améliorer la situation à la lumière des recommandations du Comité, celui-ci peut décider, à la majorité des deux tiers de ses membres, après que la Partie aura eu la possibilité de s'expliquer, de faire une déclaration publique à ce sujet* ». Par conséquent, il pourra être constaté qu'en ce qui concerne le contenu de la déclaration publique, il n'est pas indiqué ce qui doit être rendu public, ainsi il pourra en être déduit que le CPT est libre de son appréciation. Néanmoins, les informations, obtenues de manière confidentielle, ne seront pas publiées et le CPT de manière prudente insiste sur les progrès effectués par les États visités.

⁹⁸⁴ L'article 9 de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants prévoit :

§ 1 « *Dans des circonstances exceptionnelles, les autorités compétentes de la Partie concernée peuvent faire connaître au Comité leurs objections à la visite au moment envisagé par le Comité ou au lieu déterminé que ce Comité a l'intention de visiter. De telles objections ne peuvent être faites que pour des motifs de défense nationale ou de sûreté publique ou en raison de troubles graves dans les lieux où des personnes sont privées de liberté, de l'état de santé d'une personne ou d'un interrogatoire urgent, dans une enquête en cours, en relation avec une infraction pénale grave* ».

§ 2 « *Suite à de telles objections, le Comité et la Partie se consultent immédiatement afin de clarifier la situation et pour parvenir à un accord sur des dispositions permettant au Comité d'exercer ses fonctions aussi rapidement que possible. Ces dispositions peuvent comprendre le transfert dans un autre endroit de toute personne que le Comité a l'intention de visiter. En attendant que la visite puisse avoir lieu, la Partie fournit au Comité des informations sur toute personne concernée* ».

⁹⁸⁵ L'article 17 § 3 de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants prévoit que « *le Comité ne visitera pas les lieux que des représentants ou délégués de*

qui détient une compétence exclusive dans la visite des lieux de détention. Par conséquent, il arrive que le Comité de prévention de la torture soit relayé à la deuxième position et ne puisse pas se rendre sur les lieux choisis. Le Comité va donc pouvoir intervenir en deuxième rang.

170. La prévention des atteintes au sein des établissements pénitentiaires est encadrée également par les règles pénitentiaires européennes. Elles posent des règles générales concernant les soins relatifs à la santé dans les prisons. La troisième partie de ces règles est consacrée à la santé des personnes détenues et l'accès au soin. Ce sont en effet vingt-six règles qui encadrent la santé au sein des prisons. Elles donnent un aperçu et des directives européennes générales⁹⁸⁶ qui décrivent les principes de délivrance de soins de santé en prison qui doivent s'appliquer au sein des États européens. Les États prennent en considération les règles pénitentiaires européennes. Pour exemple, la Cour européenne se réfère aux principes directeurs contenus au sein des règles pénitentiaires européennes dans l'affaire *G c/ France*⁹⁸⁷. Dans cette affaire, le requérant atteint de troubles mentaux importants a succédé les séjours en prison et en milieu psychiatrique. La Cour a alors estimé que cette alternance et le maintien en détention sur une période de quatre ans ont entaché son traitement médical et lui a infligé une épreuve qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention. Elle a alors conclu à la violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle a ajouté que selon les règles pénitentiaires européennes de 2006, les détenus atteints de troubles mentaux graves doivent avoir la possibilité d'être soignés et placés dans un service hospitalier doté de l'équipement adéquat et disposant d'un personnel qualifié⁹⁸⁸. Par conséquent, la Cour européenne des droits de l'homme utilise des outils de référence, telles les règles pénitentiaires européennes, afin de se prémunir d'une éventuelle atteinte aux garanties des droits des détenus.

puissances protectrices ou du Comité international de la Croix-Rouge visitent effectivement et régulièrement en vertu des Conventions de Genève du 12 août 1949 et de leurs Protocoles additionnels du 8 juin 1977 ».

⁹⁸⁶ III – Santé ; règles 39 à 48.2 des règles pénitentiaires européennes de 2006.

⁹⁸⁷ CEDH, 23 fév. 2012, *G. c/ France*, n° 27244/09, D. Actu. 13 mars 2012, obs. O. BACHELET ; AJ Pénal 2012, p. 357 s., obs. J.-P. CÉRÉ ; RDSS 2012, p. 678 s., note P. HENNION-JACQUET ; RSC 2012, p. 683 s., obs. D. ROETS ; D. 2011, p. 793 s., obs. J.-F. RENUCCI ; Dr. pén. n° 3, mars 2013, chron. 3, E. BONIS-GARÇON.

⁹⁸⁸ Point 12.1 de l'annexe à la recommandation Rec. (2006)2.

B. Un constat des atteintes

171. Le Comité européen pour la prévention de la torture en mettant en lumière les lacunes et les insuffisances au sein des établissements pénitentiaires dans les différents États permet aux différents gouvernements de prendre en considération les constats des atteintes aux droits fondamentaux garantissant la dignité des conditions de privation de liberté. À son rôle d'indicateur et d'incitateur, il faut ajouter un troisième rôle reposant sur l'appréhension que fait de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme le Comité européen pour la prévention de la torture. Ledit Comité est censé se référer aux termes précis de l'article 3 de ladite Convention. Or, comme indiqué dans une précédente démonstration, cet article est imprécis et seules les décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme permettent de l'apprécier et de rendre effective son application. Le Comité de prévention, s'il est tenu par l'article 3, est chargé de prévenir la torture et les traitements inhumains ou dégradants. Ce Comité n'a pas alors été créé pour prévenir des actes qui ne rentreraient pas dans ses qualifications. Cependant, le constat est le suivant, le Comité européen pour la prévention de la torture va au-delà de ses prérogatives en constatant toutes les atteintes dont pourraient être victimes les détenus. Son rôle étant de faire progresser les États au regard de la protection des personnes privées de liberté, cela paraît conforme aux exigences des textes si ce dernier s'affranchit des termes exacts afin d'exercer un contrôle concret du respect de la dignité humaine. Le Comité est alors intervenu sur plusieurs aspects au sein des établissements pénitentiaires et notamment concernant le déroulement de l'instance au sein du tribunal interne à la prison compétent en matière disciplinaire⁹⁸⁹. Ce dernier a estimé que « *la qualité des débats était tout sauf satisfaisante. La délégation a été particulièrement frappée par l'absence de sérénité qui présidait l'audience. En effet, en plus de l'autorité investie du droit de punir et du personnel strictement nécessaire au déroulement de la procédure, s'ajoutait un groupe de surveillants spectateurs, à l'intérieur et à l'extérieur de la salle. Ces derniers formulaient les commentaires qu'ils considéraient utiles au fur et à mesure du déroulement de l'audience. Cet effet de chœur engendrait une atmosphère vindicative tout à fait inappropriée* »⁹⁹⁰. Par ailleurs, l'insuffisance des soins en détention est constamment dénoncée. Le Comité dans son troisième rapport général d'activités de juin 1993

⁹⁸⁹ M. DELMAS-MARTY, « Légalité pénale et prééminence du droit », in *Droit pénal contemporain – Mélanges offerts André VITU*, Paris, Cujas, 1989, p. 151.

⁹⁹⁰ Rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants sur la visite effectuée en France du 27 octobre au 8 novembre 1991, adopté le 4 janvier 1992, publié le 19 janvier 1993, § 138.

a considéré que « *un niveau de soins médicaux insuffisant peut conduire rapidement à des situations qui s'apparentent à des traitements inhumains et dégradants* »⁹⁹¹. Il est souvent difficile de faire apparaître de manière explicite les difficultés rencontrées quant aux atteintes portées à la dignité humaine. Les rapports du Comité de prévention peuvent parfois implicites, mais utilisent au maximum les dispositions suggérées par le principe de dignité humaine⁹⁹².

Le 14 avril 2016⁹⁹³, le Comité européen pour la prévention de la torture a appelé les États à revoir le traitement des condamnés à perpétuité. Il a en effet appelé les 47 États membres du Conseil de l'Europe à revoir leur façon de traiter les condamnés à la réclusion à perpétuité en fonction du risque que présente chaque individu concerné et à prévoir qu'ils puissent éventuellement réintégrer la société à un moment donné⁹⁹⁴. Dans les établissements pénitentiaires dans les différents États membres où le Comité a constaté des conditions de détention particulièrement difficiles pour les condamnés à perpétuité, il a recommandé « *vivement* » aux États d'améliorer le régime carcéral qui leur est appliqué⁹⁹⁵. « *Le régime de détention doit permettre aux condamnés à perpétuité de maintenir des contacts avec le monde extérieur, leur offrir la possibilité d'une libération conditionnelle dans la société et faire en sorte qu'à un moment donné, cette remise en liberté puisse être octroyée en toute sécurité, au moins dans la plupart des cas. À cette fin, les détenus concernés devraient disposer d'une date précise pour le premier réexamen de leur peine en vue d'une éventuelle libération, sur la base d'un programme individuel défini dès le début de la peine et régulièrement revu par la suite* ». Au fil des ans, lors de ses visites dans les États membres, le Comité européen pour la

⁹⁹¹ Dans son compte-rendu de la situation de l'établissement de santé de Fresnes, le CPT a suggéré la mise en place d'un schéma national d'hospitalisation des détenus « *afin d'offrir dans tout le pays des conditions de prise en charge hospitalière de patients détenus conformes à l'éthique médicale et la dignité humaine* ».

⁹⁹² « *Le regard objectif de ce Comité oblige à la vigilance et la transparence obtenue conduit à ne pas se satisfaire des progrès réalisés même lorsqu'ils sont réels* ». P. COUV RAT, « *Le regard du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants* », RSC 2002, p. 145.

⁹⁹³ Communiqué de presse du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 14 avril 2016 concernant les condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité.

⁹⁹⁴ M. GNATOVSKY, Président du CPT a indiqué dans le rapport annuel du 14 avril 2016 que : « *Il est inhumain d'incarcérer une personne à vie sans lui offrir aucune perspective de libération* ». Il a rappelé cette indication car dans certains États membres, il n'y a aucun espoir de libération. En effet bien que la majorité des pays imposant des peines de réclusion à perpétuité exigent une période incompressible minimale comprise entre 20 et 30 ans avant qu'un détenu ne puisse bénéficier d'une libération conditionnelle, certains autres, tels la Bulgarie, la Lituanie, Malte, les Pays-Bas et, pour certains crimes, la Hongrie, la République slovaque et la Turquie, n'ont pas de système de libération conditionnelle pour les condamnés à perpétuité. Ainsi, certains détenus ne pourront jamais être libérés (sauf pour des motifs humanitaires ou par une grâce). Il a ajouté : « *Cela ne signifie pas que chaque détenu devra nécessairement être libéré à un moment ou à un autre, mais que les programmes et le suivi individuel sont essentiels pour déterminer au cas par cas si une personne peut retourner vivre au sein de la société et à quel moment* ».

⁹⁹⁵ Le CPT a rappelé également aux États que le recours systématique aux menottes et à la fouille à corps des détenus ou encore l'utilisation de chiens à l'intérieur des zones de détention, sont inacceptables.

prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants a constaté que les conditions dans lesquelles étaient détenus les condamnés à perpétuité variaient fortement d'un pays à l'autre, et même bien souvent d'un établissement à un autre. « *Dans de nombreux pays, les condamnés à perpétuité étaient habituellement détenus avec d'autres condamnés et bénéficiaient des mêmes droits, en termes d'emploi, d'activités éducatives et de loisirs, et de contacts avec le monde extérieur. Cependant, dans un certain nombre de pays comme l'Arménie, l'Azerbaïdjan, la Bulgarie, la Géorgie, la Lettonie, la République de Moldova, la Roumanie, la Fédération de Russie, la Turquie⁹⁹⁶ et l'Ukraine, les condamnés à perpétuité étaient en règle générale détenus séparément des autres condamnés* ». Le constat est alarmant pour certains États car les condamnés à perpétuité étaient parfois enfermés dans leur cellule pendant vingt-trois heures sur les vingt-quatre heures composant une journée. Ils n'étaient ainsi pas autorisés à rencontrer les détenus des autres cellules ni à participer à des activités. À contrario, le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants a constaté que certains États ont amélioré les conditions de détention des condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité en leur proposant des activités motivantes et davantage de contacts avec les autres détenus. Le Comité a pu conclure « *qu'il reste encore beaucoup à faire pour que la situation puisse être considérée comme satisfaisante* »⁹⁹⁷.

172. Le rôle préventif du Comité de prévention de la torture est complété par le rôle que joue la Cour européenne des droits de l'homme. Ce qui implique que tous deux afin de conclure au fait qu'il y ait des procédés inhumains, doivent constater de manière casuistique ces atteintes et en faire une appréciation. Si la Cour européenne des droits de l'homme « *évite l'écueil d'une lecture globalisante en octroyant un effet utile à chacune de ces notions* »⁹⁹⁸, elle ne se justifie pas toujours sur les différents critères qui président son choix de qualification. Elle a par exemple qualifié de traitements inhumains et dégradants l'usage abusif des menottes⁹⁹⁹. Où se place-t-elle pour évaluer le seuil de gravité ? Elle établit une qualification au cas par cas. Le Comité de prévention pour la torture quant à lui n'a pas à créer de la jurisprudence en interprétant l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il se contente, comme le rappelle le rapport explicatif d'exprimer une

⁹⁹⁶ Seulement pour les détenus condamnés purgeant une peine de réclusion à perpétuité aggravée.

⁹⁹⁷ En 2014, il y avait environ 27 000 condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité dans les États membres du Conseil de l'Europe (selon les statistiques pénales annuelles du Conseil de l'Europe).

⁹⁹⁸ F. SUDRE, « L'économie générale de l'article 3 de la CEDH », *loc. cit.*

⁹⁹⁹ CEDH, 14 nov. 2002, *Mouisel c/ France, préc.*

recommandation. « *Il n'appartient pas au Comité d'assurer des fonctions judiciaires (...) il devra aussi s'abstenir d'exprimer un avis concernant l'interprétation* » de l'article 3 « *que ce soit de manière abstraite ou en rapport avec des cas concrets* ». Il doit toutefois s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui lui sert de fil directeur¹⁰⁰⁰. D'après les décisions rendues par la Cour européenne, en effet la distinction des différents procédés prévus par l'article 3 est souple¹⁰⁰¹. En s'appuyant sur ces jurisprudences européennes, le Comité en fait encore une appréciation différente en fonction des situations auxquelles il est soumis. Il serait ainsi peut-être nécessaire de porter des modifications quant à la terminologie des termes employés dans les textes de la Convention européenne des droits de l'homme afin que les interprétations soient moins casuistiques, mais davantage dynamiques. Le dynamisme de l'appréciation va résulter ainsi de l'interprétation « *évolutive* » des différents procédés, car la Cour européenne se ménage, en quelque sorte, une interprétation qui ne l'enferme pas pour l'avenir. Dès lors, « *les notions de torture, de traitement inhumain ou dégradant se prêtent difficilement à une approche dogmatique. Concepts à contenu éminemment variable, ils postulent outre un minimum de gravité, une certaine démarche empirique* »¹⁰⁰².

Concernant l'appréciation dynamique, il convient de préciser que les constatations du Comité sont fréquemment faites dans le même sens que les décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme. Certains rapports du Comité ont dénoncé des actes inhumains et dégradants tels que la suspension par les pieds, les chocs électriques appliqués sur les parties sensibles du corps, des coups de poing, des gifles, des coups donnés sur la tête à l'aide d'un annuaire téléphonique, des privations de nourriture, des privations de médicaments¹⁰⁰³. Le Comité européen pour la prévention de la torture prend en compte également les conditions de vie des détenus, le surpeuplement, le manque d'installations

¹⁰⁰⁰ Il peut également utiliser d'autres instruments, tels que la Convention de l'ONU contre la torture de 1984, la Convention américaine sur les droits de l'homme de 1969 et la jurisprudence établie par les organes créés par ces instruments.

¹⁰⁰¹ Elle est souple lorsque l'on regarde l'appréciation relative qui en est faite et qui dépend de « *l'ensemble des données de la cause* », et notamment de la nature et du contexte du traitement ou de la peine ainsi que de ses modalités d'exécution, de sa durée, de ses effets physiques ou mentaux mais également parfois du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime ». CEDH, 7 juill. 1989, *Soering c/ Royaume-Uni, préc.*, § 100.

¹⁰⁰² R. ERGEC, « Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Etude sur l'article 15 de la convention européenne des droits de l'homme », RIDC 1989, Vol. 41, n° 3, p. 802.

¹⁰⁰³ Le Comité a classé les États en trois grandes catégories : ceux où il y a peu de risques (Allemagne, Pays-Bas, Luxembourg, ceux où le risque est non négligeable (France, Belgique, Suisse), ceux où le risque est Sérieux (Autriche, Portugal).

sanitaires ou le régime de détention inapproprié¹⁰⁰⁴. Par conséquent, il va au-delà des normes de la Convention européenne des droits de l'homme. Le Comité européen pour la prévention de la torture au détour de ses visites dans les établissements pénitentiaires s'adonne à l'établissement de rapports dont la minutie non négligeable, voire salubre, met en avant des éléments non encore décelables dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La synthèse des paramètres à réévaluer selon les recommandations du Comité de prévention de la torture devrait être incorporée à un instrument juridique européen en vue d'une harmonisation et davantage de prévisibilité. Le traitement réservé aux personnes privées de liberté, délaissé par le mutisme de l'article 3 permet d'entrevoir de nombreuses virtualités.

§ 2. Les virtualités de la garantie des droits

173. L'applicabilité de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme est guidée par les principes dégagés par la jurisprudence. Le « *minimum de gravité* » doit alors être apprécié. Cette appréciation est nécessaire dès lors que « *elle dépend de l'ensemble des circonstances de la cause, et notamment de la nature et du contexte de la peine ainsi que des modalités d'exécution* »¹⁰⁰⁵. De manière générale, la garantie des droits est prédisposée à des « *virtualités* ». Même si le juge européen exige afin que l'article 3 de la Convention s'applique que les traitements allégués atteignent un minimum de gravité, la Cour européenne des droits de l'homme concède aux personnes privées de liberté et qui s'estiment victimes d'une atteinte à leurs droits fondamentaux une présomption de gravité (A). Par ailleurs, le juge européen abaisse le seuil de gravité exigé (B), processus en faveur des détenus.

A. Une présomption de gravité salubre

174. Une position remarquable est prise par la Cour européenne des droits de l'homme en édictant une présomption qui renverse la charge de la preuve. La présomption de gravité permet de faciliter l'applicabilité de l'article 3 de la Convention européenne des droits de

¹⁰⁰⁴ H. FOURTEAU, *L'application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit interne des États membre, op. cit.* L'auteur précise que « *Les fondements sur lesquels repose tout comportement civilisé font éprouver de la répulsion pour les mauvais traitements, même sous des formes modérées* ».

¹⁰⁰⁵ CEDH, 25 avr. 1978, *Tyrer c/ Royaume-Uni, préc.*

l'homme et ainsi de renforcer le caractère absolu de l'article 3 de la Convention. La Cour européenne des droits de l'homme a accordé aux personnes privées de liberté une « *présomption de gravité* »¹⁰⁰⁶. Aussi cela permet d'appliquer ce droit automatiquement au cas d'espèce sans que le juge européen n'ait besoin de se livrer à une appréciation relative des faits qui risquerait d'exclure des situations dans lesquelles il ne serait pas évalué la gravité de la situation. Cela permet d'éviter l'exclusion d'un traitement qui aurait dû être jugé inhumain ou dégradant du champ de protection de la Convention. L'applicabilité de l'article 3 est alors subordonnée à une condition précise en le principe de dignité. En se référant au principe de dignité, la Cour européenne des droits de l'homme octroie une protection conventionnelle privilégiée aux détenus. Le juge européen utilise ce principe afin d'interpréter les différentes situations de privations de liberté et de déterminer si les droits conventionnels ont été garantis. Cette présomption signifie que dès qu'un détenu a été atteint dans sa dignité, il est alors possible pour le juge de constater la violation de l'article 3 de la Convention. Le principe du respect de la dignité humaine constitue « *un motif général de déclenchement de l'article 3* », et de ce fait « *un motif de détermination de la violation de l'article 3* »¹⁰⁰⁷. Par ailleurs, le juge européen conçoit l'atteinte à la dignité comme étant l'usage de la force physique à l'encontre d'une personne privée de liberté. Les personnes vulnérables qui sont caractérisées en l'espèce par les personnes privées de liberté doivent bénéficier d'une plus grande protection. Cette protection accrue se justifie ainsi par le respect de la dignité humaine. Par conséquent, le juge européen peut appliquer de manière automatique l'article 3 aux situations portées à sa connaissance et ainsi contourner la pratique qui consistait antérieurement à réaliser une appréciation relative des faits. Cette appréciation servait à déterminer si les faits allégués par le requérant atteignaient le minimum de gravité exigé. L'octroi par le juge d'une présomption de gravité sur le fondement du respect de la dignité permet de contourner cette exigence prétorienne. L'article 3 de la Convention est alors immédiatement appliqué aux faits¹⁰⁰⁸. Néanmoins, si la protection effective de l'intégrité physique des personnes privées de liberté

¹⁰⁰⁶ CEDH, 27 août 1992, *Tomasi c/ France*, n° 12850/87, Série A, n° 241, RDP, 1993, pp. 33-43, spéc. p. 36, note F. SUDRE ; D. 1993, chron., p. 383 s., obs. J.-F. RENUCCI. Cette expression prétorienne a été utilisée par le Professeur SUDRE concernant les mauvais traitements et le délai raisonnable. Cette présomption de gravité était sous-jacente dans cet arrêt. Elle apparaît de manière explicite dans l'arrêt : CEDH, 4 déc. 1995, *Ribitsch c/ Autriche*, Série A., n° 336, § 38 ; D. 1997, p. 202, obs. J.-F. RENUCCI.

¹⁰⁰⁷ B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention EDH*, La Documentation Française, Monde européen et international, *op. cit.*, p. 282.

¹⁰⁰⁸ « *La privation de liberté et le respect dû à l'intégrité des êtres humains, justifient par conséquent l'éviction de l'appréciation relative des faits au stade de l'applicabilité de l'article 3, et donc justifie l'éviction de l'exigence du minimum de gravité* ». B. BELDA, *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté, contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne de droits de l'homme*, *op. cit.*

est à mettre en corrélation directe avec cette présomption de gravité, cela ne doit pas entraîner une « banalisation » de la garantie reconnue par l'article 3 de la Convention¹⁰⁰⁹. Il doit alors être trouvé par la Cour européenne des droits de l'homme un juste équilibre entre une protection effective des droits des détenus et la garantie d'une crédibilité dans le caractère exceptionnel de la protection offerte par l'article 3.

Par ailleurs, il faut préciser également que pour le juge européen le fait que le requérant soit une personne privée de liberté constitue un motif justifiant une appréciation plus souple des seuils de déclenchement de l'article 3 de la Convention. La Cour européenne des droits de l'homme dès lors conclut à l'existence de « *traitements inhumains et dégradants* » lorsque des actes de violence sont commis sur une personne privée de liberté portant atteinte à sa dignité. Il est alors tout à fait légitime que la protection de l'intégrité des personnes privées de liberté conduise le juge européen à accorder à ces dernières des privilèges compte tenu de la situation particulière dans laquelle elles sont placées, ce qui reviendrait à penser et à conclure qu'il est nécessaire d'assurer la pérennité ainsi que la crédibilité de la protection européenne. Ladite protection est alors caractérisée par le dynamisme dont elle fait preuve.

175. Le but de la présomption de gravité est de contourner l'appréciation relative des faits et dans le même temps cela concourt à renforcer le caractère absolu et intangible de l'article 3 de la Convention en favorisant un renforcement de la protection de l'intégrité physique du détenu. La Cour européenne des droits de l'homme pose alors une autre exigence selon laquelle l'applicabilité automatique de l'article 3 est subordonnée à l'absence de nécessité de la force employée par les autorités sur le détenu qui est la prise en compte d'exigences sécuritaires que les États ont pour obligation de respecter. Il apparaît alors que la condition de la nécessité de la force employée constitue une entrave à l'applicabilité automatique de l'article 3. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme réintroduit une part de relativité au stade de l'applicabilité de l'article 3 en faisant référence à la notion de « *stricte nécessité* ». La Cour doit alors justifier l'usage de la force déployée vis-à-vis du comportement du détenu, ce qui relativise l'appréciation des faits et constitue un obstacle à la

¹⁰⁰⁹ J.-F. RENUCCI, obs. sur l'arrêt CEDH, 4 déc. 1995, *Ribitsch c/ Autriche*, D. 1997, p. 202. L'auteur précise que « *Si a priori la suppression des critères traditionnels d'appréciation des mauvais traitements, notamment le seuil de gravité, peut sembler mieux protéger les libertés, en réalité et à plus long terme, apparaît un risque de banalisation des atteintes à l'article 3 qui peut conduire à une diminution de la protection des libertés fondamentales* ».

présomption de gravité. Dans la mesure où la présomption de gravité serait écartée, en amont une appréciation rigoureuse de la nécessité par le juge européen serait réalisée¹⁰¹⁰.

Cette appréciation relative de l'applicabilité de l'article 3 se justifie par le fait que la Cour européenne des droits de l'homme a des exigences sécuritaires à ne pas négliger et qui s'imposent alors aux autorités en matière de privation de liberté. La légitimité repose essentiellement dans la marge de manœuvre qui est laissée aux autorités dès lors qu'il est prouvé que l'usage de la force est nécessaire proportionnellement au comportement du détenu. L'examen prétorien d'éléments portant sur le litige dont le but est de caractériser la nécessité de la force exercée sur le détenu, révèle le souci du juge européen de sauvegarder un équilibre entre protection de l'intégrité physique du détenu et maintien d'un certain niveau de sécurité au sein des établissements pénitentiaires.

B. Un abaissement du seuil de gravité continu

176. Dans un premier temps, le constat est tel que les États sont confrontés à la rigueur dans l'appréciation des atteintes aux droits fondamentaux. De nombreux griefs¹⁰¹¹, comme démontré précédemment, ont été portés devant la Cour européenne des droits de l'homme tels que les griefs portant sur les conditions matérielles de détention, les griefs portant sur l'incompatibilité de l'état de santé du détenu et son emprisonnement. Ces atteintes aux droits garantis doivent être appréciées avec davantage de rigueur d'après le juge européen. Pour ce faire, il a élargi le champ d'appréciation des atteintes à la Convention européenne. Il a en effet ajouté dans son appréciation des traitements dénués de toute part de subjectivité dans le sens où ces derniers ne résultent pas d'une intention d'humilier ou d'une intention de faire souffrir. Cette appréciation est certes plus rigoureuse, mais elle s'inscrit aussi dans une logique de durcissement de l'appréciation des atteintes aux droits de l'homme.

Plusieurs arrêts permettent de mettre en avant l'abaissement du seuil de gravité par ce durcissement de l'appréciation des atteintes aux droits fondamentaux. Dans l'arrêt *Mouisel c/*

¹⁰¹⁰ CEDH, 12 avr. 2005, *Chamaïev et douze autres c/ Géorgie et Russie*, préc. Cet arrêt constitue un exemple de l'appréciation rigoureuse de la nécessité de la force employée. Il s'agissait en l'espèce de violences perpétrées par les autorités géorgiennes sur des détenus lors d'une procédure d'expulsion vers la Russie. La Cour a accepté l'argument du gouvernement selon lequel « le recours à un groupe de forces spéciales de quinze personnes environ, armés de matraques, était raisonnablement considéré comme nécessaire en vue de la sécurité du personnel de prison et pour éviter la prolifération du désordre de l'échelle de l'établissement ».

¹⁰¹¹ Pour exemple le surpeuplement des établissements pénitentiaires, leur insalubrité ; l'atteinte à l'intimité, au droit à une vie privée.

France¹⁰¹² deux atteintes aux droits garantis ont été relevées. La première concernait l'état de santé du requérant et sa condamnation à quinze ans d'emprisonnement. La seconde concernait les conditions matérielles de détention. La Cour européenne des droits de l'homme a indiqué que : « *la santé de la personne privée de liberté fait désormais partie des facteurs à prendre en compte dans les modalités d'exécution de la peine privative de liberté, notamment en ce qui concerne la durée du maintien en détention* ». Par la suite, un arrêt important a apporté des précisions, l'arrêt *Selmouni c/ France*¹⁰¹³. La Cour a en effet précisé que : « *il s'agit de l'application de l'affirmation de la Cour selon laquelle "le niveau d'exigence" croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques* ». Par ailleurs, dans l'arrêt *Vinter c/ Royaume-Uni*¹⁰¹⁴, la Cour a imposé dans le domaine des peines perpétuelles une autre exigence procédurale étant celle du réexamen périodique dont le principe demeure cependant conventionnel. Par conséquent, il peut être conclu à un abaissement du seuil de déclenchement de l'article 3 de la Convention européenne. Cette évolution n'ayant reçu d'application que dans le contentieux relatif à la privation de liberté dans le milieu pénitentiaire, il convient de se demander s'il ne s'agit pas alors d'accorder une protection privilégiée aux détenus de leurs droits fondamentaux en raison de leur situation de vulnérabilité. Le juge adopte en effet une démarche interprétative particulière lorsqu'il applique les droits fondamentaux aux détenus. Le constat du seuil de gravité abaissé afin de condamner un État pour traitement inhumain ou dégradant implique une redéfinition des concepts qui doit s'avérer être davantage précise.

177. L'article 3 se définit à travers des concepts qui permettent d'abaisser le minimum de gravité nécessaire à l'applicabilité du droit à la dignité. Cette redéfinition permet d'élargir de ce fait le champ d'application de l'article 3. La redéfinition des concepts de traitements inhumains et dégradants permet de redessiner l'effectivité de ces droits et la portée du concept de dignité humaine. Ce même concept est en effet lié à l'article 3 de la Convention

¹⁰¹² CEDH, 14 nov. 2002, *Mouisel c/ France*, préc.

¹⁰¹³ CEDH, Gde Ch., 28 juill. 1999, *Selmouni c/ France*, n° 25803/94, Rec. 1999-V, § 101, RTDH, 2000, p. 123, note P. LAMBERT ; AJDA, 2000, p. 526 s., chron. J.-F. FLAUSS ; D. 2000, p. 31 s., obs. Y. MAYAUD ; D. 2000, p. 179 s., obs. J.-F. RENUCCI ; RSC 1999, p. 891 s., obs. F. MASSIAS ; JCP 1999-II-10193 note F. SUDRE ; RTD Civ. 1999, p. 911, obs. J.-P. MARGUENAUD ; D. 2000, obs. J. THIERRY ; RTDH, 2000, n°41, p.123, obs. P. LAMBERT.

¹⁰¹⁴ CEDH, Gde Ch., 9 juill. 2013, *Vinter et autres c/ Royaume-Uni*, préc.

européenne¹⁰¹⁵. À la lecture et suite à l'étude de la jurisprudence européenne qui traite de la compatibilité des conditions de détention avec les exigences posées par l'article 3 de la Convention, il apparaît que le juge européen mentionne de manière expresse le concept de dignité humaine. En faisant référence de manière fréquente à la dignité humaine, le juge européen fait alors une extension de l'interprétation de l'article 3. En octroyant ainsi une telle place à ce concept, cela permet alors d'accroître la protection offerte aux personnes privées de liberté. Cette démarche contraint alors le juge à redéfinir objectivement ces notions compte tenu du caractère lui-même objectif du principe de respect de la dignité humaine. Il serait alors nécessaire d'insérer ce concept dans la définition même des mauvais traitements ou ajouter un article subséquent à ceux existants dans la Convention européenne indiquant que tous les droits protégés se réfèrent au principe de dignité humaine.

¹⁰¹⁵ F. SUDRE, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la CEDH ? », in *Liber Amicorum M.-A. EISSEN*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 1995, pp. 381-398, spéc. pp. 397-398. L'auteur précise que « *L'intention des auteurs de la convention et l'interprétation du juge convergent sur la nécessaire protection de l'intégrité physique et morale de la personne humaine. Derrière l'énoncé du droit inscrit à l'article 3 de la Convention se profile le principe de respect de la dignité humaine* ».

CHAPITRE 2

LA GAGEURE D'UNE RÉINSERTION SOCIALE

178. Si la peine fige une situation centrée sur un acte, l'exécution des peines en tant que tournée vers l'avenir place l'individu au cœur d'un processus nécessairement évolutif. En 1944, la Commission de réforme pénitentiaire avait dans son programme institué le principe selon lequel « *la peine privative de liberté a pour but essentiel (...) le reclassement social du condamné* »¹⁰¹⁶. Aussi l'exécution de la sanction réalisée en milieu fermé a pour support la sanction pénale comportant la perte de la liberté avec toutes les conséquences entraînées par celle-ci. Au regard de l'influence du but recherché par la peine et du respect nécessaire de la dignité humaine, la privation de liberté est utilisée en tant que moyen de réadaptation sociale du condamné et *a fortiori* de réinsertion sociale du condamné. Si la réinsertion du délinquant ne trouve pas de fondement juridique dans un texte de portée générale du Code pénal français, qui permettrait de préciser qu'elle est la fonction principale de la sanction pénale, il n'en reste pas moins qu'il pourrait être précisé qu'il s'agit d'un objectif de la sanction. L'article 707 alinéa 2 du Code de procédure pénale précise en effet que l'exécution des peines vise « *à (...) l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive* ». De plus, la Règle n° 6 des règles pénitentiaires européennes rappelle que « *chaque détention est gérée de manière à faciliter la réintégration dans la société libre des personnes privées de liberté* »¹⁰¹⁷. Aussi tendre au respect des droits substantiels traduit la gageure d'une réinsertion sociale. Dès lors que la réclusion criminelle à perpétuité consiste en la privation de liberté, encadrée rigoureusement par la Cour européenne des droits de l'homme, son exécution s'est humanisée. L'article 22 de la loi du 24 novembre 2009 a développé le principe

¹⁰¹⁶ Ce principe fut gravé sur le fronton de la prison Saint-Michel de ROME, construite à la fin du XVII^e siècle sur l'initiative du Pape Clément XI : « *Parum est improbos coercere poena, nisi probos efficias disciplina* », B. BOULOC, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., p. 161. V. aussi, D. GENONCEAUX, « Objectifs et finalité de l'emprisonnement », Bull adm. Pénit. Belge, juill-août 1975.

¹⁰¹⁷ La règle n° 6 des règles pénitentiaires européennes « reconnaît *que les détenus, condamnés ou non, retourneront un jour vivre dans la société libre et que la vie en prison doit être organisée de façon à tenir compte de ce fait. Les détenus doivent être maintenus en bonne santé physique et mentale et avoir la possibilité de travailler et d'étudier. Dans le cas des peines de longue durée, cet aspect de la vie en prison doit être soigneusement planifié afin de réduire au minimum les effets néfastes de l'incarcération et de permettre aux détenus d'utiliser au mieux leur temps de détention* ».

selon lequel l'administration pénitentiaire garantit à tout détenu réclusionnaire à perpétuité le respect de sa dignité et de ces droits qui conjointement doivent se conformer aux règles qui assurent l'ordre et la sécurité au sein de la prison, qui dans le même temps lui enjoint la soumission à un régime disciplinaire ferme et rigoureux. De ce fait, il conviendrait de préciser que la peine de réclusion criminelle à perpétuité est une des formes de détention qui conduit le réclusionnaire à une situation d'esseulement. De surcroît, le lien humain risque d'être rompu. Les conséquences seraient négatives dans le sens où la récidive l'emporterait sur la réinsertion. Le travail de réinsertion et de prévention de la récidive est un travail sur le processus de sortie de la délinquance. La Cour européenne des droits de l'homme précise dans le cadre de sa jurisprudence l'importance de la réhabilitation. Ses exigences vont dans le sens d'une réhabilitation qui reconnaît l'autonomie et le libre arbitre du détenu. Aussi afin de lutter efficacement contre un repli sur soi même et de permettre une resocialisation, l'administration pénitentiaire doit veiller au maintien du lien social et du lien humain. Lors de l'exécution de la peine de longue durée, le juge doit proposer lorsque les conditions sont remplies¹⁰¹⁸ des mesures de sûreté et ainsi des mesures de réhabilitation. Ne serait-il pas nécessaire d'attribuer une durée à cette peine ? En permettant au condamné à la réclusion criminelle à perpétuité d'entrevoir le terme de sa sanction, celui-ci se retrouve dans une dynamique d'insertion et de réinsertion tout en lui rendant un peu d'humanité, jusqu'alors peut être découragé par le prononcé de la peine perpétuelle. La réinsertion sociale est-elle assurément permise ? La gageure d'une réinsertion sociale s'exprime par le constat de l'isolement sensoriel et social (section 1) et par la réinsertion malmenée (section 2).

¹⁰¹⁸ V. *supra* n° 31.

Section 1

L'isolement sensoriel et social constaté

179. L'isolement sensoriel et social renvoie à des règles spécifiques édictées pour des détenus particulièrement dangereux. L'isolement carcéral intervient en effet à la demande de l'administration pénitentiaire contre le gré du détenu et à raison de sa dangerosité. De par leur dangerosité, ces derniers étaient placés dans des quartiers ou des établissements de sécurité renforcée¹⁰¹⁹. Désormais, soit sur demande de l'intéressé, soit par mesure de précaution, un détenu peut être placé à l'isolement¹⁰²⁰. Une personne condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité peut se trouver être confrontée lorsque cette dernière exécute sa peine à la solitude. Ce sentiment de solitude en cellule peut se manifester par la contrainte lors d'un isolement cellulaire¹⁰²¹ ou par une forme de protection lors d'un encellulement individuel. Il est donc nécessaire d'encadrer et de lutter contre ce sentiment de solitude qui serait un obstacle à la réinsertion, lequel engageant des circonstances propices au déclin de l'état psychique de l'individu. Par ailleurs, il est important de s'assurer du maintien d'un lien humain et d'un lien affectif envers autrui et avec autrui. Aussi la solitude en cellule est encadrée par les exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme (§ 1), qui veille dans un même temps à la conservation de la multitude en société (§ 2).

§ 1. La solitude en cellule encadrée

180. L'encadrement de la solitude en cellule d'un réclusionnaire à perpétuité est essentiel au regard des exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme. La privation de liberté doit-elle s'accompagner d'un isolement « *plus ou moins* » complet du détenu ? De ce fait, faut-il laisser vivre les condamnés ensemble ou les séparer les uns des autres ? Dans l'hypothèse où ces derniers sont séparés, est-il nécessaire de les isoler complètement le jour et la nuit ou seulement la nuit ? Par conséquent, le condamné de par la très longue peine qu'il exécute peut être amené à subir l'isolement cellulaire, ce qui pourra

¹⁰¹⁹ Ces mesures ont été supprimées en 1982. V. l'exposé de M. SEBIRE à la séance du 8 nov. 1980 de la Société générale des Prisons et obs. du Dr. CHOQUET.

¹⁰²⁰ L'isolement dont il est question peut être sollicité par le détenu lui-même par mesure de protection.

¹⁰²¹ Règle 60.5 des Règles pénitentiaires européennes : « *La mise à l'isolement ne peut être imposée à titre de sanction que dans des cas exceptionnels et pour une période définie et aussi courte que possible* ».

avoir des répercussions sur sa réintégration dans la société. Par ailleurs, il peut également être conduit à faire la demande de la mise à l'isolement. Ce dernier étant confronté à la solitude, il est nécessaire d'encadrer cette situation afin de veiller au respect des droits fondamentaux. La personne condamnée à perpétuité est esseulée, confrontée à un isolement imposé (A) ou protégée par un isolement demandé (B).

A. Un isolement imposé

181. En droit national, la possibilité de placer une personne incarcérée à l'isolement est prévue à l'article R 57-7-62 du Code de procédure pénale¹⁰²². La mise à l'isolement avait fait l'objet d'un décret du 21 mars 2006 qui prévoyait une durée de trois mois maximum avec une possibilité de renouvellement sur décision du chef d'établissement, lequel devait en informer le Directeur régional et le juge de l'application des peines. La loi du 24 novembre 2009 a introduit un article 726-1¹⁰²³ dans le Code de procédure pénale avec possibilité de placer à l'isolement. La personne emprisonnée appréhende cette mesure en tant que contrainte. L'article R 57-4-64 du Code de procédure pénale¹⁰²⁴ précise les modalités

¹⁰²² Art. R 57-7-62 du C. pr. pén. : « La mise à l'isolement d'une personne détenue, par mesure de protection ou de sécurité, qu'elle soit prise d'office ou sur la demande de la personne détenue, ne constitue pas une mesure disciplinaire. La personne détenue placée à l'isolement est seule en cellule. Elle conserve ses droits à l'information, aux visites, à la correspondance écrite et téléphonique, à l'exercice du culte et à l'utilisation de son compte nominatif. Elle ne peut participer aux promenades et activités collectives auxquelles peuvent prétendre les personnes détenues soumises au régime de détention ordinaire, sauf autorisation, pour une activité spécifique, donnée par le chef d'établissement. Toutefois, le chef d'établissement organise, dans toute la mesure du possible et en fonction de la personnalité de la personne détenue, des activités communes aux personnes détenues placées à l'isolement. La personne détenue placée à l'isolement bénéficie d'au moins une heure quotidienne de promenade à l'air libre ».

¹⁰²³ Art. 726-1 du C. pr. pén. : « Toute personne détenue, sauf si elle est mineure, peut être placée par l'autorité administrative, pour une durée maximale de trois mois, à l'isolement par mesure de protection ou de sécurité soit à sa demande, soit d'office. Cette mesure ne peut être renouvelée pour la même durée qu'après un débat contradictoire, au cours duquel la personne concernée, qui peut être assistée de son avocat, présente ses observations orales ou écrites. L'isolement ne peut être prolongé au-delà d'un an qu'après avis de l'autorité judiciaire. Le placement à l'isolement n'affecte pas l'exercice des droits visés à l'article 22 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, sous réserve des aménagements qu'impose la sécurité. Lorsqu'une personne détenue est placée à l'isolement, elle peut saisir le juge des référés en application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Un décret en Conseil d'État détermine les conditions d'application du présent article ».

¹⁰²⁴ Art. R 57-7-64 du C. pr. pén. : « Lorsqu'une décision d'isolement d'office initial ou de prolongation est envisagée, la personne détenue est informée, par écrit, des motifs invoqués par l'administration, du déroulement de la procédure et du délai dont elle dispose pour préparer ses observations. Le délai dont elle dispose ne peut être inférieur à trois heures à partir du moment où elle est mise en mesure de consulter les éléments de la procédure, en présence de son avocat, si elle en fait la demande. Le chef d'établissement peut décider de ne pas communiquer à la personne détenue et à son avocat les informations ou documents en sa possession qui

procédurales à respecter lors d'un placement à l'isolement cellulaire. Ledit isolement qui est une autre modalité de l'incarcération est jugé compatible avec le respect de la dignité humaine¹⁰²⁵. La Cour européenne des droits de l'homme surveille néanmoins que les exigences posées par la Convention soient respectées. La Cour européenne des droits de l'homme estime que l'isolement cellulaire est une mesure d'une particulière gravité, mais elle n'est pas pour autant, en soi, contraire à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la mesure où les conditions sont telles qu'elles ne parviennent pas à la destruction de la personnalité¹⁰²⁶. Le principe est en effet rappelé par le juge européen, ce dernier indiquant : « *l'isolement sensoriel complet combiné à un isolement social total peut détruire la personnalité et constitue une forme de traitement inhumain qui ne saurait se justifier par les exigences de la sécurité ou toute autre raison. En revanche, l'interdiction de contacts avec d'autres détenus pour des raisons de sécurité, de discipline et de protection ne constitue pas en elle-même une forme de peine ou traitement inhumains* »¹⁰²⁷. Une distinction est alors faite avec l'isolement sensoriel et social complet pour lequel il n'est pas nécessaire de rechercher un minimum de gravité tel que prévu à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. La présence d'un minimum de gravité se déduisant des souffrances, et l'isolement sensoriel et social « *relatif* » se caractérisant par une exclusion du détenu de la collectivité carcérale, pour lequel il est exigé qu'un minimum de gravité des souffrances soit caractérisé. La question qui se pose est de savoir si une personne condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité qui subit un isolement sensoriel combiné à un isolement social total ou un isolement relatif peut être confrontée à la destruction de sa personnalité et dans cette

contiennent des éléments pouvant porter atteinte à la sécurité des personnes ou des établissements pénitentiaires. Si la personne détenue ne comprend pas la langue française, les informations sont présentées par l'intermédiaire d'un interprète désigné par le chef d'établissement. Il en est de même de ses observations, si elle n'est pas en mesure de s'exprimer en langue française. Les observations de la personne détenue et, le cas échéant, celles de son avocat sont jointes au dossier de la procédure. Si la personne détenue présente des observations orales, elles font l'objet d'un compte rendu écrit signé par elle. Le chef d'établissement, après avoir recueilli préalablement à sa proposition de prolongation l'avis écrit du médecin intervenant à l'établissement, transmet le dossier de la procédure accompagné de ses observations au directeur interrégional des services pénitentiaires lorsque la décision relève de la compétence de celui-ci ou du ministre de la justice.

La décision est motivée. Elle est notifiée sans délai à la personne détenue par le chef d'établissement ».

¹⁰²⁵ N. GIOVANNINI, « Conclusions : la dignité humaine comme limite au pouvoir de punir » in *La détention en isolement dans les prisons européennes. Les régimes spéciaux de détention en Italie et en Espagne et les mesures administratives en France et au Royaume-Uni*, M. ZINGONI-FERNANDEZ et N. GIOVANNINI (ss la dir.), Bruylant, 2004, p. 176.

¹⁰²⁶ CEDH, 4 fév. 2003, *Van der Ven c/ Pays-Bas, préc.*, § 49 et s.

¹⁰²⁷ CEDH, 8 avr. 2004, *Sadak c/ Turquie*, n° 25142/94, § 45. Dans le même sens, CEDH, Gde Ch., 4 juill. 2006, *Ramirez Sanchez c/ France*, n° 59450/00, § 123, RPDP 2006, p. 881, obs. J.-F. RENUCCI et C. BIRSAN ; JCP 2007-I-106, n°2 obs. F. SUDRE ; v. P. PONCELA, « Le placement à l'isolement des détenus », RTDH, janv. 2007, pp. 248-260 ; JDI 2007, p. 717, obs. E. DELAPLACE.

hypothèse subit une forme de traitement inhumain. Dès lors, il conviendra de s'interroger sur la caractérisation des éléments par les organes du système conventionnel afin d'évaluer ce minimum de gravité.

L'isolement cellulaire a été appréhendé très strictement par la Commission européenne des droits de l'homme. Cette dernière a rappelé les risques encourus suite à un isolement sensoriel et social. « *Sans doute un isolement sensoriel doublé d'un isolement social absolu peut-il aboutir à une destruction de la personnalité ; il constitue ainsi une forme de traitement inhumain que ne sauraient justifier les exigences de sécurité, l'interdiction de torture ou de traitement inhumain inscrit à l'article 3 de la Convention ayant un caractère absolu* »¹⁰²⁸. Néanmoins, la Commission européenne des droits de l'homme ne semble pas encline à conclure que l'isolement sensoriel et social est contraire aux exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰²⁹. Ladite Commission précise que « *il faut tenir compte des conditions particulières, de la rigueur de la mesure, de sa durée, de l'objectif poursuivi et de ses effets sur la personne concernée* »¹⁰³⁰. Toutefois, il convient de préciser que la Cour européenne des droits de l'homme estime qu'un isolement sensoriel complet doublé d'un isolement social total peut détruire la personnalité et constituer une forme de traitement inhumain qui ne saurait se justifier entre autres par des exigences de sécurité. Par ailleurs, lorsque l'isolement est caractérisé par l'interdiction de contacts avec d'autres détenus pour des raisons de sécurité, de discipline ou de protection, ladite interdiction n'est pas constitutive d'une forme de peine ou de traitement inhumains¹⁰³¹. Dans l'hypothèse où le but recherché est la réinsertion, laisser un réclusionnaire à perpétuité à l'isolement peut permettre d'éviter que ce dernier n'élabore un plan d'évasion et que cette tentative de fuite mette en péril le projet de réhabilitation menée par l'administration pénitentiaire. La Cour européenne des droits de l'homme estime en effet qu'il n'y a pas de violation de la Convention européenne des droits de l'homme dans cette hypothèse¹⁰³². Néanmoins, le Comité européen pour la

¹⁰²⁸ Comm. EDH 8 juill. 1978, *Ensslin, Baader et Raspe c/ Allemagne*, 7572/76, DR 14, p. 64, p. 85.

¹⁰²⁹ Comm. EDH, 9 juill. 1981, *Kröcher et Möller c/ Suisse*, 8463/78, 34 DR, p. 3540. Dans cette décision rendue par la Comm. EDH, la situation dénoncée correspondait à un isolement quasi-total, la Commission n'a pas conclu à la violation de l'article 3 car elle a estimé que des raisons de sécurité justifiaient un tel isolement. V. aussi, CEDH, 4 fév. 2003, *Lorse c/ Pays-Bas*, n° 50901/00, § 63 ; D. 2004, p. 1101, obs. J.-P. CÉRÉ ; RSC 2004, p. 448, obs. F. MASSIAS ; JCP 2003-I-160, n°2, obs. F. SUDRE.

¹⁰³⁰ Comm. EDH 9 oct. 1986, *Hauschildt c/ Danemark*, DR 49, p. 86, spéc. p. 116, dans le même sens CEDH, 4 fév. 2003, *Van der Veen c/ Pays-Bas*, §63, *préc.*

¹⁰³¹ CEDH 4 fév. 2003, *Van der Veen c/ Pays-Bas*, §63, *ibid.*

¹⁰³² CEDH 4 fév. 2003, *Lorse c/ Pays-Bas*, *préc.*, §67. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'il n'y avait pas eu de violation de la Convention européenne des droits de l'homme suite à la décision prise par les autorités nationales. Ces dernières avaient évalué le risque d'évasion que représentait le requérant si ce dernier

prévention de la torture a formulé lors d'un précédent rapport en date de 2016¹⁰³³ des conclusions générales selon lesquelles il s'est inquiété du placement trop fréquent de personnes souffrant de psychopathologies en isolement. Aussi, la Cour européenne des droits de l'homme exige que de telles mesures soient prises sans dépassement du seuil de gravité entraînant un traitement inhumain ou dégradant¹⁰³⁴. De ce fait, les conséquences d'un régime d'isolement sur le détenu sont ainsi de nature morale du fait de ce sentiment de solitude¹⁰³⁵. Par conséquent, l'isolement cellulaire peut être qualifié de véritable « *torture blanche* »¹⁰³⁶.

182. Au regard des jurisprudences européennes, il convient de préciser que la Cour européenne des droits de l'homme est sévère par rapport à l'obligation de motivation relative à leur décision d'isolement cellulaire. Il est constant d'appréhender au travers des décisions rendues par ladite Cour que cette dernière rappelle l'impérative nécessité de motiver la décision de manière substantielle. De surcroît cela permet de mettre en place un examen quant à la santé physique et psychique des détenus et de vérifier que leur état peut permettre une mise à l'isolement. Il est important de rappeler que l'examen doit être réalisé tout au long de l'exécution de la peine. Il ne suffit pas de se contenter d'examiner le détenu au début de l'exécution de sa peine et par la suite conclure à un état de santé compatible avec l'isolement cellulaire. Lorsqu'il est fait état de la nécessaire motivation de la décision de placement en isolement, cela signifie que cela doit être justifié très précisément. Pour exemple, « *des détenus qualifiés de dangereux ne doivent pas être soumis à un régime spécial durant plusieurs années et il est impératif de rechercher s'il existe des raisons concrètes de prolonger l'application du régime* »¹⁰³⁷. Aussi, il appartient au juge européen d'examiner les

était emprisonné dans un bâtiment dont les mesures de sécurité étaient moins strictes. Aussi si ce dernier s'évadait, il représentait un risque trop important de récidive d'infractions les plus graves au regard de la société.

¹⁰³³ Nations-Unies, *Comité contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, distrib. Générale, 10 juin 2016, CATR/C/FRA/CO/7 ; J.-P. CÉRÉ et M. HERZOG-EVANS, « Exécution des peines », D. 2017, p. 1274.

¹⁰³⁴ CEDH, 20 janv. 2011, *Payet c/ France*, n° 19606/08, D. Actu. p. 380, obs S. LAVRIC ; AJ pénal 2011, p. 88, obs. M. HERZOG-EVANS ; D. 2011, Jur., p. 643, note J.-P. MARGUENAUD ; JCP G 2011, Act. 184, obs. B. PASTRE-BELDA ; Gaz. Pal., 2011, p. 891, note E. SENNA ; Procédures 2011, comm. 94, obs. N. FRICERO ; Dr. pén. 2012, n° 4 chron. 3, comm. 8, obs. E. DREYER ; D. 2011, jur. p. 643, note J.-P. CÉRÉ ; JCP 2011, 914 p. 1510, n° 17, obs. F. SUDRE ; RSC 2012, p. 211, obs. P. PONCELA.

¹⁰³⁵ M. HERZOG-EVANS, « Sanctions pénitentiaires : deux décrets ambivalents », D. 2006, n° 18, pp. 1196-1199, spéc. p. 1197. L'auteur précise que « *L'être humain ne supporte ni une promiscuité importante ni une solitude durable. Les effets psychiques, voire psychiatriques, de l'isolement consistent en des pertes de repères circadiens, des troubles de l'équilibre, de la concentration, de l'élocution. Ils peuvent déclencher de graves décompensation psychiatriques* ».

¹⁰³⁶ P. PONCELA, « Le placement à l'isolement des détenus », RTDH, janv. 2007, p. 247., spéc. p. 248.

¹⁰³⁷ CEDH, 9 juill. 2009, *Khider c/ France*, n° 39364/05, D. 2009, Jur., p. 2462, note M. HERZOG-EVANS ; D.

éléments conventionnels afin d'apprécier le minimum de gravité requis pour justifier une condamnation d'un État. Les souffrances morales issues de l'isolement cellulaire présentent alors un caractère déterminant lors de l'appréciation du seuil de gravité des souffrances. Le juge européen ne met pas de côté toutefois l'impératif de sécurité et l'objectif visé par les autorités pénitentiaires lors de son appréciation. De ce fait, les régimes de détention dérogatoire « *semblent marqués par l'absence de logiques resocialisantes et rétributives* ». Ce régime dérogatoire tiendrait au contraire « *essentiellement au souci de réaliser l'impératif de sécurité qui construirait, de la sorte, la clef de voûte des objectifs carcéraux* »¹⁰³⁸. Par conséquent, au regard des souffrances morales résultant de l'isolement cellulaire, il convient de concilier les objectifs sécuritaires avec le respect de l'intégrité morale du détenu. Au regard de l'arrêt rendu par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme *Ramirez Sanchez c/ France*¹⁰³⁹, la question de l'isolement cellulaire est restée délicate au regard de la durée du maintien en détention à l'isolement pour un réclusionnaire à perpétuité. Cet arrêt est représentatif de la recherche constante et légitime d'un « *équilibre entre les considérations de sécurité et l'affliction qui découle pour le détenu d'un régime d'isolement* »¹⁰⁴⁰. Le requérant, mis en examen pour des actes terroristes et condamné à la réclusion à perpétuité pour le meurtre de trois policiers, se plaignait que son isolement pendant huit années consécutives constituait un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 de la Convention. La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme en examinant les conditions de détention au regard des conditions matérielles et de la nature de l'isolement ainsi que de la durée de l'isolement et ses effets sur la santé du détenu, mais également en accordant une importance toute particulière au contexte de la lutte antiterroriste et au caractère particulièrement dangereux du requérant et à sa personnalité, a conclu que le seuil minimum de gravité requis par l'article 3 n'était pas atteint. Par conséquent, il peut être déduit que les juges européens rappellent et précisent qu'il est nécessaire que des solutions alternatives à l'isolement doivent être trouvées pour les individus considérés comme dangereux et pour

2009, Pan., p. 2825, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE ; D. 2010, Pan., p. 1378, obs. J.-P. CÉRÉ ; Procédures, n° 12, déc. 2009, étude 11, note A. TOURÉ, AJ Pénal 2009, p. 372 s., obs. M. HERZOG-EVANS, D. Actu. 2 sept. 2009, obs. S. LAVRIC, Gaz. Pal., 29 oct. 2009, n° 302, p. 20 s., note J.-F. RENUCCI, JCP G 2010, obs. F. SUDRE ; RSC 2010, p. 225 obs. J.-P. et p. 645 obs. P. PONCELA ; RDP 2010, p. 864, obs. M. LEVINET ; Dr. pén. 2010, n° 4, chron. n° 3, obs. E. DREYER ; RFDA 2010, p. 587, obs. H. LABAYLE, F. SUDRE, J. ANDRIANTSIMBAZONIVA et L. SERMET. V. aussi CEDH, 17 avr. 2012, *Piechovicz c/ Pologne*, n° 20071/07, cité par J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme, op. cit.*, p. 148.

¹⁰³⁸ N. GIOVANNINI, « La dignité humaine comme limite au pouvoir de punir », in *La détention en isolement dans les prisons européennes, loc. cit.*, spéc. p. 178.

¹⁰³⁹ Gd. Ch. CEDH, 4 juill. 2006, *Ramirez Sanchez c/ France, préc.*

¹⁰⁴⁰ M. HERZOG-EVANS, « Sanctions pénitentiaires : deux décrets ambivalents », *loc. cit.*, spéc. p. 1197.

lesquels l'exécution de leur peine dans un établissement ordinaire et dans des conditions normales est inappropriée.

Le juge européen a réalisé une conciliation entre le respect des droits fondamentaux posé par les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme et le maintien de la sécurité. Aussi, l'interrogation suscitée repose sur le raisonnement du juge européen au regard de l'appréciation faite par ce dernier en ce qui concerne « *la conventionnalité* » d'un régime d'isolement caractérisé par une durée excessive. Le seuil de gravité exigé au titre de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est-il pas trop élevé, rendant son applicabilité improbable ? L'arrêt *Ramirez-Sanchez c/ France* a été l'occasion pour certains juges de s'élever contre la décision rendue à la majorité. Les juges dissidents ont mis en avant le fait qu'une multiplicité d'éléments ont été pris en compte par leurs confrères pour constater l'absence du seuil de gravité alors que selon eux la durée excessive de l'isolement aurait dû en elle-même être considérée comme contraire aux exigences prévues dans la Convention européenne des droits de l'homme. Ils estimaient que « *le requérant peut se sentir bien, mais la question de savoir si une personne a fait l'objet de traitement inhumain ou dégradant ne peut être décidée seulement en référence à ce que la victime d'un tel traitement ressent au moment même : elle doit l'être également sur la base de ce qui peut objectivement être considéré comme contraire aux standards minimum acceptables d'un traitement conforme à la dignité humaine* »¹⁰⁴¹. Dans ladite affaire, le profil de « *l'intéressé* » avait déjà été¹⁰⁴² déterminant quant au choix de cet isolement. L'isolement en France pour une durée de huit ans n'avait pas été jugé contraire aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme, les prolongations avaient été motivées par des « *éléments objectifs de dangerosité au regard de la nature de ses affaires judiciaires* » et de « *la personnalité de ce détenu classé détenu particulièrement dangereux* »¹⁰⁴³, notamment en raison de « *la nature et de la durée de la peine qu'il encourt* ». De ce fait, les décisions de prolongation d'un isolement qui dure

¹⁰⁴¹ Opinion dissidente jointe à l'arrêt de la CEDH, 27 janv. 2005, *Ramirez Sanchez c/ France*, n° 59450/00, AJDA 2005, p. 1388, note D. COSTA ; D. 2005, jur., p. 1272, note J.-P. CÉRÉ ; JCP 2005 - I- 159, n° 4, obs. F. SUDRE.

¹⁰⁴² CEDH, 27 janv. 2005, *Ramirez Sanchez c/ France*, préc.

¹⁰⁴³ Dans cette affaire, il avait été fait référence à « *l'emprise qu'il est susceptible d'avoir sur les codétenus et des risques d'évasion en raison d'une aide potentielle importante* ». Dans ces conditions, en l'absence de mesure « *d'isolement sensoriel complet ou en isolement social total* », la durée de cette mesure n'a pas été jugée contraire au respect de la dignité humaine. Dans le même sens, v. CEDH, 10 nov. 2005, *Argenti c/ Italie*, n° 56317/00. Dans cette affaire, une durée d'isolement ayant atteint douze ans n'a pas davantage été jugée attentatoire au respect de la dignité humaine dans la mesure où le maintien du requérant en régime spécial de détention, comportant notamment « *l'interdiction de contacts téléphoniques, d'entretiens ou de correspondances avec les autres détenus, d'entrevues avec les tiers et la limitation des visites de la famille à une heure par mois* », a été approuvé par la CEDH.

devraient être motivées de manière substantielle et les autorités devraient procéder à un examen évolutif des circonstances. À cet égard, il conviendrait de penser que l'isolement cellulaire peut toujours être déclaré conforme au respect de la dignité humaine compte tenu du caractère flou des critères requis pour que cette modalité d'incarcération rentre dans le champ d'application de l'article 3. En ce sens, « *la mise en avant de la gravité de l'infraction et de la dangerosité de la personne privée de liberté permet donc toujours de mettre en place des standards de détention extrêmement rigoureux* »¹⁰⁴⁴. Ces décisions manquent alors de clarté puisque la violation de l'article 3 est variable selon la plus ou moins grande dangerosité¹⁰⁴⁵. Aussi, certains traitements sont par conséquent contraires à la Convention et ne nécessitent aucun facteur supplémentaire pour emporter violation de l'article 3. Le juge européen apprécie alors la durée de l'isolement « *en la combinant avec les conditions matérielles et psychologiques de l'isolement* »¹⁰⁴⁶. Il conviendra alors de mettre en évidence le fait qu'une durée excessive de mise en isolement cellulaire peut elle-même poser des difficultés au regard des exigences posées par la Convention européenne des droits de l'homme dans le sens où la durée n'est pas limitée. Aussi un réclusionnaire à perpétuité est confronté à une exécution de la peine indéterminée, mais ne faudrait-il pas que la mise à l'isolement soit pourvue d'une limite quant à la durée ? En droit national et européen, cela avait été jugé « *en retrait* » par rapport à celle du Comité européen de prévention¹⁰⁴⁷, ou de la Commission nationale consultative des droits de l'homme. La fixation d'une durée limitée et raisonnable serait davantage conforme aux exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme. En droit français a été adopté en 2006 un décret¹⁰⁴⁸ relatif à l'isolement des détenus en encadrant

¹⁰⁴⁴ J.-M. LARRALDE, « L'article 3 de la CEDH et les personnes privées de liberté », *loc. cit.* V. également dans ce sens : R. ERGEC, « Les libertés fondamentales et le maintien de l'ordre dans une société démocratique : un équilibre délicat », in *Maintien de l'ordre et droits de l'homme*, R. ERGEC (ss la dir.), Centre universitaire de droit public, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 14, n° 21. L'auteur précise que « *Des terroristes jugés dangereux ont vainement essayé d'incriminer les régimes de détention draconiens dont ils étaient l'objet, bien que ces régimes se révèlent inconciliables avec les exigences de l'article 3* ».

¹⁰⁴⁵ R. ERGEC, « Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles, Etude sur l'article 15 de la convention européenne des droits de l'homme », *loc. cit.*

¹⁰⁴⁶ P. PONCELA, « L'isolement carcéral sous le contrôle des juridictions administratives et de la Cour européenne des droits de l'homme », RSC 2005, pp. 390-397, spéc. p. 395.

¹⁰⁴⁷ M. MOLINIER-DUBOST, « Le point sur la compatibilité du placement à l'isolement des détenus avec l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », AJ pénal 2007, pp. 160-163. V. en particulier CPT rapport sur la visite effectuée en France du 14 mai 2000 au 26 mai 2000 CPT/Inf (2001) 10, pp. 52-54.

¹⁰⁴⁸ Décret n° 2006-338 du 21 mars 2006 relatif à l'isolement des détenus, JO du 23 mars 2006. Le décret encadre strictement la durée du placement en isolement initial prononcé par le chef d'établissement, tout en laissant une imprécision, et cela est regrettable, sur la durée d'un éventuel renouvellement prononcé par le directeur régional ou le ministre de la justice. M. HERZOG-EVANS, « Sanctions pénitentiaires : deux décrets ambivalents », *loc. cit.*, p. 1197. Selon l'auteur, « *les recommandations formulées par le Comité européen pour la prévention de la torture sont une fois de "plus balayées"* ».

la durée du placement en isolement dans le respect d'une durée raisonnable, toutefois un terme précis n'est toujours pas prévu dans la législation. À cet égard, le Conseil d'État¹⁰⁴⁹ a adressé aux autorités une recommandation en précisant que « *une mesure d'isolement pourrait (...) en raison de ses circonstances et de sa durée porter atteinte aux objectifs d'insertion et de réinsertion attachés aux peines subies par les détenus tel que fixé par l'alinéa 3 de l'article 10 du pacte international (...) et par l'alinéa 2 de l'article 707 du Code de procédure pénale* ». La Cour européenne ne se prive pas de rappeler dans ses arrêts les règles pénitentiaires¹⁰⁵⁰, enjoignant aux États à ne recourir qu'exceptionnellement et avec beaucoup de précautions à ce type de traitement qui représente « *un emprisonnement dans la prison* ». Il est impératif de veiller également au respect de la vie privée et familiale lors d'un placement à l'isolement. Les juges de Strasbourg rappellent qu'il « *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 (...), ou à la protection des droits et libertés d'autrui* »¹⁰⁵¹. Par conséquent, les autorités judiciaires doivent faire preuve de circonspection lors de la mise en place d'un isolement cellulaire. Dans le cadre de la réclusion

¹⁰⁴⁹ CE, 31 oct. 2008, Section française de l'OIP, n° 293785, concl. M. GUYAMAR, RFDA 2009, 1, p. 73, note M. HERZOG-EVANS ; D. 2009, p. 134, chron. E. GEFFRAY et S.-J. LIEBER.

¹⁰⁵⁰ V. Recommandation Rec 2003 (23) concernant la gestion pour les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée, la Recommandation Rec 2006 (22) sur les Règles pénitentiaires européennes. V. Point 53.1 des Règles.

¹⁰⁵¹ High Court of Justice, Queen's Bench Division, Administrative Court, The Queen ((on the application of Joanne Dennehy) and Secretary of State for Justice and Sodexo Limited, 26 mai 2016, (2016) EWHC 1219 (Admin.)). Cette espèce traite de l'isolement en droit anglais d'une détenue à raison de son exceptionnelle dangerosité par rapport au reste des personnes incarcérées. « *M^{me} Joanne D., condamnée à perpétuité en 2014 sans possibilité de libération conditionnelle pour avoir commis une série d'homicides particulièrement sanguinaires, et détenue dans l'un des établissements entièrement privés gérés par la multinationale française Sodexo, avait été placée en isolement quelques mois après le début de sa détention provisoire de septembre 2013 à septembre 2015. Diverses évaluations de l'intéressée avaient montré que son état mental ne s'était pas détérioré du fait de cette mesure, en dépit du fait qu'elle souffrait dès avant son incarcération d'une comorbidité psychopathologique dont, en particulier, une psychopathie. Par ailleurs, elle pouvait recevoir des visites, se rendre à la bibliothèque et devait même se voir confier un emploi au service général en novembre 2013 ; une situation impensable en France. Elle devait par la suite être réintégrée en détention de droit commun dans le cadre d'un plan de réintégration structuré comportant plusieurs phases. La Cour a examiné ensuite les griefs relatifs notamment à la violation des articles 3, 8, et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Sur l'article 8, elle a longuement étudié l'ensemble de la jurisprudence européenne comme nationale. Si la Cour a retenu la violation, c'est uniquement en raison du fait que la loi interne elle-même avait été violée, dès lors que l'article 8, § 2, requiert que toute violation soit conforme à la loi nationale. En revanche, la Cour a estimé qu'en raison de la très forte dangerosité de l'intéressée, l'isolement était légitime et proportionné ; ce, au demeurant, tant au regard du droit européen qu'au regard du droit interne. Il n'y avait en effet nulle intention d'humilier ou de rabaisser M^{me} D., ou de briser sa résistance* ». V. notamment, J.-P. CÉRÉ et M. HERZOG-EVANS, « Exécution des peines », *loc. cit.*

à perpétuité, le raisonnement du juge européen, lorsque ce dernier est confronté à un placement à l'isolement cellulaire, est basé sur la prise en compte du caractère spécifique des souffrances¹⁰⁵² découlant de l'isolement et concomitamment ce dernier ne fait pas l'impasse sur les exigences sécuritaires inhérentes au contexte de privation de liberté pour une longue durée. Aussi, il conviendra d'apprécier qu'un réclusionnaire à perpétuité peut bénéficier d'un encellulement individuel à titre de protection.

B. Un isolement demandé

183. L'isolement peut être prononcé à titre de sécurité,¹⁰⁵³ mais également à titre de protection. Différents régimes d'emprisonnement ont été conçus, tels que le *régime cellulaire pennsylvanien*, *l'emprisonnement en commun* qui s'opposaient tous deux, des régimes mixtes tels que le *régime auburnien*, le *régime progressif*¹⁰⁵⁴. Aussi pour rappel, il sera fait état uniquement du *régime auburnien*¹⁰⁵⁵ dans la mesure où celui-ci comporte un isolement de nuit, mais comporte également la vie en commun pendant la journée¹⁰⁵⁶. Ce type de régime n'enlevait pas l'habitude de vivre en société au détenu. Cela permettait alors de conserver l'habitude de vivre en société et une meilleure réintégration sociale. En raison de la loi du silence¹⁰⁵⁷ qui devait être respectée, ce régime n'a pas été mis en place au sein des établissements pénitentiaires¹⁰⁵⁸. À ce jour, l'article 717-2 du Code de procédure pénale¹⁰⁵⁹ prévoit la possibilité pour une personne exécutant sa peine dans un établissement pénitentiaire de faire la demande d'un encellulement individuel. Le Décret n° 2010-1635 du 23 décembre

¹⁰⁵² En l'occurrence, il peut être fait état de souffrances morales liées à la solitude. Par ailleurs, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans sa jurisprudence relative à l'isolement des personnes privées de liberté, insiste également sur les souffrances mentales. Par exemple, CIADH, 25 mars 2005, *García Asto y Ramírez Rojas c/ Pérou*, § 229, Série C, n° 137 ; H. TIGROUDJA, « Chronique des décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », RTDH 2006, pp. 277-326, spéc. p. 300.

¹⁰⁵³ V. *supra* n° 181 et 182.

¹⁰⁵⁴ V. au sujet de ces différents régimes : B. BOULOC, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, pp.162-166.

¹⁰⁵⁵ Ce régime a été appelé ainsi car il a été organisé pour la première fois dans l'État de New York en 1816 dans la prison d'Auburn.

¹⁰⁵⁶ La vie en commun concerne le travail, les repas, les exercices physiques. La caractéristique de ce régime repose sur le silence. En effet, le condamné est matériellement isolé la nuit mais ne l'est que moralement la journée car il vit et travaille avec les autres condamnés mais il doit respecter le silence.

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*

¹⁰⁵⁸ B. BOULOC, « Droit de l'exécution des peines », *op. cit.*, p. 166.

¹⁰⁵⁹ Art. 717-2 du C. pr. pén. : « Les condamnés sont soumis dans les maisons d'arrêt à l'emprisonnement individuel du jour et de nuit, et dans les établissements pour peines, à l'isolement de nuit seulement, après avoir subi éventuellement une période d'observation en cellule.

Il ne peut être dérogé à ce principe que si les intéressés en font la demande ou si leur personnalité justifie que, dans leur intérêt, ils ne soient pas laissés seuls, ou en raison des nécessités d'organisation du travail ».

2010¹⁰⁶⁰ fait état de directives permettant une réinsertion progressive du condamné. Les condamnés aux peines les plus lourdes sont « *mieux détenus* » que les autres, en cellule individuelle, avec un régime progressif¹⁰⁶¹. Ainsi, à l'exclusion de la loi du silence, le régime appliqué aux condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité se rapproche du régime auburnien dans la mesure où il est prévu un encellulement individuel pendant la nuit et le travail en commun en journée. En raison de la personnalité du condamné, il peut être dérogé au principe de l'encellulement individuel à la demande de la personne intéressée. De surcroît, ce placement à l'isolement peut donc être demandé. Par conséquent, il s'agit d'un principe et non d'un droit. À ce titre, la Cour européenne des droits de l'homme peut veiller au respect des conditions de détention, mais ne peut pas intervenir quant à la décision du condamné de demander un encellulement individuel. Par ailleurs, elle peut être amenée à répondre à la question selon laquelle un détournement de procédure aurait été réalisé par un État dans le sens où celui-ci aurait placé à l'isolement un condamné plutôt qu'en cellule disciplinaire. Le placement à l'isolement lorsqu'il est demandé est une mesure de protection individuelle. Le détenu « *conserve ses droits*¹⁰⁶² *à l'information, aux visites, à la correspondance, écrite et téléphonique, à l'exercice du culte et à l'utilisation de son compte nominatif* »¹⁰⁶³. Ce choix d'être placé à l'isolement implique un retrait du détenu de la vie collective et donc une séparation avec les autres détenus.

¹⁰⁶⁰ Le décret n° 2010-1635 du 23 déc. 2010 apporte quelques précisions concernant l'encellulement individuel. L'art. D. 93 prévoit : « *Lorsque le régime de l'encellulement individuel n'est pas appliqué, il appartient au chef d'établissement de séparer :*

1° Les prévenus des condamnés ;

2° Les personnes détenues devenues majeures en détention et âgées de moins de vingt et un ans des autres personnes détenues majeures ;

3° Les personnes détenues n'ayant pas subi antérieurement de peine privative de liberté de celles ayant déjà subi des incarcérations multiples ;

4° Les personnes condamnées à la contrainte judiciaire des autres personnes détenues. Il peut être dérogé aux principes posés aux 2° à 4°, à titre exceptionnel, si la personnalité des personnes détenues le justifie ».

L'art. D. 94 prévoit : « *Lorsqu'il suspend l'encellulement individuel d'une personne détenue en raison de sa personnalité, le chef de l'établissement en informe sans délai le directeur interrégional, ainsi que le juge de l'application des peines s'agissant des personnes condamnées et le magistrat saisi du dossier de la procédure s'agissant des personnes prévenues* ». L'art. D. 95 prévoit : « *La règle de l'encellulement individuel ne fait pas obstacle à ce que, pendant la journée, les personnes détenues soient réunies pour le travail, les activités physiques et sportives, l'enseignement, la formation professionnelle ou les activités religieuses, culturelles ou de loisirs* ».

¹⁰⁶¹ A. BLANC, « Les longues peines, ou le risque de l'oubli », AJ pénal 2015, p. 284.

¹⁰⁶² Art. R. 57-7-62 du C. pr. pén.

¹⁰⁶³ V. *supra* n° 181.

184. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté¹⁰⁶⁴ a examiné la question de l'équilibre entre respect des droits fondamentaux et exigences de sécurité en constatant qu'elle se résout le plus souvent au bénéfice des dernières¹⁰⁶⁵. Il rappelle le régime de l'isolement lorsqu'il s'agit d'un encellulement individuel. Ce dernier précise que : « *il vise à offrir, à chaque personne incarcérée, un espace où elle se trouve protégée d'autrui et où elle peut donc ainsi préserver son intimité et se soustraire, dans cette surface, aux violences et aux menaces des rapports sociaux en prison. En permettant à chacun de se livrer aux activités (autorisées) qu'il a choisi d'étudier, de réfléchir, de se prendre en charge, l'encellulement individuel n'est plus condition de l'application de la punition elle-même, mais plutôt, par la préservation de la personnalité de chacun, garantie de la réinsertion ultérieure. Comme tel, il concourt au caractère effectif des droits fondamentaux* »¹⁰⁶⁶. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté indique également que « *cette manière de faire doit aussi permettre de redonner un sens plus restreint à l'usage du quartier d'isolement des établissements : il ne doit être utilisé que pour les personnes dont le chef d'établissement estime qu'elles font courir des risques au personnel ou aux codétenus et non simultanément, comme aujourd'hui, aux personnes qui demandent à être protégées des autres, ce qui aboutit à donner à ces quartiers un caractère hybride inapproprié* »¹⁰⁶⁷. À cet égard, il semblerait que l'isolement devrait être prévu uniquement pour les détenus dangereux et non pas pour ceux qui le demandent. Toutefois, l'administration pénitentiaire doit assurer à chaque personne une protection effective de son intégrité physique, en tous lieux collectifs et individuels.

À cet égard, l'encellulement individuel¹⁰⁶⁸ est requis pour chaque condamné, mais en pratique est difficilement applicable¹⁰⁶⁹. Le projet de loi de finances rectificative pour 2014 en France a prévu un moratoire sur l'encellulement individuel jusqu'au 31 décembre 2019¹⁰⁷⁰ devant permettre de lutter contre la surpopulation carcérale¹⁰⁷¹. De ce fait, cela permettrait de

¹⁰⁶⁴ J.-P. CÉRÉ, « L'institution d'un Contrôleur général des lieux de privation de liberté par la loi du 30 octobre 2007 : remarques sur un accouchement difficile », AJ pénal 2007, p. 525.

¹⁰⁶⁵ E. SENNA, « Septième année au CGLPL : un combat sans fin pour la dignité », *loc. cit.*

¹⁰⁶⁶ Avis du 24 mars 2014 du Contrôleur général des lieux de privation de liberté relatif à l'encellulement individuel dans les établissements pénitentiaires (NOR : CPLX1408488V - JO, 23 avril 2014).

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*

¹⁰⁶⁸ V. *supra* n° 164

¹⁰⁶⁹ C. FLEURIOT, « L'interminable moratoire sur l'encellulement individuel », D. Actu. 21 oct. 2014.

¹⁰⁷⁰ C. FLEURIOT, « Les députés votent un moratoire sur l'encellulement individuel jusque fin 2019 », D. Actu. 10 déc. 2014. L'auteur précise que « *le moratoire sur l'encellulement individuel s'est terminé le 25 novembre 2014. Fin octobre, les députés avaient demandé au gouvernement de retirer l'amendement prévoyant un nouveau moratoire et la mise en place d'une mission chargée de présenter des propositions pour accompagner l'adoption d'un tel moratoire* ».

¹⁰⁷¹ V. *supra* n° 163.

répondre aux sollicitations des condamnés quant à la possibilité d'être isolé et ainsi de respecter les conditions de détention des détenus à de longues peines.

§ 2. La multitude en société conservée

185. Être conscient de la nécessité de traiter différemment les détenus frappés d'une longue peine fait partie des considérations prévues au sein des textes internationaux. Le Comité européen pour la prévention de la torture exprime son inquiétude quant aux effets désocialisant que peuvent entraîner les longues peines sur les individus et les problèmes psychologiques qu'elles engendrent en précisant qu'ils peuvent être amenés à se détacher de la société. Le lien humain risque d'être rompu et entraîner une désocialisation croissante. Les garanties protectrices du lien social et affectif ne peuvent qu'être imparfaitement assurées en milieu carcéral. Pour pallier à ces difficultés, les détenus doivent avoir accès à un large éventail d'activités motivantes et variées à vocation professionnelle et leur permettant d'avoir des liens avec les autres détenus¹⁰⁷². Il doit leur être également permis d'éviter la rupture avec les liens familiaux. Le suivi est essentiel afin de préparer la future libération. Par conséquent, il est fondamental de donner un sens à l'incarcération en développant le lien social (A) et en maintenant le lien affectif (B) et de surcroît lorsqu'il s'agit de longues peines.

A. Un développement du lien social

186. Le lien social avant même que le détenu ne soit incarcéré est très souvent déjà altéré¹⁰⁷³. Il est nécessaire ainsi pour les établissements pénitentiaires de mettre en œuvre certains dispositifs et de faire respecter les conditions d'incarcération permettant de ne pas porter atteinte au lien social. Le lien entre le détenu et l'environnement dans lequel il évolue doit se renforcer dans la mesure où ce dernier doit être préparé à sa réintégration au sein de la

¹⁰⁷² Il est important de développer des relations physiques, intellectuelles et émotionnelles.

¹⁰⁷³ Le Comité national consultatif des droits de l'homme précise : « *avant l'arrivée en prison, une majorité de détenus est déjà en situation de précarité ou de grande pauvreté et d'exclusion, en termes de revenus, de santé, de logement, de formation, de travail, de vie familiale, de participation à la vie sociale et culturelle* », in « *Etude sur les droits de l'homme en prison, Propositions* », CNCDH adoptée par l'assemblée plénière du 11 mars 2014. V. aussi : Art. 151 de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions : « *les personnels de l'administration pénitentiaire et les intervenants extérieurs doivent être formés à cette connaissance, à l'écoute et au dialogue avec les plus démunis. La période d'incarcération ne doit plus aboutir à l'aggravation des situations de précarité ou de grande pauvreté non seulement des détenus mais aussi de leurs familles* ».

société. Pour ce faire, il est indispensable que ce dernier ait accès au travail. L'article 717-3 du Code de procédure pénale prévoit que « *les activités de travail et de formation professionnelle soient prises en compte pour l'appréciation des gages de réinsertion et de bonne conduite des condamnés. Au sein des établissements pénitentiaires, toutes dispositions sont prises pour assurer une activité professionnelle aux personnes incarcérées qui le souhaitent* »¹⁰⁷⁴. Le législateur propose aux détenus de travailler¹⁰⁷⁵ parce que selon lui le travail revêt un aspect afflictif qui a disparu progressivement¹⁰⁷⁶, un aspect humanitaire, un aspect rééducatif et un aspect réadaptateur sont privilégiés. L'article 4 de la Convention européenne des droits de l'homme précise qu'est autorisée la contrainte au travail pour un détenu, qui se trouve au titre de condamné dans une institution pénitentiaire¹⁰⁷⁷. De plus, la Règle n° 6 issue des Règles pénitentiaires européennes¹⁰⁷⁸ précise dans le cadre de longues peines, l'importance octroyée à la planification de la possibilité de travailler et d'étudier pour les détenus permettant de réduire au minimum les effets néfastes de l'incarcération. Il convient de préciser que des personnes emprisonnées inactives peuvent tomber dans un cercle

¹⁰⁷⁴ Art. D. 490 du C. pr. pén. Sont exclus : Les condamnés bénéficiant du régime spécial, c'est-à-dire les personnes condamnées pour atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation, et les personnes détenues ou condamnées pour infractions de presse (sauf si ces infractions constituent des outrages aux bonnes mœurs, des actes de chantage ou des provocations au meurtre).

¹⁰⁷⁵ Le travail était considéré pendant de nombreuses années comme une punition imposée aux condamnés. L'emprisonnement était alors un moyen de contraindre au travail. Par la suite le travail est devenu une sanction complémentaire de la perte de la liberté et dont la rigueur était proportionnée à la rigueur de la peine. V. à ce sujet, J. TALENDIER, « Travail et prison », Vie judiciaire, 18 avr. 1988, n° 2193 ; S. LORVELLEC, « Travail et peine », RPDP 1997, p. 207. Pour exemple, l'ancien art. 21 du C. pénal énonçait que les condamnés à la réclusion qui étaient enfermés dans des maisons de force, étaient employés à des travaux au profit de la collectivité.

¹⁰⁷⁶ Dans le travail, le caractère afflictif n'est plus le but recherché. L'article 71-1 des règles minima pour le traitement des détenus affirme que le travail doit être considéré comme un élément positif du traitement, de la formation, et de la gestion de l'établissement. Le travail sera proposé, dans la mesure du possible en fonction non seulement des aptitudes physiques ou intellectuelles du détenu, de ses aptitudes professionnelles ou de ses goûts, mais encore en fonction de l'influence que ce travail peut exercer sur les perspectives de sa réinsertion. Art. D. 432-3, C. de Proc. Pén.

¹⁰⁷⁷ Art. 4 de la Conv. EDH : « 1. Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude.

2. Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire.

3. N'est pas considéré comme « travail forcé ou obligatoire » au sens du présent article :

a) tout travail requis normalement d'une personne soumise à la détention dans les conditions prévues par l'article 5 de la présente Convention, ou durant sa mise en liberté conditionnelle ;

b) tout service de caractère militaire ou, dans le cas d'objecteurs de conscience dans les pays où l'objection de conscience est reconnue comme légitime, à un autre service à la place du service militaire obligatoire ;

c) tout service requis dans le cas de crises ou de calamités qui menacent la vie ou le bien-être de la communauté ;

d) tout travail ou service formant partie des obligations civiques normales ».

¹⁰⁷⁸ Ibid.

vertueux de dépression et ce dernier peut les pousser au suicide¹⁰⁷⁹. Le travail constitue alors pour le condamné un moyen de maintenir un équilibre tant physique que psychique. L'administration pénitentiaire est ainsi obligée de fournir du travail aux condamnés. Néanmoins, le travail carcéral rencontre quelques contrariétés. Dans un premier temps, il est constaté que l'administration pénitentiaire n'est pas en mesure de fournir un travail à tous les détenus. Dans un second temps, le travail carcéral est sous-payé¹⁰⁸⁰ au regard de celui exercé à l'extérieur et n'est pas formalisé dans un contrat de travail¹⁰⁸¹. Aussi « *la dévalorisation du travail trouve sa confirmation dans le passage de la notion de salaire dû à celle de pécule-faveur, laquelle est une sorte de concession gracieuse accordée par l'État* »¹⁰⁸². En ce sens, l'absence de contrat de travail¹⁰⁸³ ruinerait « *la conception même du travail pénal comme outil d'insertion* »¹⁰⁸⁴. L'objectif principal de l'incarcération est de permettre la réinsertion donc dans ces conditions, il apparaît quelques difficultés relatives à la mise en place de la réinsertion dans la mesure où la personne est retirée de la société, cette situation semble être paradoxale. Il convient de préciser que « *l'absolue primauté de la mission dite de sécurité observée dans la pratique, qui s'explique par des raisons historiques et sociologiques, aboutit à ce que la fonction de réinsertion est globalement perçue comme secondaire au sein de l'institution carcérale* »¹⁰⁸⁵. Le travail est dévalorisé et cela est d'autant plus difficile pour les détenus d'avoir accès aux achats dans la mesure où les produits sont beaucoup plus coûteux au sein des prisons¹⁰⁸⁶. Toutefois, il convient de relativiser, car le travail pénitentiaire étant tout de même rémunéré permet au détenu de contribuer à l'entretien de sa famille, de se constituer un pécule pour le jour de sa libération. Une question récente a été posée devant la Cour européenne des droits de l'homme concernant le fait de contraindre à travailler un

¹⁰⁷⁹ V. en ce sens, J.-P. MARGUENAUD, « Du suicide dans les prisons de France », RSC 2009, p. 173. V. aussi : J.-C. CHENAIS, « Le suicide et les tentatives de suicide en prison et en milieu libre ; analyse de la crise récente », RSC 1977, p. 375 ; A. HENRY, « Un suicide qui dérange, le suicide en prison », AJ pénal 2010, p. 437.

¹⁰⁸⁰ Lorsqu'il fait état d'un travail « *sous payé* » cela a pour conséquences : pas de durée du travail définie, pas de formation professionnelle liée à l'exercice d'une activité, pas de congés payés, pas de prime de licenciement.

¹⁰⁸¹ G. GIUDICELLI-DELAGE et M. MASSE, « *Travail pénitentiaire : absence de contrat de travail* », Dr. Soc. 1997, p. 344.

¹⁰⁸² J.-G. PETIT, *Ces peines obscures. La prison pénale en France 1780-1875*, Fayard, 1990.

¹⁰⁸³ C. WOLMARK, « Le travail en prison », Constitutions 2015, p. 579 ; J.-P. CÉRÉ, « Le Conseil constitutionnel et le travail en prison : une occasion manquée ? », D. 2015, p. 2083.

¹⁰⁸⁴ Rapport d'information n° 330 du Sénat du 19 juin 2002 de P. LORRIDANT sur le travail en prison a estimé que « *le pragmatisme de l'administration pénitentiaire correspond à un bricolage permanent, qui amène à faire du travail pénitentiaire un « non-travail » : celui-ci est une occupation parmi d'autres, sans aucun des attributs que revêt le travail* ».

¹⁰⁸⁵ CNCH, *Etude sur les droits de l'homme dans la prison*, op. cit.

¹⁰⁸⁶ Les détenus sont confrontés à une disproportion entre leurs revenus et le coût des produits au sein des établissements pénitentiaires.

prisonnier retraité et la compatibilité avec les exigences prévues par la Convention. Ne peut-il pas s'agir de travail forcé et ainsi de ne pas respecter lesdites exigences ? Cette question de l'obligation de travailler en prison après avoir atteint l'âge de la retraite se pose pour la première fois. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas porté de réponse précise et a interprété l'interdiction de travail forcé à la lumière des conventions de l'Organisation internationale du travail et de l'application par les États membres afin de conclure que l'obligation de travailler imposée au requérant détenu et retraité ne viole pas l'article 4 de la Convention¹⁰⁸⁷ en rappelant que « l'article 4, § 3, tend à délimiter le contenu de cette interdiction et, notamment, que tout travail requis normalement d'une personne soumise à la détention n'est pas prohibé »¹⁰⁸⁸.

Le système pénitentiaire utilise la privation de liberté du condamné pour commencer ou parfaire son instruction¹⁰⁸⁹ permettant ainsi de déceler et d'exploiter ses possibilités intellectuelles et de lui montrer qu'il dispose des capacités nécessaires pour s'engager dans la voie du travail. Au regard des très longues peines prononcées face à la croissance de la criminalité chez les jeunes, il paraît nécessaire pour ces condamnés à la perpétuité de les faire travailler. C'est ainsi que la formation professionnelle¹⁰⁹⁰ permet à travers la connaissance d'un métier de faciliter la réinsertion sociale d'un condamné dans la mesure où ce dernier peut

¹⁰⁸⁷ J. GATE, « Contraindre un prisonnier retraité à travailler n'est pas du travail forcé », D. Actu., 22 févr. 2016. L'auteur énonce que « L'affaire est ici relative à un prisonnier suisse condamné en 2004 à plusieurs années de prison. En 2011, il atteint l'âge de la retraite dans son pays et refuse de continuer de travailler. Devant les juridictions suisses, il argue notamment d'une situation discriminatoire au regard d'anciens détenus du même âge en liberté, du fait qu'il a cotisé à un régime de retraite et de l'existence de la règle pénitentiaire européenne n° 105.2 qui énonce que "les détenus condamnés n'ayant pas atteint l'âge normal de la retraite peuvent être soumis à l'obligation de travailler, en tenant dûment compte de leur aptitude physique et mentale" qu'il souhaite voir interprétée a contrario. Il est débouté par toutes les juridictions internes. Il saisit donc la CEDH sur le fondement d'une violation de l'article 4, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme interdisant le travail forcé et de l'article 14 au titre de la discrimination dont il estime être victime. Rejetant la demande fondée sur l'article 14 notamment pour non-épuisement des voies de recours internes, la CEDH n'accueillera pas davantage ses demandes fondées sur la violation de l'article 4 ».

¹⁰⁸⁸ *Ibid.* L'auteur précise que « La Convention ne donne aucune indication concernant l'âge des prisonniers travailleurs (§ 72). Dès lors, il convient en premier lieu de se référer à l'esprit du texte et de chercher si ce travail lui est conforme en examinant le but, la nature, l'étendue et les modalités d'exécution du travail forcé (§ 72). La CEDH considère ainsi que le but poursuivi par une telle obligation est une structuration de l'emploi du temps des détenus plus qu'un rendement économique (§ 73). Elle relève aussi que les activités sont précisément adaptées à l'âge et à l'état physique et psychique du détenu (§ 74). Le temps de travail hebdomadaire est lui aussi très léger (§ 75). Enfin, le détenu est rémunéré et intégré dans une division avec d'autres retraités (§ 76) ».

¹⁰⁸⁹ Une convention a été signée le 19 janvier 1995 entre l'administration pénitentiaire et le ministère de l'Éducation mettant en place des unités pédagogiques régionales.

¹⁰⁹⁰ L'administration pénitentiaire a développé les actions de formation professionnelle depuis 1984 avec l'aide du ministère du travail, du Fonds de formation professionnelle et de la promotion sociale et du Fonds social européen. Les tâches de programmation et de suivi ont été déconcentrées par la mise en place auprès des directeurs régionaux à la formation.

se procurer une fois en liberté les ressources pour vivre d'une façon décente et honnête. Le travail pénitentiaire peut être considéré comme réadaptateur¹⁰⁹¹ dans la mesure où il soumet le condamné à la discipline et développe chez lui des qualités d'attention et d'exactitude, mais aussi il assure alors son reclassement futur dans la mesure où ce dernier prend l'habitude de travailler, apprend un métier et acquiert une formation professionnelle qui lui permettra de subvenir à ses besoins futurs en gagnant sa vie¹⁰⁹². De surcroît, cela contribue à redonner la confiance et l'estime de soi-même et ainsi à la stabilisation sociale¹⁰⁹³.

187. Le juge européen a reconnu au profit du détenu le bénéfice d'un autre droit fondamental qui permet de manifester son appartenance à une société en l'expression des droits civiques. Le fait pour le détenu de rester un citoyen symbolise son appartenance à la société. Il convient de rappeler que le fait de pouvoir jouir de ses droits civiques représente la reconnaissance au détenu de sa dignité humaine dans le sens où la qualité « *d'humain* » attribué à l'individu est liée à l'exercice des dits droits¹⁰⁹⁴. Il est constant que l'incapacité électorale de personnes condamnées est justifiée par l'absence de moralité de ces dernières. Le juge européen fait donc référence au concept de « *dignité humaine* » pour reconnaître aux personnes privées de liberté la jouissance de l'article 3 du protocole n°1 additionnel de la Convention européenne relatif au droit à des élections libres. Le lien social est maintenu en ce sens au regard du respect du principe selon lequel le détenu reste un citoyen dans la mesure où la suppression des droits civiques intervient que par décision « *expresse* »¹⁰⁹⁵ et pour une durée limitée. De ce fait, la possibilité reconnue aux détenus de voter par procuration¹⁰⁹⁶ est allée dans le sens du renforcement de sa qualité de citoyen. La France autorise en effet les détenus à voter par correspondance au regard de l'article 30 de la loi pénitentiaire. L'interrogation qui subsiste soulève un paradoxe dans le sens où le vote par procuration est possible, mais encore faut-il trouver une personne acceptant de représenter le condamné. « *Le*

¹⁰⁹¹ Le caractère réadaptateur du travail est précisé à l'article D. 432-3 alinéa 2 du C. pr. pén.

¹⁰⁹² En 1994, a été créé le service national du travail en milieu pénitentiaire qui a pour mission de développer le travail dans les établissements pour peine. Ce service devenu service de l'emploi pénitentiaire poursuit une stratégie de développement pour la création de nouveaux secteurs et de nouveaux ateliers.

¹⁰⁹³ M. GILQUIN, « Le rôle de la formation professionnelle dans la rééducation du délinquant », RPDP 1956, p. 976 à 986.

¹⁰⁹⁴ M.-H. RENAUT, « Les conséquences civiles et civiques des condamnations pénales. Le condamné reste un citoyen à part entière », RSC 1998, pp. 265-277, spéc. p. 270. La privation des droits et l'indignité sont parfois assimilées. En ce sens, l'auteur indique que « *la privation des droits civiques ou politiques est l'expression de l'indignité morale du condamné* ».

¹⁰⁹⁵ Cette décision ne découle plus automatiquement de la décision de condamnation selon l'art. 3 du Protocole n°1 à la Conv. EDH.

¹⁰⁹⁶ Cela résulte de la loi du 31 décembre 1974.

vote effectif peut alors se heurter à des obstacles »¹⁰⁹⁷. Est-il alors envisageable de parler d'effectivité du droit de vote ? Les atteintes à ce dernier sont ainsi inévitables¹⁰⁹⁸. Pour illustration, lors des dernières élections présidentielles, la difficulté matérielle à laquelle étaient confrontés les détenus les a dissuadés pour la majorité de voter. Aussi, l'Association Robin des Lois a mené campagne afin de faire installer des bureaux de vote au sein des établissements pénitentiaires, le ministre de la Justice a déclaré accepter d'expérimenter l'installation de bureau de vote¹⁰⁹⁹.

Par ailleurs, en fonction de la gravité de la peine, une personne peut être déchue de ses droits civiques. Aussi un condamné à la réclusion criminelle à perpétuité pour homicide a été privé du droit de vote¹¹⁰⁰ lors des élections législatives et locales du fait de sa qualité de détenu condamné¹¹⁰¹. La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu aux personnes privées de liberté la jouissance des droits civiques sous réserve des limitations implicites de l'article 3 du Protocole 1. Le juge européen a constaté que le refus par le Royaume-Uni d'accorder le droit de vote aux détenus constituait une violation de l'article 3 du Protocole n°1 qui consacre le droit à des élections libres. Par cette jurisprudence, le juge européen insiste sur la gravité de l'atteinte faite aux droits civiques, aussi une place est faite une fois de plus au principe de dignité qui est l'indispensable corollaire à la gageure d'une réintégration sociale. Par conséquent, il conviendrait de dire que le juge européen en interprétant peut consacrer une

¹⁰⁹⁷ M. HERZOG-EVANS, « Vote des détenus : entre droit théorique et droit effectif », AJ pénal 2017, p. 247. L'auteur précise que « *Le vote effectif se heurte dans ces conditions à une multitude d'obstacles : le malaise avec l'écrit des personnes détenues ; la lourdeur d'une telle démarche (qui décourage déjà nombre de citoyens libres) ; les délais impossibles pour réaliser ces démarches et la nécessité d'une organisation sans faille du côté des personnels pénitentiaires ; l'absence de personne de confiance connue de l'intéressé dans le bureau de vote correspondant à la prison ; la méfiance naturelle des personnes détenues à l'endroit de tiers qui pourraient mal représenter leur choix* ».

¹⁰⁹⁸ La Commission nationale consultative des droits de l'homme précise « *l'ineffectivité du droit de vote* » car « *la seule obligation qui pèse actuellement sur le chef d'établissement est d'informer les personnes détenues suffisamment longtemps à l'avance de leur possibilité de voter par procuration. Mais il n'existe aucune mesure significative pour s'assurer de la bonne exécution de cette obligation* ». *Etude sur les droits de l'homme dans la prison* », *op. cit.*

¹⁰⁹⁹ Le ministère de l'Intérieur a donné un avis défavorable à l'occasion d'une question parlementaire, au vu d'arguments pratiques relatifs notamment au turnover des détenues et à la prétendue complexité à réviser en conséquence les listes électorales. Communiqué de presse du ministre de la Justice, 14 mars 2017 : <http://www.presse.justice.gouv.fr/archives-communiqués-10095/communiqués-de-2017-12858/droit-de-vote-des-personnes-détenues-29787.html> ; Question parlementaire, A.N., n° 00922, <http://www2.assembleenationale.fr/questions/detail/14/QE/100922>.

¹¹⁰⁰ CEDH, 30 mars 2004, *Hirst c/ Royaume-Uni*, n° 74025/01 ; CEDH, 12 août 2014, *Firth et A. c/ Royaume-Uni*, n° 47784/09, D. Actu., 5 sept. 2014, obs. M. LÉNA. V. notamment, M. LÉNA, « Droit de vote des personnes détenues : fin du sursis pour le Royaume-Uni », D. Actu., 5 sept. 2014 ; CEDH, Gde Ch., 6 oct. 2005, *Hirst c/ Royaume-Uni*, n° 74025/01, obs. J.-F. FLAUSS, AJDA, 2006, p. 475.

¹¹⁰¹ Cet arrêt a censuré une interdiction absolue de voter, imposée en toutes circonstances et ce de manière automatique à tout détenu purgeant sa peine.

décision de principe qui permet de créer un droit européen commun de la détention. La référence qui est faite au principe de dignité permet de conférer en tout état de cause une portée symbolique en matière de protection des droits des détenus en l'élevant au rang de citoyen. Toutefois, il convient de préciser que le juge européen a abordé le problème de l'incapacité électorale et lui a permis de conclure à un constat de la violation de la Convention. Cette décision a un effet au sein des autres États membres. C'est en ce sens qu'il convient de conclure¹¹⁰² que « *l'imposition d'une restriction automatique et générale aux droits civiques des détenus condamnés n'est plus acceptable dans une société démocratique* »¹¹⁰³. La personne privée de liberté dispose de l'ensemble des droits fondamentaux attachés à la personne humaine lui permettant de conserver un lien social ce qui promeut la réinsertion sociale. Le juge européen s'engageant à aider à la resocialisation veille également au maintien du lien affectif.

B. Un maintien du lien affectif

188. La possibilité de rester en contact avec le monde extérieur en évitant de rompre les liens familiaux et en encourageant l'accès à la correspondance, aux médias et les visites sont des gages d'une réinsertion réussie¹¹⁰⁴. Le réclusionnaire en exécutant sa peine est mis à l'écart de sa famille et de ses proches, ce qui peut avoir pour conséquence, une exclusion de la société. Aussi pour pallier à cette exclusion et lui permettre de garder contact avec la vie en société la correspondance peut être un moyen efficace de maintenir ou de créer des liens relationnels avec l'extérieur. Ce dernier peut en effet écrire à toute personne de son choix¹¹⁰⁵. Le détenu de par son emprisonnement est certes retranché au sein de l'établissement pénitentiaire, mais cela n'enlève en rien au besoin impérieux de relations sociales qui reposent sur le fait que sa condamnation à perpétuité doit satisfaire à ce besoin. La correspondance est

¹¹⁰² En ce sens, V.-M. EUDES, « Vers l'abolition des dernières restrictions au droit de vote ? », RTDH, juill. 2006, n° 67, pp. 575-595, spéc. pp. 586 et 590-592. L'auteur précise que « *Poser le principe selon lequel toute sanction pénale suffit en soi à justifier l'exclusion d'une personne du corps électoral apparaît dépassée dans une démocratie moderne, au nom précisément de l'importance qu'il y a de garantir les fondements de celle-ci* ».

¹¹⁰³ F. SUDRE, « Droit de la convention européenne des droits de l'homme », JCP G 2004, I, 161, spéc. p. 1582.

¹¹⁰⁴ V. MALABAT, « Les droits familiaux des détenus », RPD 2007, n° spécial, p. 62. L'auteur énonce que « *les impératifs de sécurité des établissements pénitentiaires rendent bien évidemment difficile l'exercice des droits familiaux* ».

¹¹⁰⁵ J. PRADEL, « La correspondance écrite du détenu », RPD 1987, pp. 257-265, spéc. p. 258. Il avait indiqué au sujet de la France et de la Circulaire du 19 décembre 1986 relative à la correspondance écrite des détenus (Circ. Administration pénitentiaire, 86-29-G1) que « *le détenu à l'instar de toute personne, peut adresser ou recevoir, des lettres. Les nécessités de la resocialisation l'imposent* ».

ainsi un moyen de concilier l'exécution de la peine avec la réadaptation sociale. En ce sens, le juge européen accorde-t-il aux personnes privées de liberté le bénéfice de la protection en matière de correspondances, telle qu'exigée à l'article 8 de la Convention européenne ? Dans un premier temps, la Commission européenne a affirmé que : « *un détenu a le même droit qu'une personne en liberté au respect de sa correspondance* »¹¹⁰⁶. Elle précise de plus que « *l'homme a un besoin fondamental d'exprimer ses pensées et ses sentiments, y compris les plaintes au sujet des souffrances réelles ou imaginaires. Ce besoin est particulièrement réel en prison, parce que les détenus n'ont que peu de choix pour leurs contacts sociaux, d'où l'importance de leur laisser l'accès au monde extérieur par la correspondance* »¹¹⁰⁷. La Commission européenne rappelle le principe du respect de la correspondance pour un détenu¹¹⁰⁸. Dans un second temps, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu de nombreux arrêts selon lesquels elle a reconnu le droit à la correspondance aux détenus et son raisonnement aboutit à une condamnation nette des interceptions de courrier. Elle a précisé également que « *le droit de disposer de fournitures*¹¹⁰⁹ *est inhérent à l'exercice du droit au respect de la correspondance des détenus et qu'en conséquence le respect effectif de ce droit implique à la charge de l'État l'obligation positive de fournir au détenu le nécessaire pour sa correspondance* »¹¹¹⁰.

Aussi dans le cadre des correspondances, est-il possible d'y inclure les échanges de courriels par l'accès à internet ? En Europe, certains États comme le Danemark autorisent l'accès des détenus à internet. Le droit français n'est sans doute pas contraire au droit européen dans la mesure où la Cour européenne des droits de l'homme a rendu une décision à cet égard selon laquelle elle estime de communiquer pour un détenu avec son avocat par courriel est prohibé¹¹¹¹, elle a ainsi précisé que le fait de ne pas permettre de recevoir de

¹¹⁰⁶ Comm. EDH, 11 oct. 1980, rapp. *Silver et autres c/ Royaume-Uni*, B, n°51, §269.

¹¹⁰⁷ *Ibid*, § 322.

¹¹⁰⁸ La Commission européenne a par la suite également précisé que « *le droit au respect de la correspondance s'étend aux communications avec des juridictions civiles ou pénales, indépendamment de la teneur de cette correspondance, ainsi qu'aux communications y afférentes avec des avocats ou autres conseillers compétents* ». Comm. EDH, 18 oct. 1985, *David Farrant c/ Royaume-Uni*, DR 50, 21, § 50.

¹¹⁰⁹ Les fournitures incluent le papier à lettres, les timbres, les enveloppes, les stylos.

¹¹¹⁰ CEDH, 3 juin 2003, *Cotlet c/ Roumanie*, n° 38565/97, JCP G 2003-I-160, note F. SUDRE ; D. 2004, p. 1095 s., obs. J.-P. CÉRÉ.

¹¹¹¹ CEDH, 3 oct. 2013, *Helander c/ Finlande*, n° 10410/10, AJ pénal 2013, p. 558, obs. E. ALLAIN ; D. Actu, 8 oct. 2013, obs. A. PORTMANN. Ici, « *le refus par un greffe pénitentiaire de transmettre à un détenu un courriel que son avocat lui a envoyé sur l'adresse mail du centre de détention n'est pas contraire aux dispositions de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, l'avocat a aussitôt été informé de ce refus par le directeur de l'établissement pénitentiaire qui lui a conseillé d'utiliser d'autres moyens de communication. Les juges de la Cour européenne estiment que la législation finlandaise qui interdit la*

courriels était compatible avec l'article 8 de la Convention. Aussi la jurisprudence européenne évolue en fonction de l'état de la situation dans l'ensemble des États membres. Dans un pareil contexte, plus d'États vont prévoir l'accès à internet plus la Cour pourra infléchir sa jurisprudence. Par conséquent, à l'ère du numérique et du développement d'internet, les États ne doivent-ils pas modifier leur législation nationale afin de trouver un consensus dans le sens des décisions rendues par les juges européens mettant en place des règles d'accès à l'informatique ? Dans le même sens, n'est-ce pas à la Cour d'infléchir sa position et sa jurisprudence européenne ? L'accès des détenus à internet a été un débat longtemps évité par la Cour. Cette dernière a été obligée de le lancer. La Cour européenne des droits de l'homme avait déjà conclu à la violation du droit de recevoir des informations en détention dans l'arrêt *Kalda c/ Estonie* du 19 janvier 2016¹¹¹² en raison du refus des autorités de permettre à un détenu d'accéder à des sites internet officiels (gouvernementaux et européens). De ce fait, il convient de se rendre compte que « *l'avertissement aux autorités nationales européennes n'en est que plus pressant : il n'est plus possible, à l'heure où toutes les offres de services se développent à distance, de maintenir les détenus dans le néant numérique. La mission de réinsertion dévolue aux services pénitentiaires ne peut faire abstraction de l'évolution de la société et il incombe donc aux États d'adopter des solutions adaptées au monde contemporain* »¹¹¹³. Cet arrêt est intéressant dans la mesure où ce dernier confirme que, d'une manière croissante, les informations fournies par des organismes officiels n'existent qu'en ligne. L'observation pourrait être étendue à nombre de démarches à réaliser. La Cour soulignait dans cet arrêt qu'en effet, internet était une source grandissante de l'exercice de droits reconnus par la Convention¹¹¹⁴. En France, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a rappelé la nécessité d'harmoniser les règles d'accès à l'informatique et à l'action pénale en milieu pénitentiaire dans la mesure où cela facilite la réinsertion des condamnés¹¹¹⁵.

communication avec les détenus via courriel ménage un juste équilibre entre respect des correspondances et impératifs de sécurité des prisons ».

¹¹¹² CEDH, 19 janv. 2016, *Kalda c/ Estonie*, n° 17429/10, AJ pénal 2016, p. 224, obs. V. CHOVGAN ; L. SAEKO, « Internet en prison : approche conventionnelle », D. IP/IT 2016, p. 266. L'auteur précise que « *la CEDH oblige les États signataires qui accordent un accès internet aux détenus à motiver leur refus s'ils restreignent l'accès à certains sites spécifiques* » ; L. PRIOU-ALIBERT, « Refus d'accès à des sites internet en prison : une clarification européenne », D. Actu. 3 fév. 2016.

¹¹¹³ CEDH, 17 janv. 2017, *Jankovskis c/ Lituanie*, n° 21575/08. J. FALXA, « Refus d'autorisation d'accès à internet en détention et violation du droit à recevoir des informations – CEDH 17 janv. 2017 », AJ pénal 2017, p. 146.

¹¹¹⁴ *Ibid.*, § 62.

¹¹¹⁵ Les derniers rapports du CGLPL précisent qu'aucune décision n'a été prise en France et cela inquiète dans la mesure où les autorités françaises risquent une condamnation européenne si elles ne permettent pas aux condamnés d'avoir accès à internet.

Une réflexion devra ainsi immanquablement s'amorcer afin de sortir de l'impasse actuelle, mais il conviendra de tenir compte de la sécurité publique eu égard la personnalité, en ce sens la dangerosité, des condamnés à la perpétuité. « *Inévitablement, comme le note la Cour, il faut en effet également tenir compte de la sécurité publique (...) afin d'envisager une réforme* »¹¹¹⁶.

La possibilité de rester en contact avec le monde extérieur au sein de l'établissement pénitentiaire se traduit également à travers le droit aux visites dans le sens où une fois que la peine est prononcée l'affectation du condamné à un établissement ne doit pas se faire au détriment de ses relations familiales. Les personnes condamnées peuvent alors recevoir la visite de leur famille sans limites parce qu'il « *est essentiel au respect de la vie familiale que l'administration pénitentiaire aide le détenu à maintenir un contact avec sa famille proche* »¹¹¹⁷. Pour ce faire, la Cour européenne des droits de l'homme a implicitement reconnu un « *droit aux parloirs, entendu comme celui de recevoir des visites de ses proches* »¹¹¹⁸. Par ailleurs, la Commission européenne des droits de l'homme ne reconnaît pas le droit pour le détenu de choisir son lieu de détention, mais elle tente de faire appliquer au mieux le respect de la non-ingérence dans la vie privée du détenu¹¹¹⁹. L'échange de correspondance et les visites au profit du condamné permettent de conclure que « *celui-ci n'est pas seulement un être singulier trouvant sa réalisation dans l'accomplissement autonome et solitaire de ses droits, mais aussi un être organiquement lié à la communauté des hommes* ». Le maintien du lien affectif se traduit alors aussi sous l'angle d'un droit à l'intimité qui est lié par conséquent au droit à la vie privée.

189. La reconnaissance d'un droit au respect de la vie privée et familiale en détention¹¹²⁰ a permis à la Cour d'en déduire des droits dérivés tels que le droit de se marier en prison¹¹²¹ et le droit de maintenir des liens personnels et affectifs avec sa famille¹¹²². L'application du droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par l'article 8 de la Convention européenne¹¹²³, en combinaison avec l'article 12 de ladite Convention¹¹²⁴

¹¹¹⁶ M. HERZOG-EVANS, « *Exécution des peines* », D. 2017, p. 1274, III, A.

¹¹¹⁷ Comm. EDH, 12 mars 1990, *Quinas c/ France*, n° 13756/88.

¹¹¹⁸ D. ROETS, « *Big brother au parloir* », D. 2006, n° 11, pp. 764-768, spéc. p. 765.

¹¹¹⁹ Comm. EDH, 18 juill. 1974, *X c/ Royaume-Uni*, n° 5712/72, DR 46/112.

¹¹²⁰ La loi pénitentiaire de 2009 a consacré ces différents droits.

¹¹²¹ CEDH, 5 janv. 2010, *Frasik c/ Pologne*, n° 2933/02, Dr. Fam. 2010, comm. n° 37, obs. V. LARRIBEAU-TERNEYRE ; JCP G 2010, act. 131, B. BELDA.

¹¹²² CEDH, 28 juin 2001, *Selmani c/ Suisse*, n° 70258/01.

¹¹²³ V. *supra* n° 117.

¹¹²⁴ Art. 12 de la Conv. EDH : « *A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit* ».

permettent de démontrer que le juge européen a pour objectif d'accorder aux personnes privées de liberté une protection de leur relation sociale se traduisant par le maintien d'un lien affectif. Cela se justifie par la perspective de réinsertion du détenu au sein de la société. « *Le développement des capacités des détenus à entretenir des relations avec leurs parents et amis contribue à la préparation de leur réinsertion* »¹¹²⁵. Il a également été ajouté que « *la création de nouveaux liens familiaux peut s'avérer par essence indispensable à la resocialisation, spécialement lorsque la famille a abandonné le détenu ou lorsqu'elle est criminogène* »¹¹²⁶. Le juge européen a reconnu aux détenus le respect de leur vie familiale¹¹²⁷ dont l'administration pénitentiaire est garante¹¹²⁸. De ce fait, l'existence d'une vie familiale en détention permet l'entretien des liens qui existaient avant l'emprisonnement, mais aussi la possibilité de créer ou d'approfondir de nouveaux liens familiaux. Une protection effective du droit du détenu à une vie familiale suppose que le juge européen facilite son application au sein des établissements pénitentiaires, s'agissant en effet de « *faciliter l'interaction du tissu social et des prisonniers* »¹¹²⁹.

Le juge européen a alors accru le lien affectif du détenu avec l'extérieur en lui permettant de se marier. Ce qui paraît être intéressant est le raisonnement opéré par le juge européen. Ce dernier a procédé par une distinction entre le caractère juridique du mariage et le caractère affectif de celui-ci dans le but de pouvoir accorder le premier¹¹³⁰. C'est ainsi que la Commission européenne a précisé que « *la tendance générale, constatée ces dernières années dans les systèmes répressifs européens, vise à réduire les différences entre vie en prison et vie en liberté et à insister de plus en plus sur la réinsertion sociale du détenu* ». Elle a de plus ajouté que « *la liberté de la personne n'est pas un préalable nécessaire à l'exercice du droit de se marier* ». De ce fait, cela signifie que les détenus au même titre que les personnes vivant

¹¹²⁵ P. DARBEDA, « Le maintien des relations familiales des détenus en Europe », RSC 1998, pp. 590-598, spéc. p. 597.

¹¹²⁶ M. HERZOG-EVANS, « Droit civil commun, droit européen et incarcération », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention EDH*, F. SUDRE (ss la dir.), Bruxelles, Bruylant, 2002, coll. Droit et Justice, pp. 241-285, spéc. p. 247.

¹¹²⁷ CEDH, 28 sept. 2000, *Messina c/ Italie*, n° 25498/94, Rec. 2000.

¹¹²⁸ M. HERZOG-EVANS, « Droit civil commun, droit européen et incarcération », *loc. cit.* L'auteur précise que « *Le juge reconnaît aux détenus et à leurs proches le bénéfice de la protection de l'article 8§1 de la Convention, mais également rend débitrice l'administration pénitentiaire d'un certain nombre d'obligations positives afin de rendre effectif en détention ce droit au respect de la vie familiale* ».

¹¹²⁹ P. DARBEDA, « Le maintien des relations familiales des détenus en Europe », *loc. cit.*

¹¹³⁰ Comm. EDH, 13 déc. 1979, *Hamer c/ Royaume-Uni*, DR 24, p. 5. La Commission européenne a dissocié le droit au mariage et le droit de fonder une famille. La Commission a rappelé qu'elle avait jugé précédemment que le refus d'autoriser des rapports conjugaux en prison n'enfreignait pas le droit de fonder une famille et ce pour des raisons liées à la sécurité des établissements pénitentiaires et à l'impératif de surveillance. Par la suite elle a indiqué qu'en l'espèce des considérations différentes doivent s'appliquer pour le droit au mariage.

en société bénéficient de la protection prévue par l'article 12 de la Convention européenne. Cette approche est intéressante dans le sens où elle permet de reconnaître le droit de se marier aux personnes privées de liberté. Toutefois, le mariage est autorisé, mais ce dernier est privé de toute relation affective. Cela prive par conséquent le détenu de tout bénéfice des relations affectives en termes de réinsertion. La conséquence principale de la reconnaissance de ce droit au profit du détenu est d'encourager ses relations humaines pour à terme favoriser une meilleure intégration au sein de la société¹¹³¹. Dans un autre sens, il peut être paradoxal de considérer qu'un détenu qui exécute une longue peine commence à créer des relations et de ce fait à sa sortie pourra d'une meilleure manière procéder à sa réinsertion. C'est ce que le juge européen essaie de garantir en permettant une jouissance effective du droit au mariage¹¹³².

Par conséquent, la Cour européenne met tout en œuvre pour permettre au détenu d'accéder aux mêmes droits qu'un « *homme libre* » et lui permettre ainsi de préparer sa réinsertion sociale qui toutefois parfois s'avère confronter à des difficultés et à être limitée.

¹¹³¹ S. RABILLER, « Quelle vie privée en détention ? Sur quelques aspects de la jurisprudence européenne », in *Panorama européen de la détention*, J.-P. CÉRÉ (ss la dir.), L'Harmattan, 2002, pp. 75-104, spéc. p. 95. L'auteur précise que « *Le mariage posséderait une double vertu. D'une part, il maintiendrait les liens affectifs avec l'extérieur ; d'autre part, il gagerait d'une vie future meilleure. Il [ne] peut avoir un effet de stabilisation et de réinsertion [que] dès lors que la suspension de la vie conjugale n'entraîne pas un isolement affectif influant sur la vie du couple* ».

¹¹³² CEDH, 5 janv. 2010, *Frasik c/ Pologne*, préc., § 91 : la Cour européenne a rappelé que « *la liberté personnelle n'est pas une pré-condition nécessaire à l'exercice du droit de se marier* ».

Section 2

La réinsertion malmenée

190. Que faire pour insérer ou réinsérer les condamnés dans la société ? C'est une difficulté pour laquelle la « science » et la pratique pénitentiaires s'efforcent de découvrir la solution la meilleure¹¹³³. Aussi, l'objectif relatif à la finalité de la réclusion criminelle à perpétuité est-il la réhabilitation, la réinsertion. Néanmoins, n'est-il pas confronté à un constat de désillusion de sécurité lorsqu'il est fait état de la récidive ? C'est ainsi que l'objectif premier de l'exécution de la peine est la prévention de la récidive. D'une part, l'ensemble des mesures permet de maintenir de façon égale l'équilibre qu'implique la prévention de la récidive et donc la légitime et nécessaire protection à laquelle chaque détenu a droit. D'autre part, l'ensemble des mesures permet la recherche constante d'une meilleure individualisation de la peine fondée sur le souci de préserver et d'accompagner, et ce de manière utile en prison. L'exécution de la peine ne devrait-elle pas se soumettre alors à une modification quant à la terminologie de la perpétuité ? Le dispositif concernant les longues peines montre certaines limites¹¹³⁴. C'est ainsi que la justice est prescriptrice (§ 1), mais qu'elle peut être source d'illusion de sécurité, car confrontée à un désaveu (§ 2).

§ 1. La justice prescriptrice

191. Plusieurs États membres ont adopté des législations permettant de prononcer des mesures de sûreté, car leurs législations pénales permettent « *la mise en œuvre de détentions de sûreté ou de différentes formes de restrictions de liberté*¹¹³⁵ à l'encontre des délinquants qui sont jugés dangereux pour la collectivité en raison des risques de récidive qu'ils représentent »¹¹³⁶. En ce sens, la justice peut être considérée comme une justice prescriptrice de soins. Cela n'est pas sans incidence dans le contexte selon lequel le fait de considérer des mesures de sûreté comme relevant de la liste des motifs autorisant une privation de liberté a

¹¹³³ Collectif, *La réinsertion des délinquants : Mythe ou réalité ?*, Université d'été, 50^e anniversaire de la réforme AMOR, Aix-en-Provence, 18-21 septembre 1995, PUAM, 1996.

¹¹³⁴ A. BLANC, « Les longues peines, au risque de l'oubli », RSC 2016, p. 47.

¹¹³⁵ K. BLAY-GRABARCZYK, « La notion de privation de liberté au sens de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme », RFDA 2016, p. 777.

¹¹³⁶ R. MESA, « Les mesures de sûreté *post sententiam* privatives et restrictives de liberté dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme », RTDH 2011, p. 842

assez logiquement été soulevé devant la Cour par des requérants. Ces derniers bénéficient toutefois d'un accompagnement précautionneux (A) et de précautions libératoires (B).

A. Un accompagnement précautionneux

192. Lors de la période de sûreté¹¹³⁷, la personne condamnée exécute sa peine privative de liberté pendant la période fixée. Dans un souci de meilleure compréhension, il convient de rapprocher la période de sûreté¹¹³⁸ à la peine incompressible. De ce fait, elle se traduit par une peine privative de liberté qui elle-même est soumise à une période de sûreté. Cette période incompressible ne va concerner que la réclusion criminelle à perpétuité. Cette période de sûreté tend alors vers plusieurs objectifs. Elle permet dans un premier temps d'attester et de montrer la gravité de l'infraction poursuivie et pour laquelle le réclusionnaire exécute sa peine. Elle permet dans un second temps de limiter le pouvoir des juges dans le sens où elle limite leur pouvoir d'individualisation. La période de sûreté ne serait-elle pas alors en contradiction avec la recherche de l'individualisation de la peine ? La période de sûreté est en effet, « *en contradiction certaine* »¹¹³⁹ avec « *les politiques pénales récentes qui vont vers un pouvoir d'individualisation plus marqué offert au juge* ». Ceci étant en poursuivant toujours le même objectif, c'est-à-dire permettre à l'individu de préparer sa resocialisation. La période de sûreté durant laquelle les mesures de sûreté peuvent être considérées, est automatique¹¹⁴⁰. De plus, les mesures de sûreté privatives de liberté sont

¹¹³⁷ « La période de sûreté est un sujet très controversé placé au centre de nombreux débats politiques, exacerbant les clivages traditionnels entre les prétendus laxistes et les soi-disant sécuritaires, et il s'agit à l'évidence d'un dispositif d'une trop grande complexité qui le rend pour le moins opaque, indéchiffrable à la masse des citoyens », J.-F. SEUVIC, cité par P. PEDRON, *JCl. Pénal Code*, Art. 132-23, Fasc. 20, Vème Période de sûreté, 2006, n° 5.

¹¹³⁸ Depuis sa création par la loi du 22 novembre 1978, cette modalité d'exécution de la peine n'a en effet cessé de voir son domaine s'élargir. V. en ce sens sur la nature juridique de cette période de sûreté et son analyse, D. BOCCON-GIBOD et B. LAURENT, « Période de sûreté et pluralité des peines : un autre regard », *AJ pénal* 2014, p. 101 ; M. HERZOG-EVANS, « Période de sûreté : retour à la raison », *AJ pénal* 2014, p. 436 ; E. BONIS-GARÇON, « Computation de la période de sûreté en cas de pluralité de peines », *Dr. pén.* 2014, comm. 123.

¹¹³⁹ V. MALABAT, « Simplifier mais comment ? », in *Pour une refonte du droit des peines*, E. BONIS-GARÇON (ss la dir.), éd. Lexis Nexis, 2016, p. 89.

¹¹⁴⁰ Ce qui signifie qu'elle s'applique de plein droit sans que le juge ait à la prononcer dès lors qu'elle est prévue par la loi. V. l'article 421-7 du C. pén. qui dispose que pour les actes de terrorisme : « *Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables aux crimes ainsi qu'aux délits punis de dix ans d'emprisonnement prévus au présent chapitre. Toutefois, lorsque le crime prévu au présent chapitre est puni de la réclusion criminelle à perpétuité, la Cour d'assises peut, par décision spéciale, soit porter la période de sûreté jusqu'à trente ans, soit, si elle prononce la réclusion criminelle à perpétuité, décider qu'aucune des mesures énumérées au même article 132-23 ne pourra être accordée au condamné. En cas de commutation de la*

considérées comme des mesures de prévention sous conditions¹¹⁴¹. La Cour européenne des droits de l'homme a pu rappeler que les mesures de sûreté privatives de liberté sont des peines au sens de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elles peuvent être qualifiées de peines, car elles s'exécutent en prison, sans limitation de la durée et sont destinées à réduire la dangerosité. En ce sens, la Cour européenne des droits de l'homme affirme que les personnes bénéficiant de mesures de sûreté ont besoin nécessairement d'un suivi et d'un soutien psychologiques en raison de la durée illimitée de la peine. Par conséquent, pour permettre de remplir l'objectif qui consiste en la prévention de la criminalité il faut que le niveau de soin soit très élevé¹¹⁴². Il convient alors de s'interroger sur la nature même de cette détention qui s'ajoute à la peine. Lorsqu'une personne est privée de liberté au sein d'une prison pour une durée indéterminée, cette détention constitue alors une restriction de liberté supplémentaire. Au regard des exigences posées par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, cette restriction doit alors être juste et proportionnée. Ce qui a pour conséquence, concernant les établissements pénitentiaires, de devoir lorsque des détenus sont « *dangereux* »¹¹⁴³ les soumettre à un régime strict. Les autorités pénitentiaires doivent clairement justifier la nature de la mesure préventive pour qu'il ne leur soit pas reproché d'avoir mis en place, et ce de manière arbitraire une mesure disciplinaire¹¹⁴⁴. En ce sens, si la mesure de prévention permettant d'offrir une possibilité de réhabilitation se transforme en sanction, il est alors porté atteinte aux droits des détenus et cela se traduit par le fait que « *la justice dans son exécution est malmenée* ». La Cour européenne des droits de l'homme considère en effet que les personnes placées en détention de sûreté doivent

peine, et sauf si le décret de grâce en dispose autrement, la période de sûreté est égale à la durée de la peine résultant de la mesure de grâce » et prévoit ainsi un nouveau cas de perpétuité réelle

¹¹⁴¹ V. *supra* n° 124.

¹¹⁴² A ce sujet, la Cour européenne des droits de l'homme a approuvé les conclusions du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe au § 206 de son rapport, et les conclusions du CPT au § 100 de son rapport, selon lesquelles les personnes en détention de sûreté ont besoin de suivi et de soutien psychologiques en raison de la durée potentiellement illimitée de leur détention. Le CPT a déclaré qu'il faut « *un niveau élevé de soins, avec une équipe pluridisciplinaire, un travail intensif à caractère individuel avec les détenus, dans un cadre cohérent destiné à assurer une progression en vue de la libération, laquelle doit constituer une possibilité réelle* ».

¹¹⁴³ V. *supra* n° 121.

¹¹⁴⁴ En ce sens, le régime imposé par le gouvernement turc aux détenus purgeant une peine de réclusion criminelle à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle en est la parfaite illustration. Le droit turc prévoit en son article 67 de la loi n° 5275 sur l'exécution des peines et des mesures de sécurité, que la « *Commission d'administration et d'observation de la prison peut décider qu'un détenu qui représente un danger absolu pour la société ne sera pas autorisé à écouter la radio ou à regarder la télévision. Les détenus qui conservent une position dirigeante dans des organisations armées peuvent se voir interdire tout accès au téléphone* ». Par conséquent, le CPT a indiqué au regard de ces règles qu'elles ressemblent davantage à des sanctions qu'à des mesures de prévention sécurisée.

bénéficiaire d'un réel soutien afin de réduire le risque de récidive et par ce fait « *contribuer à la prévention de la criminalité et rendre leur libération possible* »¹¹⁴⁵. C'est ainsi au regard de la durée illimitée de la détention de sûreté que des efforts doivent être réalisés dans la prise en charge des détenus, ces derniers n'étant pas à même d'évaluer les progrès à parcourir afin de pouvoir bénéficier d'une libération. L'État doit mettre en place un accompagnement précautionneux. Aussi, ladite Cour constate-t-elle que l'État est confronté à une absence de mesures complémentaires et à une absence de mesures de fond. Ce qui signifie que les mesures applicables aux détenus purgeant une peine à perpétuité sont identiques à celles pour un détenu purgeant une peine ordinaire, ce qui pose difficulté au regard des exigences de la Cour. Aucune mesure particulière n'est de ce fait prévue afin de se prémunir d'une récidive et de permettre leur réhabilitation réelle.

La Cour européenne des droits de l'homme s'attache d'autant plus au concept de dignité afin de parfaire l'application de ces mesures. L'article D. 189 du Code de procédure pénale mentionne la dignité humaine de la façon suivante : « *A l'égard de toutes les personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire, à quelque titre que ce soit, le service public pénitentiaire assure le respect de la dignité inhérente à la personne humaine et prend toutes les mesures destinées à faciliter leur réinsertion sociale* »¹¹⁴⁶. Le respect de la dignité s'inscrit dans la perspective de réinsérer le délinquant. Cette volonté de réinsérer repose sur le souci d'éviter la récidive en offrant la possibilité d'une réhabilitation. La Cour développe sa propre jurisprudence en soulignant l'importance d'une forme particulière de réhabilitation. « *La réhabilitation reconnaît alors l'autonomie et le libre arbitre du détenu* »¹¹⁴⁷.

193. Comme indiqué, la justice est prescriptrice de soins, ainsi qu'en est-il de la nature des obligations qui reposent sur l'État ? Les obligations de l'État à cet égard sont de moyens¹¹⁴⁸. L'État a en effet l'obligation de mettre en œuvre tous moyens raisonnables et adéquats pour satisfaire à une protection effective des droits consacrés par la Convention¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁵ A. GILLET et E. CUQ, « La réclusion criminelle à perpétuité et la Cour européenne des droits de l'homme », *loc. cit.*, p. 128.

¹¹⁴⁶ L'article 22 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 prévoit que « *l'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits* ».

¹¹⁴⁷ V. VASILIKI et S. DIRK VAN ZYL, « Réhabilitation et perspective de libération pour toute personne condamnée à la réclusion à perpétuité », *loc. cit.*

¹¹⁴⁸ V. *supra*, n° 24.

¹¹⁴⁹ CEDH, 13 oct. 2009, *De Schepper c/ Belgique*, n° 27428/07. Dans cette affaire, la Cour a considéré eu égard à la mise à disposition du requérant au gouvernement belge (condamné à plusieurs reprises pour pédophilie et qui estimait que son internement était arbitraire après l'expiration de sa peine) que les autorités n'avaient pas : « *manqué à leur obligation de tenter d'assurer au requérant un traitement adapté à son état et de nature à*

Il convient de noter que les États conservent une marge d'appréciation considérable en ce qui concerne les mesures spécifiques qu'ils adoptent afin de remplir ce devoir. La Grande Chambre souligne que l'obligation d'offrir à tout détenu une opportunité de réhabilitation constitue une obligation de moyens et non pas une obligation de résultat. Les États ne peuvent pas garantir que « *tout détenu réussira à se réhabiliter de façon à pouvoir regagner sa liberté* »¹¹⁵⁰. La Convention « *ne garantit pas, en tant que telle, un droit à la réinsertion* »¹¹⁵¹. Elle garantit un droit d'accès aux moyens de réhabilitation puisque toute personne condamnée même à perpétuité doit pouvoir travailler à sa réinsertion¹¹⁵². Ceci est confirmé par la Grande chambre¹¹⁵³ qui déclare qu'un « *État sera réputé avoir satisfait à ses obligations découlant de l'article 3 lorsqu'il aura mis en place des conditions de détention et des dispositifs, mesures ou traitements propres à permettre l'amendement du détenu à vie* ». Par conséquent, les États doivent mettre en place un accompagnement précautionneux. Ils doivent inciter les personnes détenues à un projet de sortie. Aussi les mesures de sûreté tendent-elles vers la réhabilitation, mais aucune obligation de résultat ne pèse sur les États.

De plus, la suspension médicale de peine¹¹⁵⁴ permet d'accompagner vers sa sortie de prison un condamné dès lors que son pronostic vital est engagé ou dès que son état de santé est durablement incompatible avec la détention¹¹⁵⁵. Dans ces hypothèses, le condamné à la réclusion criminelle à perpétuité ne devrait pas finir ses jours en détention. Qu'en est-il alors dans le cadre de la perpétuité réelle ? Est-il possible d'accompagner le détenu vers sa réinsertion ? Au regard des textes, il devrait pouvoir en bénéficier autant que son comportement le justifie et tout autant qu'un détenu purgeant une réclusion à perpétuité.

l'aider à retrouver sa liberté. Si ces efforts se sont avérés infructueux à ce jour, cela résulte de l'évolution de l'état du requérant et de l'impossibilité thérapeutique pour les établissements contactés de le traiter à ce stade. Toutefois, cette constatation ne libère pas le gouvernement de l'obligation de prendre toutes les initiatives appropriées afin de pouvoir trouver, dans un avenir proche, un établissement public ou privé susceptible de prendre en charge des cas de ce type ». Par conséquent, les mesures prises n'étaient pas incompatibles avec la Convention européenne des droits de l'homme dans le sens où la détention après condamnation a été interprétée comme englobant la mise en œuvre de mesures de sûreté consécutives à la constatation d'un état dangereux.

¹¹⁵⁰ V. VASILIKI et S. DIRK VAN ZYL, « Réhabilitation et perspective de libération pour toute personne condamnée à la réclusion à perpétuité », *loc. cit.*, § 3.

¹¹⁵¹ *Ibid.*

¹¹⁵² CEDH, Gr. ch., 26 avr. 2016, *Murray c/ Pays-Bas*, préc. § 103. Le juge Pinto De Albuquerque indique que « *l'obligation d'offrir à chaque détenu (...) un plan individualisé adéquat de déroulement de sa peine et les conditions de sa mise en œuvre est une obligation de résultat* ».

¹¹⁵³ *Ibid.* § 111.

¹¹⁵⁴ V. *supra*, n° 161.

¹¹⁵⁵ Loi n° 2009-1436 du 24 nov. 2009. Elle permet de se passer de deux expertises médicales concordantes et de les remplacer par un certificat médical.

B. Des précautions libératoires

194. Un condamné peut être libéré de l'exécution de sa peine au sein de la prison, ce qui n'empêche pas la justice d'être précautionneuse à l'égard de la société et de la réinsertion de ce dernier. La loi française n° 2008-174 du 25 février 2008 a instauré la surveillance de sûreté dont la violation des obligations mises à la charge de la personne qui y est soumise peut entraîner son placement en rétention de sûreté¹¹⁵⁶. En ce sens, la surveillance de sûreté peut être substituée à la rétention de sûreté. Dans la mesure où la rétention de sûreté n'est pas prolongée ou a cessé, d'office ou sur demande, la juridiction régionale de la rétention peut par la même décision et après débat contradictoire, placer la personne sous surveillance de sûreté, si celle-ci présente des risques de commettre des infractions visées à l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale. Les obligations prescrites par la surveillance de sûreté sont identiques à celles de la surveillance judiciaire. L'injonction de soins et le placement sous surveillance électronique mobile peuvent être prescrits. La juridiction régionale de la rétention de sûreté peut ordonner une surveillance de sûreté à l'égard d'une personne placée sous surveillance judiciaire à laquelle toutes les réductions de peine ont été retirées. Quand la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté conclut à la particulière dangerosité du condamné, la juridiction régionale de la rétention de sûreté peut ordonner la rétention pour une durée d'un an, renouvelable. À défaut de renouvellement, la juridiction régionale de la rétention de sûreté peut donc prescrire une surveillance de sûreté pour une durée de deux ans¹¹⁵⁷. Suite à un placement sous surveillance de sûreté à une durée de deux ans, cette dernière peut être renouvelée dans les mêmes conditions et pour la même durée¹¹⁵⁸. Aussi le législateur a judiciarisé une mesure à caractère administratif en mesure d'exécution des peines. Le juge doit fixer dans chaque espèce la forme que doit prendre la réaction sociale à l'encontre du délinquant comparaissant devant lui. En face d'un réclusionnaire à perpétuité, le juge doit connaître la personnalité de ce dernier afin de décider de la mesure lui permettant de prendre les plus grandes précautions libératoires afin de parvenir dans les meilleures conditions possibles à la réadaptation du délinquant. Le juge de jugement n'est pas suffisamment informé de la personnalité de l'intéressé donc le juge d'application des peines

¹¹⁵⁶ V. *infra* n° 197.

¹¹⁵⁷ Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 ayant modifié l'article 723-37 du C. pr. pén.

¹¹⁵⁸ S'il apparaît que l'individu placé sous surveillance de sûreté ne respecte pas les obligations imposées et qu'il est d'une particulière dangerosité, le Président de la juridiction régionale peut ordonner en urgence le placement dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté. Il convient à la juridiction régionale de confirmer ce placement dans un délai de trois mois après avis de la Commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté.

de façon directe ou indirecte peut infléchir le traitement dans le sens qui paraît désirable. Après l'exécution d'une longue peine, le condamné est exposé à de nombreuses tentations pouvant l'entraîner à commettre de nouvelles infractions. Dans l'hypothèse où la libération conditionnelle n'est pas sollicitée ou n'est pas octroyée, il est nécessaire d'aménager la fin de peine. La surveillance de sûreté a ainsi pour objectif la prévention de la récidive. Elle permet d'éviter « *les sorties sèches* »¹¹⁵⁹ en particulier pour les longues peines et tente de réduire le risque de récidive grâce à un contrôle et à un accompagnement lors de la sortie de prison qui doit rester la priorité.

La Cour européenne des droits de l'homme doit se prononcer sur une mesure de surveillance de sûreté. Il peut être fait état d'hypothèses selon lesquelles, une législation nationale peut être remise en cause. Il convient alors de s'interroger sur le fait de savoir si un condamné soumis à une surveillance de sûreté et dont la durée peut être prolongée n'est pas contraire aux exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme. Par ailleurs, les obligations selon lesquelles le réclusionnaire doit se présenter à l'autorité de police à des intervalles réguliers et imposés, de garder contact avec des centres de soins, de ne pas s'éloigner de la commune de résidence peuvent consister en des mesures attentatoires à la liberté de circuler. Ainsi ne risquent-elles pas d'être considérées comme étant non conventionnelles ? Les normes conventionnelles sont-elles alors violées¹¹⁶⁰ ? Une mesure de sûreté restreignant la liberté de circulation doit faire l'objet de contrôles réguliers et diligents pour pouvoir être prorogée. La Cour peut alors considérer la mesure comme « *attentatoire à la liberté de circuler et considérer qu'elle n'est pas une mesure privative de liberté au sens de l'article 5 de la Convention* »¹¹⁶¹. Afin que la mesure de surveillance de sûreté ne soit pas déclarée inconstitutionnelle, il faut que cette dernière permette de ménager un juste équilibre

¹¹⁵⁹ C. MARGAINE, « La libération contrôlée », in *Pour une refonte du droit des peines*, E. BONIS-GARÇON (ss la dir.), éd. Lexis Nexis, 2016, p 65.

¹¹⁶⁰ L. PRIOU-ALIBERT, « La surveillance de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », D. Actu., 23 avril 2010.

¹¹⁶¹ CEDH, 20 avr. 2010, *Villa c/ Italie*, n° 19675/06. En effet, la liberté surveillée imposait au condamné de se présenter une fois par mois à l'autorité de police, de garder des contacts avec le centre psychiatrique, d'habiter Milan, de ne pas s'éloigner de la commune de résidence et de rester chez lui entre 22 h et 07 h 00. C'est donc à l'aune de l'article 2 du protocole 4 qui garantit la liberté de circulation, qu'elle examine sa conventionalité. Dans cette affaire, la Cour a relevé que la restriction à la liberté de circuler avait une base légale en droit italien et que la décision de mettre en place la liberté surveillée est intervenue sur la base de nombreuses données factuelles (infractions commises, rapports médicaux, expertises psychiatriques) qui lui ont permis d'apprécier son caractère nécessaire au maintien de l'ordre public et à la prévention des infractions pénales. Mais la Cour a également précisé qu'une mesure restreignant la liberté de circulation d'une personne, fut-elle justifiée au départ, « *peut devenir disproportionnée et violer les droits de cette personne si elle se prolonge automatiquement pendant longtemps* ».

entre l'intérêt général et les droits de l'individu. Il convient alors de dire que la Cour de Strasbourg entend garantir les individus contre les mesures de sûreté restreignant la liberté de circulation, quand bien même elle ne les qualifie pas de peines¹¹⁶². Lorsqu'un individu est jugé dangereux, ce dernier est alors soumis à une surveillance de sûreté et il doit de ce fait au regard de sa dangerosité respecter les obligations dictées par une telle mesure. La Cour de Strasbourg doit nécessairement s'intéresser à la durée de cette mesure. En France, comme indiqué précédemment, la durée de cette mesure est de deux ans. Il est important de préciser qu'aucun contrôle automatique par le juge n'est prévu¹¹⁶³. Cette absence d'examen automatique de la situation par le juge pendant deux ans, sauf demande expresse du condamné, ne peut-elle pas être considérée comme étant une procédure trop longue ? La Cour européenne des droits de l'homme peut condamner les États ne respectant pas une certaine célérité¹¹⁶⁴ quant à la décision de prolongation de la surveillance de sûreté. Une fois appliquée, toute mesure de sûreté doit faire l'objet d'un examen périodique afin de vérifier que ses conditions demeurent réunies. « *La disparition de la dangerosité, synonyme de resocialisation de l'individu, doit entraîner la cessation de la mesure de sûreté* »¹¹⁶⁵.

Par ailleurs, il conviendrait de s'interroger sur le fait que des dérives du procédé de surveillance de sûreté pourraient être constatées au regard des nouvelles technologies. La géolocalisation pourrait en effet être adoptée afin de surveiller plus facilement les personnes bénéficiant d'une surveillance de sûreté. Le curseur serait alors à définir afin que la législation ne soit pas contraire aux exigences posées par l'article 8 de la Convention et n'altère en rien le

¹¹⁶² V. *infra* n° 197.

¹¹⁶³ Le condamné à la réclusion criminelle à perpétuité peut voir se voir infliger l'exécution d'une rétention de sûreté transformée en surveillance de sûreté. Dans le cas où la juridiction régionale de la rétention de sûreté mettrait fin à cette mesure ou ne la renouvellerait pas, elle pourrait néanmoins, dans le cadre de cette même décision, retenir le principe d'un placement de l'intéressé sous surveillance de sûreté (Art. 706-53-19 du Code de pr. pén.) dès lors néanmoins que les conditions de cette mesure seraient réunies. Cette hypothèse ne doit pas être confondue avec celle de la saisine du juge d'application des peines par la Commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté qui estimerait que les conditions de la rétention de sûreté ne seraient pas réunies mais que l'intéressé est néanmoins dangereux. Ce cas n'est envisageable qu'au stade de l'examen de l'éventualité de la décision initiale de placement en rétention de sûreté, à l'occasion de l'évaluation faite dans un délai d'un an avant l'élargissement (Art. 706-53-14 du Code de pr. pén.). En effet, la surveillance judiciaire repose sur la durée des réductions de peine, or une fois la peine entièrement purgée, moment où la rétention de sûreté peut s'appliquer, ces réductions de peine sont par nature acquises à l'intéressé.

¹¹⁶⁴ Un arrêt relatif à la première surveillance de sûreté a été rendu par la Juridiction nationale de la rétention de sûreté : « *M. U., après avoir purgé une peine de vingt ans pour des viols aggravés, puis été placé sous surveillance judiciaire, a fait l'objet d'une surveillance de sûreté pendant un an. Cette mesure a ensuite été prolongée par la juridiction régionale de la rétention de sûreté de Paris, le 15 avril 2010, cette fois pour deux ans. M. U. a interjeté appel de cette décision auprès de la juridiction nationale de la rétention de sûreté. Il a contesté l'utilité de la prolongation alors même qu'il a entre-temps été placé d'office en hôpital psychiatrique ; sa compatibilité avec les normes conventionnelles (art. 5, 6, 7 et 3 Conv. EDH) et enfin sa durée même* ».

¹¹⁶⁵ J. HERMANN, « Les mesures de sûreté », RSC 2015, p. 996.

droit au respect de la vie privée et familiale¹¹⁶⁶. « *La dérive des mesures de sûreté, perceptibles dans d'autres pays interpelle dans son principe même* »¹¹⁶⁷. Certains pays européens¹¹⁶⁸ ont alors pour préférence le prononcé de condamnations pénales perpétuelles, auxquelles il ne peut être mis fin que si la personne n'est plus dangereuse¹¹⁶⁹. Cela permet d'empêcher des dérives qui présentent des dangers au regard des libertés individuelles par rapport à des régimes juridiques qui peuvent être considérés comme inappropriés.

195. En France, il est également possible de soumettre un individu à la surveillance judiciaire introduite par la loi du 12 décembre 2005¹¹⁷⁰. À cet égard, est-il possible de prolonger une surveillance judiciaire par une surveillance de sûreté¹¹⁷¹ ? Une surveillance judiciaire achevée peut-elle être prolongée sous forme de surveillance de sûreté ? Il est acquis¹¹⁷² que la surveillance de sûreté peut prolonger la surveillance judiciaire étant prononcée à la suite d'une autre mesure de sûreté. Par conséquent, les interrogations soulevées par la Cour européenne des droits de l'homme concernant la nature d'une mesure de sûreté sont applicables en la matière. Un réclusionnaire à perpétuité doit avoir la possibilité d'apercevoir une perspective d'élargissement dès le prononcé de la condamnation. Alors, dans la mesure où ce dernier purge la période de sûreté et suite à laquelle il est contraint à une surveillance judiciaire puis à une surveillance de sûreté, n'est-il pas confronté à un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3 de la Convention ? L'exigence centrale posée par la Cour européenne des droits de l'homme est le fait d'assurer un mécanisme légal permettant de maintenir l'espoir de libération. L'incertitude d'une potentielle prolongation de la surveillance judiciaire en surveillance de sûreté peut poser des difficultés par conséquent au

¹¹⁶⁶ J.-L. LENNON, « De la géolocalisation », D. 2017, p. 279. Pour une étude comparative des critères : J.-F. RENUCCI, « Géolocalisation convention EDH », RSC 2016, p. 847 ; H. MATSOPOULOU, « La surveillance par géolocalisation à l'épreuve de la convention européenne des droits de l'homme », D. 2011, p. 724.

¹¹⁶⁷ M. HERZOG-EVANS, « La première surveillance de sûreté prend fin – Juridiction nationale de la rétention de sûreté 1^{er} juillet 2010 », AJ pénal 2010, p. 559.

¹¹⁶⁸ Il peut être fait état pour exemple de l'Angleterre ou du Pays de Galles qui préfèrent ainsi demeurer dans la légalité du système juridique général.

¹¹⁶⁹ Il est procédé ainsi à une évaluation de la dangerosité.

¹¹⁷⁰ Loi n° 2005-1549 du 12 déc. 2005. La surveillance judiciaire des personnes dangereuses est une mesure qui permet de soumettre, après leur libération, les condamnés évalués comme dangereux à des obligations et des mesures de contrôle dans le but de prévenir le risque de récidive et, ce pendant une durée équivalente aux réductions de peine dont ces condamnés ont pu bénéficier.

¹¹⁷¹ M. HERZOG-EVANS, « Une surveillance judiciaire achevée ne peut être prolongée sous forme de surveillance de sûreté, Crim., 31 janv. 2012 », AJ pénal 2012, p. 664 ; D. 2012, p. 502 ; X. SALVAT, « Pour la première fois, la Chambre criminelle statue sur un recours exercé contre une décision de la juridiction nationale de la rétention de sûreté », RSC 2012, p. 406

¹¹⁷² Article 723-37 du C. pr. pén.

regard des exigences de la Cour. En créant la surveillance judiciaire, la volonté du législateur était de consacrer la possibilité de convertir un temps de détention en un temps normalement accompli en milieu fermé en un contrôle soutenu en milieu ouvert, la problématique étant toujours la même dans le sens où un réclusionnaire à perpétuité doit purger dans un premier temps la période de sûreté avant de pouvoir envisager de bénéficier d'une mesure de sûreté.

La Commission Cotte¹¹⁷³ a proposé de modifier la surveillance judiciaire afin de lui substituer un mécanisme qui en serait inspiré : la libération contrôlée, qui par sa nature et son exécution ne serait peut-être pas contraire aux exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme. La libération contrôlée est ainsi inspirée de la surveillance judiciaire et permettrait d'éviter des sorties de prison sans suivi et de prévenir la récidive au moyen d'une surveillance et d'un contrôle soutenu lors de la sortie de prison dont la spécificité est d'être limitée aux seules peines de réclusion criminelle supérieures ou égales à dix ans. La libération contrôlée serait donc destinée aux condamnés à de longues peines qui n'auraient pu bénéficier d'un aménagement de peine. Cette mesure de sûreté serait précautionneuse, car elle serait applicable seulement en matière criminelle aux condamnés qui n'auraient pas fait l'objet d'un suivi socio-judiciaire probatoire ou d'une libération conditionnelle de sorte qu'aucun criminel ne sorte sans aucun contrôle d'un établissement pénitentiaire. Cette mesure permettra également d'enjoindre des soins aux auteurs de crimes. Cette réforme permettrait alors de développer la surveillance des condamnés libérés. Toutefois, il sera nécessaire de limiter le prononcé de la libération contrôlée au cas de risque avéré de récidive. Il sera nécessaire de justifier précisément les mesures dans lesquelles une telle surveillance pourra être mise en place afin de ne pas être contraire aux exigences de la Cour. Au regard de l'article 5 de la Convention, il ne faudrait pas que la libération contrôlée devienne une privation irrégulière de liberté. Elle devra indéniablement offrir suffisamment de garanties en respectant les garanties processuelles imposées par l'article 5. Par ailleurs, la question qui suscite un grand intérêt réside dans l'application dans le temps de la libération contrôlée si cette dernière venait à être consacrée par le législateur. La surveillance judiciaire est par nature une mesure de sûreté ce qui permet de l'appliquer immédiatement. Le Conseil constitutionnel avait considéré dans sa décision du 8 décembre 2005¹¹⁷⁴ « *qu'elle ne constituait ni une peine ni une sanction, mais une modalité d'exécution de la peine qui échappait par conséquent au principe de non-*

¹¹⁷³ La commission Cotte s'est interrogée sur la conformité de certaines dispositions aux prescriptions de la Convention comme de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui s'avère sujette à discussion et dont la sécurité juridique s'en trouve affectée, ce qui fragilise les procédures.

¹¹⁷⁴ Cons. const., 8 décembre 2005, n° 2005-527 DC, « *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales* ».

rétroactivité des peines ». La libération contrôlée serait ainsi non pas une nouvelle peine, mais une modalité d'exécution de la peine criminelle qui justifierait son application immédiate. La difficulté va reposer dans la caractérisation de la sévérité de cette mesure. Cette dernière est une mesure plus sévère dans le sens où elle permet d'éviter les « *sorties sèches* » et ainsi la remplace par une sortie sous contrôle. Il va être nécessaire pour le législateur de prévoir l'application de la mesure de libération contrôlée aux personnes condamnées pour des faits antérieurs à l'adoption de cette mesure afin de ne pas laisser une trop importante marge de manœuvre à la jurisprudence pour éviter d'être condamné par la Cour européenne des droits de l'homme. La libération contrôlée s'inscrit « *dans le mouvement visant à conserver et à étendre le contrôle post-carcéral ou post-sentenciel s'exerçant sur les condamnés après l'exécution de leur peine* »¹¹⁷⁵. La justice prescriptrice de précautions libératoires, ayant pour objectif la réinsertion du délinquant, n'est-elle pas illusoire ?

§ 2. La justice désavouée

196. Les personnes considérées dangereuses ont attiré l'attention, s'agissant des meurtriers en série, des violeurs en série, qui après une première condamnation et après avoir bénéficié d'une libération conditionnelle, récidivaient. La question se posait alors de savoir si la période d'exécution de la peine était efficace. La justice en tant que prescriptrice de soins a mis en place des mesures de sûreté dont le résultat est de permettre la réinsertion de ces individus. Aussi, lorsqu'il s'agit d'un réclusionnaire à perpétuité, il est difficile d'évaluer le bénéfice apporté par la peine. La réinsertion est un mythe ou la réalité ? Le constat est tel que la réinsertion est malmenée dans le sens où un réclusionnaire qui garde espoir d'être libéré un jour, après le délai écoulé de la période de sûreté peut être soumis à une rétention de sûreté. Ces mécanismes mis en place pour aider à la réinsertion ne se heurtent-ils pas aux exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme ? Ce désaveu de la justice se traduit alors par une promesse de libération compromise (A) et par une refonte de la peine envisagée (B).

¹¹⁷⁵ C. MARGAINE, « La libération contrôlée », *loc. cit.*, p. 70.

A. Une promesse de libération compromise

197. Un condamné à la perpétuité a pour espoir, une fois la période de sûreté purgée, de bénéficier d'une libération anticipée. Or, ce dernier peut être soumis à une rétention de sûreté qui compromet alors la promesse de libération. La loi française 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 rend donc possible l'enfermement à vie des criminels dangereux déjà condamnés. Elle consiste à garder enfermées après l'exécution de leur peine, dans des centres fermés et pour une durée indéfiniment renouvelable, des personnes qui présentent des risques de récidive très élevés de commettre à nouveau des infractions très graves, en raison de troubles graves de la personnalité dont elles souffrent¹¹⁷⁶. L'objectif de la rétention de sûreté tend vers la réadaptation de l'intéressé en vue de protéger la société contre l'intéressé¹¹⁷⁷. Afin que la rétention de sûreté soit envisagée, il faut préciser que la Cour d'Assises doit avoir prévu, et ce expressément dans la décision de condamnation, que la personne pourra faire l'objet à la fin de sa peine d'un réexamen de sa situation en vue d'une éventuelle rétention de sûreté¹¹⁷⁸. En d'autres termes, la mesure de sûreté peut être considérée comme une « *mesure post-peine* » fondée sur la seule dangerosité de l'individu¹¹⁷⁹. La rétention de sûreté est « une

¹¹⁷⁶ Art. 706-53-13 du C. pr. pén. Il s'agit d'un placement de la personne dans un centre médico-judiciaire de sûreté, dans lequel il lui est proposé de manière permanente une prise en charge médicale sociale et psychologique destinée à mettre fin à la mesure.

¹¹⁷⁷ P. BRUSTON, « La rétention de sûreté est-elle une modalité d'application des peines ? », AJ pénal 2008, p. 403 ; A. GIUDICELLI, « Procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale : le refus problématique d'une application immédiate », RSC 2009, p. 136.

¹¹⁷⁸ « Une décision doit être prise par la juridiction régionale de la rétention de sûreté, au vu d'un avis motivé de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté. Un an avant la date prévue pour leur libération, la situation des personnes visées par l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale est examinée par cette Commission. Ladite Commission demande le placement de l'intéressé 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 si les obligations résultant de l'inscription dans le fichier national des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes ainsi que les obligations découlant d'une injonction de soins ou d'un placement sous surveillance électronique mobile, dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire ou d'une surveillance judiciaire, apparaissent insuffisantes. La rétention constitue alors l'unique moyen de prévenir la commission des infractions. Si ladite Commission estime que les conditions de la rétention ne sont pas réunies mais que le condamné paraît dangereux, elle renvoie le dossier au juge de l'application des peines pour qu'il apprécie l'éventualité d'un placement sous surveillance judiciaire », B. BOULOC, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., p. 505.

¹¹⁷⁹ J.-P. CÉRÉ, « La rétention de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », AJ pénal, 2008, p. 220.

peine après la peine »¹¹⁸⁰. Au regard du droit conventionnel européen, et notamment des articles 5 et 7, il convient de s'interroger sur la licéité de cette mesure. « *Toutes tentatives de limitation des droits des personnes libérées au-delà de leur peine devraient être appréciées avec la plus grande précaution parce qu'elles présentent le risque de constituer une sanction supplémentaire* »¹¹⁸¹. Il convient alors de préciser que la mesure privative de liberté doit être justifiée au regard des conditions prévues par la loi. L'article 5 § 1 de la Convention rappelle que « *toute personne a le droit à la liberté et à la sûreté* ». Au regard, des exigences de la Cour européenne des droits de l'homme, il sera également rappelé que d'après l'article 5 en son § 1) c), la Convention indique que la privation de liberté de l'intéressé peut être justifiée selon les voies légales « *lorsqu'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* ». Dans la mesure où la privation de liberté n'a qu'une finalité préventive donc sans certitude quant à la nécessité de priver l'individu de sa liberté, la rétention de sûreté serait alors contraire au droit à la sûreté. Par conséquent, la personne privée de liberté doit être détenue régulièrement après condamnation par un tribunal compétent. C'est alors que la difficulté se pose lorsqu'après l'exécution de la peine, l'individu est privé de sa liberté en vue de prévenir le renouvellement du comportement criminel. La question repose sur le fait de savoir si l'objectif qui tend vers la réadaptation du condamné en la rétention de sûreté permet de justifier une privation de liberté et de considérer que le droit à la sûreté de l'intéressé est respecté. « *La rétention de sûreté consiste dans le placement de la personne intéressée en centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel lui est proposé, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure* ». Aussi la question de la compatibilité de la rétention de sûreté au droit à la sûreté est-elle omniprésente. En effet, la rétention de sûreté n'est pas une privation régulière de liberté. Il est certain que la détention « *post-pénale* »¹¹⁸² n'appartient pas à la liste prévue par l'article 5 de la Convention. Ainsi afin de respecter les exigences posées par l'article 5 de la Convention, il est nécessaire qu'un lien de causalité¹¹⁸³ suffisant entre la condamnation pénale

¹¹⁸⁰ R. BADINTER, « La prison après la peine », *Le Monde*, 27 nov. 2007.

¹¹⁸¹ S. SNACKEN et D. VAN ZYL SMIT, *Principles of European Prison Law and Policy. Penology and Human Rights*, Oxford Univ. Press, 2009, spéc. p. 342, traduction de M. HERZOG-EVANS.

¹¹⁸² M. HERZOG-EVANS, « Constitutionnalité et conventionalité de la rétention de sûreté », *Dalloz Action*, *op. cit.*

¹¹⁸³ Illustrations d'une peine perpétuelle discrétionnaire : CEDH 2 mars 1987, *Weeks c/ Royaume-Uni, préc.*, § 42. Dans cet arrêt, une personne est condamnée à l'emprisonnement en 1966, puis libérée après exécution d'une partie de la peine et, enfin, réincarcérée en 1977 pour cause de dangerosité pour la société. Les juges européens ont considéré qu'il y avait un lien suffisant entre la condamnation de 1966 et le retour en prison en 1977.

et la privation de liberté soit avéré. Il faut que les décisions relatives au placement et au maintien du requérant en rétention de sûreté soient conformes à l'objectif du jugement initial ayant assorti la peine privative de liberté d'une telle mesure afin d'empêcher le condamné de commettre de nouvelles infractions¹¹⁸⁴. La mesure doit s'appliquer après condamnation. La Cour de Strasbourg adopte alors une conception stricte de cette exigence afin de défendre au maximum la liberté individuelle. Elle rejette alors une conception chronologique de la simple succession dans le temps de la condamnation et de la sanction. Elle retient alors une conception causale selon laquelle la détention doit résulter de la décision.

Les dispositions prises par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *M. c/ Allemagne* de 2009¹¹⁸⁵ étaient attendues par les juridictions nationales, car en l'espèce il s'agissait de s'interroger sur l'inconventionnalité en Allemagne de la détention de sûreté¹¹⁸⁶

Cependant, dans une affaire postérieure, également relative à une condamnation à une peine perpétuelle et où le condamné avait été libéré puis réincarcéré, la Cour n'a pas vu de lien de causalité entre « *la possibilité que le requérant se rende coupable d'autres infractions à caractère non violent et la peine qui lui avait été infligée pour meurtre en 1967* ». CEDH 28 mai 2002, *Stafford c/ Royaume-Uni*, préc.

¹¹⁸⁴ V. en ce sens O. BACHELET, « Rétention de sûreté : satisfecit pour l'Allemagne, doute pour la France », D. Actu. 10 nov. 2010.

¹¹⁸⁵ CEDH, 17 déc. 2009, *M. c/Allemagne*, préc., spéc. §86. V. notamment, J. LEBLOIS-HAPPE, « 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.

¹¹⁸⁶ J. PRADEL, « Mesures de sûreté privatives de liberté et Convention européenne des droits de l'homme » D. 2010, p. 737. Dans cette espèce, le requérant faisait valoir qu'en droit allemand la rétention de sûreté n'avait jamais été considérée comme une peine, mais que cela en été manifestement une. Le 17 novembre 1986, « *M. est condamné par le tribunal régional de Marburg pour tentative de meurtre et vol aggravé. Les juges fixent la peine à cinq ans d'emprisonnement et ils ajoutent un placement en détention de sûreté en vertu de l'article 66, paragraphe 1^{er}, du Code pénal : cette mesure peut être prononcée lorsque le condamné a une forte propension à commettre des infractions graves portant atteinte à la collectivité. L'intéressé termine de purger sa peine d'emprisonnement le 18 août 1991 et commence aussitôt sa détention de sûreté d'une durée de dix ans, ce qui était alors le maximum légal. Pendant l'exécution de cette détention survient un élément essentiel, à savoir le vote d'une loi du 26 janvier 1998, entrée en vigueur le 31 janvier 1998, supprimant le plafond légal de dix ans de la détention de sûreté et permettant ainsi la prolongation du délai de façon indéfinie : en effet, le nouvel article 67, d, du Code pénal allemand décide, en son paragraphe 3, qu' "après dix ans de détention de sûreté, le tribunal déclare la mesure terminée, à moins qu'il n'y ait un danger que, en raison de sa propension au crime, l'intéressé ne commette de nouvelles infractions graves de nature à causer d'importants dommages psychologiques ou corporels à ses victimes. La fin de la mesure s'accompagne automatiquement d'un contrôle de la conduite du délinquant". Or les juges du tribunal régional de Marburg, par décision le 10 avril 2001, prolongent le placement en détention de sûreté pour la période postérieure au 8 septembre 2001, date à laquelle l'intéressé aurait passé dix ans en détention de sûreté et pouvait escompter sa libération. D'où un recours devant la cour d'appel de Francfort-sur-le-Main qui, par arrêt du 26 octobre 2001, le déboute. D'où encore un recours devant la Cour constitutionnelle fédérale qui, par décision du 5 février 2004, fortement motivée, le déboute encore. L'intéressé saisit la Cour européenne des droits de l'homme et invoque deux arguments, très proches l'un de l'autre : 1° Son maintien en détention de sûreté au-delà de dix ans, durée maximale à l'époque des faits, violait l'article 5, paragraphe 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme ; 2° La prolongation rétroactive de sa détention de sûreté pour une durée illimitée méconnaissait l'article 7, paragraphe 1^{er}, de la Convention. Les juges européens lui donnent raison aux deux titres et condamnent l'Allemagne à lui verser une*

qui est la « *sœur presque jumelle* » de la rétention de sûreté¹¹⁸⁷. Le débat était centré sur la nature juridique de la rétention de sûreté, en Allemagne la détention de sûreté. Dans cet arrêt, les juges européens ont considéré en effet que la privation de liberté résultant de la détention de sûreté ne présentait pas un lien de causalité suffisant avec la condamnation initiale et violait l'article 5 de la Convention¹¹⁸⁸. Cela a été confirmé par quatre arrêts du 13 janvier 2011 selon lesquels le raisonnement de la Cour est le même. « *N'existant pas, légalement, lors de la condamnation, la détention de sûreté ne pouvait avoir de lien avec les faits pour lesquels l'intéressé avait été condamné* »¹¹⁸⁹. Ainsi, la seule dangerosité de l'individu et le souci de prévenir le renouvellement de l'infraction ne peuvent suffire à justifier une privation de liberté¹¹⁹⁰. Au regard de l'argumentation de la Cour de Strasbourg, la rétention de sûreté semble pouvoir être reliée aux faits pour lesquels l'individu a été condamné dans la mesure où le dispositif légal existe lorsque les faits donnant lieu à un placement en rétention de sûreté sont commis. Il conviendra de rappeler que l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale prévoit en son alinéa 3 que la rétention de sûreté ne peut « *être prononcée que si la Cour d'assises*¹¹⁹¹ *a expressément prévu dans sa décision de condamnation que la personne pourra faire l'objet à la fin de sa peine d'un réexamen de sa situation en vue d'une éventuelle rétention de sûreté* ». Il pourrait être permis alors de considérer que « *la privation de liberté, envisagée dès la condamnation, pourrait être justifiée au regard des exigences posées par l'article 5 § 1 de la Convention* ». De plus, la Cour européenne des droits de l'homme a ainsi qualifié la détention de sûreté allemande « *de peine* » au sens de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme¹¹⁹². Cependant, il est opportun de douter du bien-fondé de cette qualification dans la mesure où la détention de sûreté est une mesure de sûreté (même si

satisfaction équitable de 50 000 € au titre du dommage moral, car il a éprouvé "des sentiments de détresse et de frustration qui ne sauraient être compensés par les seuls constats de violation" » (§ 141).

¹¹⁸⁷ J. LEBLOIS-HAPPE, « Rétention de sûreté vs unterbringung in die Sicherungsverwahrung : les enseignements d'une comparaison franco-allemande », AJ pénal 2008, p. 209.

¹¹⁸⁸ V. décision contraire : CEDH, 21 oct. 2010, *Grosskopf c/ Allemagne*, préc. Dans cet arrêt rendu contre l'Allemagne, la CEDH a refusé de déclarer contraire à l'article 5 de la Convention une détention de sûreté fondée sur le risque élevé de récidive du requérant en lien de causalité suffisant avec sa condamnation initiale.

¹¹⁸⁹ CEDH, 13 janv. 2011, *Kallweit c/ Allemagne*, préc. ; CEDH, 13 janv. 2011, *Mautes c/ Allemagne*, préc. ; CEDH, 13 janv. 2011, *Schummer c/ Allemagne*, préc. ; CEDH, 13 janv. 2011, *Haidn c/ Allemagne*, préc.

¹¹⁹⁰ E. PECHILLON, « Conditions du maintien d'une privation de liberté au terme d'une incarcération : l'examen de la conventionalité des rétentions de sûreté », AJ pénal 2010, p. 389.

¹¹⁹¹ La décision de condamnation prévue par la Cour d'assises aura prévu que le placement en rétention de sûreté ne pourra être décidé qu'à la suite d'une évaluation du détenu, au moins un an avant la fin prévue de sa peine. Cette évaluation sera réalisée par la Commission interdisciplinaire des mesures de sûreté, créée par la loi du 12 décembre 2005.

¹¹⁹² D. ROETS, « La privation de liberté de sûreté allemande : une "peine" soumise au principe de non-rétroactivité », RSC 2010, p. 236.

un aspect punitif peut être observé à l'égard de cette mesure), son prononcé implique une dangerosité¹¹⁹³ du condamné pour la société et des soins pour enrayer cette dangerosité. « *Elle vise donc l'avenir, alors que la peine est fondée sur la culpabilité et regarde donc en partie vers le passé. Tout concourt à qualifier cette institution de mesure de sûreté, qu'il s'agisse de ses conditions d'application ou de son régime d'exécution* »¹¹⁹⁴. La Cour européenne a jugé récemment dans l'arrêt *Bergmann c/ Allemagne*¹¹⁹⁵ que la détention de sûreté allemande était conforme à l'article 5 § 1 de la Convention. Si la rétention de sûreté constitue toujours une peine, la nécessité de traiter le trouble mental lui permet néanmoins d'être déclarée conventionnelle. Dès lors, l'inconventionnalité de la rétention de sûreté en France ne semble plus certaine.

Par ailleurs, la question qui s'est posée a été de savoir si son application immédiate ne viole pas le principe de non-rétroactivité¹¹⁹⁶. L'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme rappelle que : « *il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise* ». Bien que le Conseil constitutionnel ait écarté la rétroactivité de la mesure de sûreté, cette dernière rétroagit. Comme indiqué précédemment, elle n'est pas une peine, car elle n'est pas prononcée à raison de l'infraction et ce ne sont pas des juridictions répressives qui la prononcent. Il paraît intéressant de s'interroger afin de savoir si la peine elle-même est allongée du fait de la rétention de sûreté par rapport à ce qui a pu être décidé initialement. Il peut alors être observé¹¹⁹⁷ que la rétention de sûreté est « *quasi assimilable à une détention pénitentiaire, si ce n'est la terminologie utilisée. Elle s'adresse à des personnes qui antérieurement pouvaient raisonnablement espérer être quittes de toutes contraintes, a fortiori d'une nouvelle forme de privation de*

¹¹⁹³ Dans l'arrêt *James, Wells et Lee c/ Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme admet donc, comme elle l'avait fait précédemment (CEDH, 17 déc. 2009, *M. c/Allemagne, préc.*), qu'une privation de liberté soit imposée à un condamné à l'expiration de sa peine sur le fondement de sa dangerosité. Néanmoins, s'inspirant notamment de l'article 10, § 3, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques aux termes duquel « *le régime pénitentiaire comporte un traitement des condamnés dont le but essentiel est leur amendement et leur reclassement social* », la Cour exige qu'une telle privation de liberté soit mise à profit afin de favoriser la réinsertion de l'intéressé. À cet égard, sur le papier, la rétention de sûreté française respecte cette exigence puisqu'elle « *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* ».

¹¹⁹⁴ J. PRADEL, « Mesures de sûreté privatives de liberté et Convention européenne des droits de l'homme », *loc. cit.*

¹¹⁹⁵ CEDH, 7 janv. 2016, *Bergmann c/ Allemagne*, n° 23279/14.

¹¹⁹⁶ V. *supra* n° 127.

¹¹⁹⁷ « *La Cour européenne des droits de l'homme a fait preuve de pragmatisme en examinant la réalité concrète des situations légales et matérielles et non pas tant les catégories juridiques dans lesquelles le droit français se plaît à ordonnancer ses analyses* ». M. HERZOG-EVANS, « Constitutionnalité et conventionalité de la rétention de sûreté », Dalloz Action, *op. cit.*

*liberté, une fois la fin de leur peine assurée, ce qui n'aurait pas été possible si elles n'avaient pas été condamnées par une Cour d'assises à une peine d'au moins quinze ans de réclusion criminelle. Il n'est alors guère douteux qu'il y ait violation de l'article 7 de la Convention »*¹¹⁹⁸. Il était alors nécessaire de déterminer la nature de la rétention de sûreté. S'agit-il d'une peine ou d'une mesure de sûreté ? L'importance de cette distinction permet de rappeler que seules pour les peines, le principe de non-rétroactivité s'applique. « *La qualification de mesure de sûreté s'impose, car la rétention de sûreté, qui peut être renouvelée indéfiniment, est justifiée par l'état dangereux du condamné et a pour but la prévention de la récidive »*¹¹⁹⁹. La difficulté apparaît dans la mesure où il faut savoir si l'application immédiate de la rétention de sûreté est possible. Comme indiqué s'agissant d'une mesure de sûreté et non pas d'une peine, l'application immédiate est envisageable. Cependant, il est important de souligner que la rétention de sûreté est une mesure de sûreté. Néanmoins, les mesures de sûreté sont censées être « *privatives de droit ou restrictives de liberté* », alors que la rétention de sûreté a pour particularisme d'être « *privative de liberté* »¹²⁰⁰.

Le Conseil constitutionnel français¹²⁰¹ a eu l'occasion de se prononcer sur le dispositif de rétention de sûreté. Tout en validant le dispositif, le juge constitutionnel a souligné la nature « *privative de liberté* » de la rétention de sûreté eu égard à sa durée, son caractère renouvelable et son ampleur. À ses yeux¹²⁰², « *la rétention de sûreté ne saurait constituer une mesure nécessaire que si aucune mesure moins attentatoire à cette liberté ne peut suffisamment prévenir la commission d'actes portant gravement atteinte à l'intégrité des personnes* ». Il a décidé que la rétention de sûreté n'est pas une peine¹²⁰³ en précisant « *eu égard à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limites et au fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction, ne saurait être appliquée à des personnes condamnées avant la publication de la loi ou faisant l'objet d'une condamnation postérieure à cette date pour des faits commis antérieurement* ». La position des juges constitutionnels français est probablement préférable

¹¹⁹⁸ M. HERZOG-EVANS, « Constitutionnalité et conventionalité de la rétention de sûreté », *op. cit.*.

¹¹⁹⁹ J.-F. RENUCCI, *Droit Européen des droits de l'homme, Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, *op. cit.*

¹²⁰⁰ *Ibid.*

¹²⁰¹ Cons. Const., 21 févr. 2008, 2088-562 DC, consid. n° 18, *préc.*, où le Conseil considère que les « *dispositions garantissent que la juridiction régionale de la rétention de sûreté ne pourra ordonner une mesure de rétention de sûreté qu'en cas de stricte nécessité* ». V. notamment Y. MAYAUD, « La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », D. 2008. chron. 1359.

¹²⁰² C. LAZERGES, « La rétention de sûreté : le malaise du conseil constitutionnel », *loc. cit.*

¹²⁰³ F. LOMBARD et A. HAROUNE, « Vers la fin de la rétention en France ? », D. 2008, p. 2910.

à celle des juges allemands. La non-rétroactivité se fonde sur la sécurité juridique¹²⁰⁴, et cette règle se justifie non seulement pour les peines, mais aussi pour les mesures de sûreté lourdes. En pratique, il faudra attendre de voir si les autorités françaises se sont effectivement donné les moyens de leur objectif, le premier placement en rétention de sûreté ayant été décidé en décembre 2011 et confirmé début 2012¹²⁰⁵. La difficulté que semble soulever cette mesure de sûreté au-delà de sa potentielle inconventionnalité réside dans le fait qu'une personne condamnée à la perpétuité qui aurait purgé la période de sûreté soit alors confrontée à une perpétuité possible de la durée de rétention de sûreté, le renouvellement de la rétention de sûreté étant possible¹²⁰⁶.

198. Au regard de l'exécution de la rétention de sûreté, il convient de s'interroger au regard de l'état mental du détenu, des circonstances particulières dans lesquelles est appliquée la rétention de sûreté, et de sa durée indéterminée, afin de savoir dans quelle mesure la Cour européenne des droits de l'homme peut être amenée à retenir la violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ladite Cour a précisé les concepts de torture ou de traitements inhumains en se fondant sous le coup de l'interdiction, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité, apprécié en fonction de l'ensemble des données de la cause. Alors, en quoi la rétention de sûreté peut-elle être jugée contraire à l'article 3 de la Convention européenne ? Il est nécessaire de préciser que la rétention de sûreté a vocation à s'appliquer à des personnes « (...) qui présentent, à l'issue de leur peine, une probabilité très élevée de récidive et une particulière dangerosité résultant d'un trouble grave de leur personnalité, donc à des personnes relevant davantage du champ médical que du champ pénal »¹²⁰⁷. L'article 3 de la convention peut s'appliquer, car il s'agit de détenus

¹²⁰⁴ La CEDH parle d'ailleurs parfois du « principe général de la sécurité juridique » ; CEDH, 28 mars 2000, *Baramouski c/ Pologne*, préc.

¹²⁰⁵ M. HERZOG-EVANS, JNRS, 27 janv. 2012, n° 11 JNRS 004, D. 2012. Pan. 1294.

¹²⁰⁶ Il intervient « pour la même durée ». (Art. 706-53-16, al. 2 du C. pr. pén.). Aucune limite maximale n'a été fixée à ces renouvellements qui, ainsi, d'année en année, pourront conduire à une détention post-sentencielle perpétuelle. En cas de non renouvellement de la rétention de sûreté, comme au demeurant en cas d'infirmité d'une décision initiale de placement ou de renouvellement, la loi demande à la juridiction de considérer l'éventualité d'une surveillance de sûreté, laquelle s'impose en cas de persistance de la dangerosité. (Art. 706-53-19 du C. pr. pén.). La très forte contrainte que représente cette dernière mesure conduira inmanquablement à des violations des obligations, les échecs conduisant à nouveau en rétention de sûreté. Le futur vraisemblable de nombre de retenus sera de ce fait d'alterner des mesures de rétention, puis de surveillance de sûreté et ainsi de suite.

¹²⁰⁷ F. LOMBARD et A. HAROUNE, « Vers la fin de la rétention en France ? », *loc. cit.* Les auteurs énoncent que « Dans cette hypothèse, soit la CEDH considère cette population carcérale comme une population de détenus "ordinaires", ce qui paraît peu probable et sa jurisprudence s'appliquera. Soit la CEDH considère les

alors « *fragilisés* ». Il est alors difficile de définir ce qui pourrait être constitutif de traitements inhumains au regard de la jurisprudence européenne et le curseur permettant d'évaluer la conventionnalité de la rétention de sûreté. Dans l'arrêt *Rivière c/ France*¹²⁰⁸, des précisions ont pu être apportées dans le sens où il s'est agi du maintien en détention d'un détenu atteint de troubles mentaux, condamné à une peine de réclusion criminelle à perpétuité et libérable depuis 1991, et pour lequel plusieurs expertises avaient montré qu'il était « *psychotique et atteint de troubles du comportement de type suicidaire* ». La Cour avait déclaré néanmoins son maintien en détention constitutif d'un traitement inhumain au sens de l'article 3 de la Convention. À cet égard, il a été indiqué précédemment que la loi sur la rétention de sûreté prévoit que la rétention de sûreté s'applique, non pas parce que l'individu est l'auteur d'une infraction, mais « *en raison d'une probabilité très élevée de récidive et d'une particulière dangerosité résultant d'un trouble grave de la personnalité du détenu* ». Par conséquent, la rétention de sûreté est fondée sur la notion de dangerosité qui est une notion aux contours mal définis. Cette sanction est donc à manipuler avec prudence au regard des libertés individuelles¹²⁰⁹. La Cour européenne doit alors veiller à ce que l'État ne viole pas les exigences prévues par l'article 3 de la Convention en vérifiant que les condamnés retenus le soient dans des conditions compatibles avec le respect de la dignité humaine et que les modalités de cette mesure de rétention ne « *soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention, et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis* »¹²¹⁰.

C'est ainsi qu'il conviendra d'indiquer que la rétention de sûreté est critiquée et certains de ses détracteurs souhaitent la voir supprimer. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a été amené à visiter l'établissement de Fresnes afin de vérifier que ce lieu privatif de liberté ne portait pas atteinte aux droits fondamentaux¹²¹¹. La difficulté encore soulevée

personnes condamnées à la rétention de sûreté comme des détenus "malades", le terme étant pris, non dans son sens physique, mais dans son sens "mental" ».

¹²⁰⁸ CEDH, 11 juill. 2006, *Rivière c/ France*, préc.

¹²⁰⁹ F. LOMBARD - A. HAROUNE, « Vers la fin de la rétention en France ? », *loc. cit.* Les auteurs ont précisé que « *la rétention de sûreté peut être humiliante pour celui qui la subit. Si l'individu en cause n'est plus un criminel mais un malade, on peut considérer qu'il n'a rien à faire en prison et qu'il relève davantage de soins prodigués à l'hôpital ...* »

¹²¹⁰ CEDH, 14 nov. 2002, *Mouisel c/ France*, préc.

¹²¹¹ J.-M. DELARUE, « Le fondement juridique incertain de la rétention de sûreté », D. 2014, p. 864. « *L'établissement public de santé de Fresnes n'appelle guère la critique : les locaux sont propres et spacieux* ».

repose sur le fait que lorsque les personnes ont été condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité, il n'existait pas de rétention de sûreté. Aussi, « *il y a eu depuis que ces personnes ont été condamnées, un véritable empilement de mesures pénales nouvelles dont la Cour de Strasbourg, malgré le caractère parfois difficile de sa jurisprudence*¹²¹², vient nous dire qu'elles ne peuvent transformer après coup le sort des intéressés »¹²¹³. Force est de constater que le fondement juridique de ces placements en rétention de sûreté est incertain. De plus, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a jouté que « *le pari du législateur de 2008 est de dire que la rétention de sûreté est une mesure provisoire. Il est proposé à celui qui en est l'objet "une prise en charge médicale, sociale et psychologique" de façon à lui permettre de sortir sans mettre en danger ses semblables. Conçue autrement, en effet, la mesure serait insupportable : une sorte de perpétuité qui ne dirait pas son nom. Sans prise en charge, pas d'évolution, et sans évolution, pas de libération. Or, si le centre de Fresnes présente aujourd'hui des éléments intéressants, il n'existe, malgré la bonne volonté des uns et des autres, aucune prise en charge de nature à modifier la personnalité de celui qui est accueilli. Cette absence de prise en charge induit nécessairement une transformation du centre qui n'est plus guère "socio-médico-judiciaire" : il devient "nolens volens" une prison un peu plus confortable que les autres »*¹²¹⁴. Par conséquent, la mise en œuvre de la rétention de sûreté nécessite des éclaircissements de la prise en charge actuelle¹²¹⁵ dans la mesure où ce placement en rétention est censé permettre aux personnes jugées particulièrement dangereuses et dont il faut protéger la société d'être soignées, et de leur permettre de se réinsérer. C'est ainsi qu'une personne qui a purgé sa peine et qui n'a pas commis de nouvelle infraction, donc aucun nouveau procès n'est tenu, est retenue alors qu'il n'y a eu aucune nouvelle condamnation judiciaire¹²¹⁶. Le système juridique français se base sur un fait prouvé et non pas sur la prédiction aléatoire d'un comportement futur. Il est donc mis en place des mesures restrictives de liberté sur une base incertaine. C'est ainsi que la Commission Cotte a avancé des raisons présidant à la suppression de la rétention de sûreté¹²¹⁷. Le rapport¹²¹⁸ a ainsi fait état de doutes quant à la nature juridique de la mesure. Il est rappelé alors qu'au regard de la

¹²¹² CEDH, 21 oct. 2013, *Del Rio Prada c/ Espagne*, préc.

¹²¹³ J.- M DELARUE, « Le fondement juridique incertain de la rétention de sûreté », *loc. cit.*

¹²¹⁴ *Ibid.*

¹²¹⁵ M. LÉNA, « Rétention de sûreté : les critiques du Contrôleur général des lieux de privation de liberté », D. Actu., 6 mars 2014.

¹²¹⁶ R. DATI, à l'époque Garde des sceaux, a dit : « *La rétention de sûreté, c'est la sûreté de tous au prix de la liberté de quelques-uns* ».

¹²¹⁷ C. MANDON, « La notion de peine », *loc. cit.*, p. 82.

¹²¹⁸ Commission Cotte, Rapport « Pour une refonte du droit des peines », déc. 2015.

décision du Conseil constitutionnel¹²¹⁹, selon laquelle ce dernier a retenu une conception qui se dégage de l'alternative « *peine - mesure de sûreté* », il est fait état d'une tendance allant vers la notion de privation de liberté, telle que déterminée par la Convention européenne des droits de l'homme. En ce sens, au regard de la Convention se pose donc la difficulté relative à la conventionnalité, les peines incompressibles étant susceptibles de s'apparenter à une peine inhumaine et dégradante. La Commission Cotte avance divers arguments selon lesquels il est fait état d'une imprécision des conditions de mise en œuvre, d'une incertitude quant à l'application de la mesure et de l'existence d'autres mesures répondant aux mêmes préoccupations de lutte contre la récidive¹²²⁰. Par conséquent, la rétention de sûreté est attentatoire aux libertés individuelles, car elle suppose un enfermement potentiellement infini et qui est contraire aux exigences conventionnelles strasbourgeoises. De ce fait, « *elle perd son caractère nécessaire basé sur le fait qu'elle serait la seule mesure à même de répondre à l'objectif visé de lutte contre la récidive* »¹²²¹.

B. Une refonte de la peine envisagée

199. La tendance à l'allongement des longues peines a été renforcée par l'adoption des textes allongeant les périodes de sûreté et créant des possibilités d'enfermement même après la peine. À cet égard, la perspective pour des personnes condamnées à des longues peines était de ne jamais être libérées. Certaines législations en Europe ignorent la peine perpétuelle, ce qui n'enlève en rien au fait que les peines privatives de liberté et les mesures de sécurité tendent à la rééducation et à la réinsertion dans la société¹²²². De surcroît, il est nécessaire de prendre en considération l'évolution de la personne. Lorsqu'une personne évolue, ce n'est pas de façon linéaire, car elle peut être confrontée à des rechutes ou des sursauts de bons sens qui vont faire partie intégrante du processus de désistance¹²²³. Le magistrat travaille alors davantage sur le sens de la responsabilité, la mobilisation de la personne que sur les méfaits

¹²¹⁹ Commission Cotte, Rapport « Pour une refonte du droit des peines », *op. cit.*

¹²²⁰ « *Les autres dispositifs permettent de parvenir aux mêmes fins, mais en empruntant des chemins moins attentatoires aux libertés, puisqu'ils ne comportent que des restrictions à ces dernières, et non un enfermement potentiellement infini* ». C. MANDON, « La notion de peine », *loc. cit.*

¹²²¹ *Ibid.*

¹²²² V. *supra* n° 3.

¹²²³ La désistance est considérée comme le moment où le délinquant cesse sa « *carrière* » de délinquant lui-même. V. en ce sens : M. HERZOG-EVANS, « Définir la désistance et en comprendre l'utilité pour la France », AJ pénal 2010, p. 366 ; S. MARUNA et T.-P. LE BEL, « Les apports de la désistance à la réinsertion », AJ pénal 2010, p. 367.

commis dans le passé. Il est constant que dans les systèmes qui rejettent la peine perpétuelle, la sévérité est proche de celle des autres systèmes. La comparaison entre différents systèmes présente des difficultés, car les données politiques et culturelles diffèrent profondément au sein de l'Europe¹²²⁴.

200. Les longues peines de prison ont été oubliées de la réforme pénale du 15 août 2014 malgré d'importantes attentes des professionnels de l'exécution des peines. Il est constant que la politique pénale tend davantage à multiplier les « *obstacles* » à l'aménagement des peines les plus longues plutôt que de se soucier de la sortie des personnes qui auront effectué vingt ou trente années de prison. « *L'évaluation de l'avenir criminogène et de la capacité de désistance de la personne est au cœur du processus d'aménagement qui est long* »¹²²⁵. Dans le cadre particulier de la réclusion criminelle à perpétuité (450 personnes exécutant actuellement une telle peine en France), la Commission¹²²⁶ souligne l'importance fondamentale, pour les condamnés, de s'inscrire dans un projet d'exécution de la peine. Il ne s'agit pas de faire une faveur particulière aux réclusionnaires ni de demander, et ce de manière systématique un examen de la situation pénitentiaire. Il s'agit donc de permettre, suite à une analyse au cas par cas, de donner une perspective permettant de s'inscrire dans le parcours d'exécution des peines et de valoriser les efforts fournis. La Commission Cotte¹²²⁷ propose de transformer une peine de réclusion criminelle à perpétuité en une peine à temps après l'épuisement d'un délai de mise à l'épreuve. Il est en effet proposé une conversion d'une peine de réclusion criminelle à perpétuité en une peine de trente ans de réclusion criminelle. « *Les mécanismes de conversion de peine, selon la terminologie communément employée, complètent utilement les possibilités d'aménagements des peines afin de garantir l'individualisation des sanctions dans la phase post-sentencielle* »¹²²⁸. Ce qui permettrait aux condamnés de s'inscrire plus tôt dans un parcours d'exécution de peine et ainsi à s'engager dans des dispositifs de réinsertion. Pour rappel, le réclusionnaire à perpétuité ne peut bénéficier d'une libération conditionnelle qu'après un temps d'épreuve¹²²⁹ et à l'expiration de

¹²²⁴ J. PRADEL, *Droit pénal comparé, op.cit.*, n° 26 et s.

¹²²⁵ J.-C. BOUVIER, « Le difficile aménagement des longues peines », *AJ pénal* 2015, p. 280.

¹²²⁶ Commission Cotte, Rapport « Pour une refonte du droit des peines », *op. cit.*

¹²²⁷ B. COTTE, « Remise du rapport sur la refonte du droit des peines : rencontre avec Bruno Cotte », *Dr. pén.* févr. 2016, n° 2, entretien 1.

¹²²⁸ H. DANTRAS BIOY, « Les conversions de peines », in *Pour une refonte du droit des peines*, E. BONIS-GARÇON (ss la dir.), éd. Lexis Nexis, p. 187.

¹²²⁹ V. *supra* n° 114.

la période de sûreté¹²³⁰ qui peut être tout à fait plus longue que le temps d'épreuve¹²³¹. Le condamné peut également bénéficier d'un relèvement¹²³² ou d'une réduction de la période de sûreté,¹²³³ et ce à titre exceptionnel. Par ailleurs, la difficulté n'est pas des moindres lorsqu'il s'agit d'une peine dite incompressible¹²³⁴ dans la mesure où le condamné ne peut bénéficier d'un aménagement que s'il a déjà subi une durée d'incarcération de trente ans. Par cette conversion, il a été proposé qu'un délai de trente ans de réclusion soit rajouté à compter de la décision de transformation de la peine, cette décision ne pouvant avoir lieu qu'après le délai d'épreuve, soit dix ou quinze ans. La durée totale de l'emprisonnement, dans la mesure où le délai d'épreuve et le report de temps de la peine fixe nouvelle sont pris en compte, s'élèverait alors à quarante ou quarante-cinq ans. Aussi « *le condamné entre dans un système de réduction qui n'existe pas dans le cadre d'une réclusion criminelle à perpétuité et, partant, de le faire entrer dans un parcours d'exécution de la peine* »¹²³⁵.

Dans un premier temps, la question qui suscite intérêt réside dans le fait de connaître la manière dont va s'articuler la période de sûreté avec la nouvelle peine. Ce délai de dix à quinze ans à compter duquel la conversion peut être obtenue risque en effet de coïncider avec le temps d'exécution d'une période de sûreté. Cette dernière n'est-elle pas un obstacle alors à l'octroi de la conversion ? La réponse tendrait à être négative dans la mesure où la conversion n'a pas pour effet de conduire à la libération immédiate du condamné¹²³⁶. Par conséquent, « *si la conversion était décidée au bout de dix ans, le bénéfice de l'article 720-4 du Code de procédure pénale pourrait être obtenu vingt ans après la conversion* »¹²³⁷. Dans cette hypothèse, ce mode de calcul pourrait entrer en contradiction avec la volonté de fixer le point de départ de la peine de trente ans au jour de la conversion. À cet égard, il sera nécessaire

¹²³⁰ V. *supra* n° 111.

¹²³¹ Si le condamné à la réclusion criminelle à perpétuité ne bénéficie pas des réductions de peines, il peut en revanche obtenir des réductions du temps d'épreuve à certaines conditions (Art. 729-1 du C. pr. pén.) qui sont alors imputables sur la partie de la peine excédant la période de sûreté.

¹²³² V. *supra* n° 112.

¹²³³ V. *supra* n° 113.

¹²³⁴ V. *supra* n° 70.

¹²³⁵ H. DANTRAS BIOY, « Les conversions de peines », *loc. cit.*

¹²³⁶ « *Dans ces conditions, dans le cas d'une peine de réclusion criminelle à perpétuité assortie d'une période de sûreté à temps, il serait nécessaire de considérer que le reliquat de période de sûreté à subir au jour de la conversion doit continuer d'être exécuté sur la durée de la peine qui résulte de celle-ci. Les réductions de peine seraient imputées sur la durée excédant la période de sûreté. Dans le cadre d'une peine de réclusion criminelle à perpétuité incompressible, il serait nécessaire de considérer que la peine de trente ans résultant de la conversion deviendrait elle aussi incompressible, c'est à dire assortie d'une période de sûreté de même durée* ». H. DANTRAS BIOY, « Les conversions de peines », *loc. cit.*

¹²³⁷ *Ibid.*

d'être vigilant au regard de l'article 5 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et veiller à ce que cette très longue peine respecte les principes de liberté et de sûreté imposés.

Dans un second temps, la question qui suscite intérêt réside dans le fait d'évaluer l'articulation de la conversion avec le temps d'épreuve conditionnant l'octroi d'une libération conditionnelle qui pourrait ne pas être encore parvenue à son terme¹²³⁸. Pour les longues peines, la Commission propose également la suppression de la Commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, dont les délais pour rendre ses avis entraînent le renoncement de nombre de condamnés à leur projet et, de fait, une sortie sans accompagnement ainsi qu'une réécriture des règles relatives aux périodes de sûreté. « À la lecture de ce travail en profondeur et sans a priori, il pourra être regretté que la garde des Sceaux ait elle-même annoncé, lors de la conférence de presse, que l'aboutissement d'un projet de loi consacrant les orientations de la Commission relevait aujourd'hui de l'utopie »¹²³⁹. En ce sens, un aménagement prospectif de la peine perpétuelle serait nécessaire et permettrait de rendre effective la peine perpétuelle. Sa durée serait inévitablement modifiée, mais inéluctablement fixée. Il serait alors observé un meilleur respect des exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme dans la mesure où dans ces conditions l'espoir d'être un jour libéré serait conditionné dans une durée fixée.

¹²³⁸ « Il faudrait prêter attention à ce que le mode de calcul retenu, non précisé par le rapport, n'ait pas pour effet de retarder le moment où le condamné pourrait bénéficier de cet aménagement de peine. Il faudrait a priori tenir compte du temps d'épreuve déjà exécuté et des réductions de peine obtenues à compter de la conversion. Dans ce cas-là, elles seraient imputées sur la durée au-delà de la période de sûreté éventuellement en cours ». H. DANTRAS BIOY, « Les conversions de peines », *loc. cit.*

¹²³⁹ M. LÉNA, « Remise du rapport de la Commission Cotte », AJ pénal 2016, p. 4.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

201. « *Le sens est un horizon qu'on n'atteint jamais, mais qui recule au fur et à mesure qu'on s'en approche* »¹²⁴⁰. La peine perpétuelle n'est pas incompatible avec les standards européens. Le regret après analyse de la jurisprudence repose sur le fait que la majorité des juges européens n'ait pas opté pour une approche dynamique et évolutive qui promeut la jurisprudence de la Cour¹²⁴¹ de manière consensuelle. Ce qui signifierait que les États parties adopteraient et appliqueraient la réclusion criminelle à perpétuité selon les mêmes conditions. Or, dans les pays où elle existe, la perpétuité n'impliquant pas la détention nécessairement jusqu'à la mort du détenu, des procédures permettent de réexaminer la peine et d'accorder une libération anticipée. Ces mesures sont distinctes en fonction des différents États s'agissant d'un délai minimum à respecter avant toute libération conditionnelle qui peut dans certains pays être rallongé par l'existence d'une période de sûreté durant laquelle aucun aménagement n'est possible. À ce titre, il conviendra de rappeler l'absolue primauté des droits fondamentaux en concluant que selon la Cour européenne des droits de l'homme, une peine perpétuelle n'est compatible avec l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme que lorsqu'une libération est envisageable *de jure* et *de facto*. Selon les juges européens : « *la détention à perpétuité sans réelle possibilité de libération après un certain temps nie la dignité humaine et ne s'accorde pas avec le caractère absolu de l'article 3 de la Convention. Cette détention sans fin est comparable à une peine de mort lente ou à un couloir de la mort sans issue* ».

202. Au regard des droits conventionnels relatifs à l'intégrité de la personne humaine, le juge européen opte pour une interprétation dynamique des droits des personnes privées de liberté afin de garantir le respect effectif de leur dignité. Ce dernier doit également, malgré les contraintes imposées par le contexte fonctionnel de l'interprétation, se concentrer sur les multiples intérêts en présence au regard de la coopération internationale à l'heure du transfèrement de l'individu. Aussi, en interprétant il doit obligatoirement faire preuve de

¹²⁴⁰ J. LADRIERE, *L'espérance de la raison*, Louvain-La-Neuve-Louvain-Paris, éd. de l'Institut supérieur de philosophie, éd. Peeters, 2004, p. 97.

¹²⁴¹ P. LAMBERT, « Une justice décriée est-elle encore crédible ? », RTDH, n° 93, 1er janv. 2013, p. 5 s.

conciliation afin de dégager le plus juste sens de la peine envisagée et de l'énoncé interprété. Il poursuit un objectif fondamental au regard du respect de la dignité humaine du réclusionnaire à perpétuité. Il convient de préciser que le juge européen ne doit pas utiliser le prétexte selon lequel le respect de la dignité humaine du détenu permet d'interpréter les droits conventionnels dans l'absolu. En ce sens, l'interprétation caractérisée par une soumission du réclusionnaire à des contraintes imposées par son statut démontre que le juge européen est obligé de prendre en considération les spécificités d'un tel statut. C'est ainsi que pour les peines d'emprisonnement à perpétuité, le juge européen a réussi à concilier le respect de l'intégrité du détenu avec les exigences imposées par la Convention européenne des droits de l'homme appliquées à toute détention. Par conséquent, ledit juge a examiné scrupuleusement les obligations imposées aux États au regard de l'exigence d'un minimum de gravité des souffrances permettant de sanctionner les États lorsque ces derniers manquaient à leurs obligations. Certains événements permettent en effet de raccourcir l'exécution de la peine à perpétuité et dans le même sens de donner une issue aux condamnés dans le monde libre.

CONCLUSION GÉNÉRALE

« La certitude d'une punition, même modérée, fera toujours plus d'impression que la crainte d'une peine terrible si à cette crainte se mêle l'espoir de l'impunité; les moindres maux, s'ils sont inévitables, effraient les hommes, tandis que l'espoir, ce don du ciel qui souvent nous tient lieu de tout, écarte la perspective des pires châtiments ».

Cesare BECCARIA¹²⁴².

203. *« La peine, c'est la détention, et donc la peine, ce n'est que la détention ».*¹²⁴³

Précisément, parce que la *perpétuité* n'exprime aucun nombre précis d'années de réclusion que le prononcé de cette sanction est redouté. Tel peut ainsi être décrit le sentiment ressenti par les réclusionnaires à perpétuité et qui par conséquent entraîne des interrogations quant à l'effectivité de la peine à perpétuité. Lors de sa consécration au sein du Code pénal, la crainte de la voir comme une peine de substitution à la peine de mort a dominé. Lorsqu'un État décide d'abolir la peine de mort, la question relative à l'échelle des peines est inéluctable, le dernier échelon étant alors la réclusion criminelle à perpétuité. Il s'agit pour la société de se mettre à l'abri des criminels jugés dangereux. La difficulté rencontrée au sein des États membres est de démontrer que la peine perpétuelle ne doit pas être un substitut ou une alternative à la peine capitale. Les textes n'abordent pas la question résultant du fait de savoir comment sanctionner les crimes les plus graves dans le respect des droits de l'homme. Aussi, la Cour européenne des droits de l'homme est intervenue afin d'en fixer les critères d'application et les garanties conventionnelles au regard de ses exigences. L'importance de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est évidente dans la mesure où la Cour de Strasbourg peut « être considérée comme une véritable Cour constitutionnelle européenne » opérant dans le

¹²⁴² C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op.cit, p. 123.

¹²⁴³ Le 25 juillet 1974, lors d'une conférence de presse, déclaration du Président de la République, Monsieur Valéry GISCARD-D'ESTAING.

domaine des droits fondamentaux et par le biais de la Cour « *les droits de l'homme, dans le système de la Convention européenne, échappent au domaine réservé des États et font l'objet d'un contrôle étroit de la part d'un organe juridictionnel supranational* »¹²⁴⁴. Au regard de la doctrine de la « *marge d'appréciation* » déterminant « *les limites à l'intérieur desquelles les agissements des États sont susceptibles d'échapper à la censure de la Cour* », il faut constater que l'interprétation à la fois évolutive, dynamique et autonome de la Convention à laquelle la Cour s'est livrée depuis sa création a marqué de manière déterminante la législation et la jurisprudence des États membres au regard de la détermination de la peine perpétuelle.

Le Conseil de l'Europe milite en faveur de la condition de la personne humaine. Le droit à l'espoir des détenus condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité doit-il revêtir alors une assise factuelle effective ? Les droits des détenus à perpétuité soulèvent de nombreuses difficultés comme l'atteste l'abondante jurisprudence européenne. L'objectif de l'interprétation dynamique et évolutive des juges strasbourgeois traduit une appréciation à la lumière de conditions de vie actuelle. La question posée se fonde sur l'interdiction de traitements inhumains et dégradants pour les États, corollaire du droit à la vie et qui consacre alors « *l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques* »¹²⁴⁵. La question de la compatibilité des peines perpétuelles avec la Convention européenne des droits de l'homme a reçu un accueil subtil de la part des juges de Strasbourg dans la mesure où ils ont admis cette peine tout en considérant que la perpétuité incompressible sans espoir de sortie constitue un traitement inhumain et dégradant¹²⁴⁶. Pourquoi les personnes condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité devraient avoir une perspective de libération ? À cet égard l'émergence d'un consensus au sein de l'Europe autour de l'idée selon laquelle les droits de l'homme d'un réclusionnaire à perpétuité requièrent qu'il soit lui aussi préparé en vue de sa libération permet d'appréhender le principe selon lequel il serait nécessaire d'établir que le condamné serait alors apte à être libéré et vivre au sein de la société sans ne représenter aucun signe de dangerosité. À cet égard, le prononcé d'une peine à perpétuité a pour but d'éviter la récidive et d'assurer la protection de la société, de la victime concernée, mais aussi de toutes victimes futures. L'exécution d'une peine à perpétuité suppose alors d'une part, la recherche d'un équilibre entre le maintien de la sécurité et le respect de l'ordre et de la discipline dans les établissements pénitentiaires, les États se devant alors de collaborer. D'autre part, cela

¹²⁴⁴ R. ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, op. cit., p. 116.

¹²⁴⁵ CEDH, 7 juill. 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, préc.

¹²⁴⁶ Y. LECUYER, « La perpétuité, la Convention européenne des droits de l'homme et la dignité humaine », RPDP 2010, n° 3, p. 563-572.

suppose la nécessité d'offrir aux détenus des conditions de vie décentes, les acteurs nationaux contribuant à l'amélioration des conditions de vie, et une préparation de leur potentielle libération.

204. La réclusion criminelle à perpétuité a-t-elle un *avenir assuré* ? Après l'abolition de la peine de mort au sein des États membres du Conseil de l'Europe,¹²⁴⁷ la réclusion criminelle à perpétuité sera-t-elle abolie en France ainsi que dans tous les États membres ? En définitive, comme indiqué précédemment, c'est parce que la *perpétuité* n'exprime aucun nombre précis d'années de réclusion que le prononcé de cette sanction est redouté plus encore qu'un verdict prononcé d'une condamnation de trente ans alors que dans les deux cas, il se peut que la durée soit la même. Le condamné à perpétuité ne peut pas décompter le temps des remises de peine sur un chiffre connu à l'avance. Ce dernier est alors condamné à l'incertitude quant à la durée de son incarcération et toute projection dans l'avenir lui est impossible. Faut-il maintenir la réclusion criminelle à perpétuité ou au contraire la supprimer ? Il est nécessaire dans un premier temps de veiller à ce que ne soit jamais rétablie la peine de mort et le moyen de lutter contre cette possibilité est alors de maintenir et de conserver cette sanction ultime qui entend être perpétuelle au moment de son prononcé. Une approche davantage symbolique permet d'indiquer que le prononcé d'une peine perpétuelle peut traduire la prise en compte de l'irréparable dans la mesure où étant la peine la plus élevée elle est corrélative au sort engendré à la victime. Aussi la Cour européenne des droits de l'homme devra alors clarifier sa pensée, car la signification réelle de la notion de perspective de libération de « *jure et de facto* » demeure incertaine. Il s'agirait de déterminer un *quantum* précis de la peine perpétuelle qui modifierait alors la terminologie de ladite peine¹²⁴⁸. Dans un second temps, il convient d'indiquer que les juridictions reconnaissent que la licéité des détentions ininterrompues va se poser chaque fois qu'une décision doit être rendue quant à la libération d'un réclusionnaire à perpétuité pour lequel « *aucun tarif minimum n'a été déterminé* »¹²⁴⁹. « *Il est probable que l'article 5 § 4 de la Convention européenne des droits de l'homme soit invoqué afin de s'assurer que les procédures gouvernant ces décisions respectent des principes processuels minimas. Néanmoins, même dans les États où le mode principal de libération des réclusionnaires à perpétuité demeure la grâce, un encadrement processuel minimum devrait être requis, lequel devrait voir les juridictions jouer un rôle croissant à cet*

¹²⁴⁷ V. *supra* n° 4.

¹²⁴⁸ V. *supra* n° 200.

¹²⁴⁹ D. VAN ZYL SMIT, « L'Europe à la veille de rendre illicite les peines incompressibles », *loc. cit.*, p. 109.

égard »¹²⁵⁰. Les peines perpétuelles dites incompressibles seront alors prohibées dans un avenir proche au sein des États membres.

205. La peine à perpétuité est à appréhender au regard du terrorisme, étant « *le pire ennemi de la démocratie* »¹²⁵¹. En ce sens, il apparaîtrait face aux exigences de lutte contre le terrorisme un signe manifeste de régression des garanties conventionnelles procédurales. La Cour européenne des droits de l'homme, en effet, s'est déjà prononcée au sujet de l'assistance juridique et de l'admission de la déclaration des individus faite en l'absence d'une telle assistance, à l'occasion de l'arrêt *Ibrahim et autres c/ Royaume-Uni*¹²⁵² après l'arrestation d'individus suspectés d'avoir commis des actes à caractère terroriste¹²⁵³. La Cour a en effet indiqué que la procédure avait été équitable. Cette décision a fait apparaître au sein de la jurisprudence européenne un concept nouveau lui permettant de justifier sa décision. Ledit concept fait ainsi référence à « *l'intérêt public* »¹²⁵⁴. À cet égard il serait alors opportun de se demander si la Cour européenne des droits de l'homme peut se permettre d'utiliser à nouveau ce nouveau concept et ainsi en faire un critère d'application. Aussi, cela permettrait alors de justifier d'autres régressions quant au respect des droits de l'homme. Serait-il alors envisageable au regard des exigences de lutte contre le terrorisme de penser que le droit national instituerait une perpétuité réelle incompressible sans aucune possibilité de réexamen? À l'heure actuelle, le législateur a prévu en tant que procédure d'exception, une telle peine réexaminable au bout de trente ans¹²⁵⁵. La question qui subsiste concerne alors l'institution dans le droit national d'une peine à perpétuité dont l'issue envisageable ne serait que l'enfermement. Dans la mesure où cette peine serait prévue par les textes dans le cadre de l'infraction définissant tout acte terroriste, elle répondrait aux exigences posées par le principe de la légalité criminelle, mais la difficulté certaine est qu'elle serait alors contraire à l'article 3 de la Convention européenne. Ne prévoyant aucune autre issue que l'enfermement à vie, le détenu serait alors privé de tout espoir de réaménagement de sa peine et donc d'être libéré. Dans la mesure où la Cour européenne a déjà admis des libertés d'interprétation dans un souci

¹²⁵⁰ D. VAN ZYL SMIT, « L'Europe à la veille de rendre illicite les peines incompressibles », *loc. cit.*, p. 109.

¹²⁵¹ J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, op.cit., § 43.

¹²⁵² CEDH, Gde ch., 13 sept. 2016, *Ibrahim et autres c/ Royaume-Uni*, préc.

¹²⁵³ V. *supra* n° 68.

¹²⁵⁴ CEDH, Gde ch., 13 sept. 2016, *Ibrahim et autres c/ Royaume-Uni*, préc., § 293. La Cour a précisé : « *l'intérêt public à prévenir et réprimer des attentats terroristes visant à assassiner des citoyens ordinaires dans leur vie de tous les jours est "on ne peut plus impérieux"* ».

¹²⁵⁵ V. *supra* n° 72. C'est une peine extrêmement forte et à l'heure actuelle la seule autorisée par la Cour européenne des droits de l'homme.

de protection de l'intérêt public, va-t-elle à nouveau admettre une régression du respect des droits de l'homme ? Face au contexte européen actuel et à l'état d'urgence proclamé par les États parties, il ne fait aucun doute que la Cour européenne des droits de l'homme va être contrainte de redéfinir ses exigences quant au prononcé et l'exécution de la peine à perpétuité dans la mesure où elle va devoir trouver un consensus entre les exigences posées et les impératifs de sécurité.

BIBLIOGRAPHIE

I. TRAITÉS, OUVRAGES GÉNÉRAUX ET MANUELS

ALLAND (D.) et RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 1^{ère} éd., PUF, 2003.

ATIAS (C.), *Philosophie du droit*, PUF, coll. Thémis, 4^e éd., 2016.

BAILLY (A.), *Dictionnaire grec-français*, Paris, Hachette, 1950.

BENTHAM (J.) :

- *Théorie des peines et des récompenses*, 1775, trad. M. DUMONT, éd. Vogel et Schultz, Londres ;
- *Panoptique*, 1786, rééd., Mille et une nuits, Fayard, 2002.

BERGE (J.-S.) et ROBIN-OLIVIER (S.), *Droit européen*, coll. Thémis, 2^e éd., PUF, 2011.

BONIS-GARÇON (E.) et PELTIER (E.), *Droit de la peine*, 2^e éd., coll. Manuel, Lexis Nexis, 2015.

BORRICAND (J.) et SIMON (A.-M.), *Droit pénal, Procédure pénale*, 9^e éd., Aide-Mémoire, Dalloz, 2016.

BOULOC (B.) :

- *Droit pénal général*, 25^e éd., Dalloz, 2017 ;
- *Droit de l'exécution des peines*, 5^e éd., Dalloz, 2017.

BURGORGUE-LARSEN (L.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, 2^e éd., coll. Systèmes Droit, LGDJ, 2015.

CARBASSE (J.-M.) :

- *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd., PUF, 2014 ;
- *La peine de mort*, coll. Que sais-je ?, PUF, 2016.

CHAGNOLLAUD (D.) et DRAGO (G.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2010.

CHARRIER (J.-L.), *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, Litec, 2005.

CHARVIN (R.) et SUEUR (J.-J.), *Droits de l'homme et libertés de la personne*, coll. Objectif droit, 5^e éd., LITEC, 2007.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 11^e éd., coll. Quadriga, PUF, 2016.

- DELMAS-MARTY (M.)**, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 2004.
- DUROCHE (J.-P.) et PEDRON (P.)**, *Droit pénitentiaire*, 3^e éd., Vuibert droit, 2016.
- ERGEC (R.)**, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, 3^e éd., Larcier, 2014.
- GAFFIOT (F.)**, *Dictionnaire latin-français*, nouvelle éd. Paris Hachette, 2000.
- GIUDICELLI- DELAGE (G.)**, *Institutions juridictionnelles*, coll. Droit fondamental, PUF, 1993.
- HERZOG-EVANS (M.)**, *Droit de l'exécution des peines*, 5^e éd., Dalloz Action, 2016/2017.
- LAZERGES (C.)**, *Introduction à la politique criminelle*, Traité de sciences criminelles, L'Harmattan, 2000.
- LECUYER (Y.)**, *Convention et Cour européennes des droits de l'homme*, coll. Gualino, éd. Lextenso, 2015-2016.
- MAGNIEN (V.) et LACROIX (M.)**, *Dictionnaire grec-français*, Paris, Librairie classique Eugène Belin, s.d.
- MAYAUD (Y.)**, *Droit pénal général*, 5^e éd., coll. Droit fondamental, PUF, 2015.
- MERLE (R.) et VITU (A.)**, *Traité de droit criminel*, tome 1, éd. Cujas, 7^e éd., 1997.
- MONEGER (F.)**, *Droit international privé*, 7^e éd., Lexis Nexis, 2015.
- MONTESQUIEU**, *De l'esprit des lois*, Livre VI, chap. 9, 1^{ère} éd., 1748, Paris, Gallimard, coll. Folio, 1995.
- PRADEL (J.) :**
- *Droit pénal comparé*, 4^e éd., Dalloz, 2016 ;
 - *Droit pénal général*, 21^e éd., Cujas, 2016.
- PRADEL (J.), CORSTENS (G.) et VERMEULEN (G.)**, *Droit pénal européen*, 3^e éd., Précis D., 2009.
- RENUCCI (J.-F.) :**
- *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ Lextenso, 2012 ;
 - *Droit Européen des droits de l'Homme ; Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, 7^e éd., LGDJ, 2017.
- REY (A.)**, *Dictionnaire culturel en langue française*, Le Robert T. III – 2005.
- ROUSSEL (G.)**, *Procédure pénale*, 7^e éd., Vuibert, 2016/2017.
- VIRALLY (M.)**, *La pensée juridique*, Paris, R. PICHON et R. DURAND-AUZIAS, 1960.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, RÉPERTOIRES, FASCICULES ET RAPPORTS

AERTSEN (I.), *Renouer les liens sociaux. Médiation et justice en Europe*, publication du Conseil de l'Europe, 2007.

AKANDJII-KOMBE (J.-F.), *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des droits de l'Homme. Un guide pour la mise en œuvre de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Précis sur les Droits de l'Homme n° 7, éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2006.

ANCEL (M.), *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd., Cujas, 1981.

APPERT (B.), *Bagnes, Prisons et criminels*, t. 3, Paris, 1836.

ARNAUD (A.- J.), *Pour une pensée juridique européenne*, coll. Les voies du droit, PUF, 1991.

BADINTER (R.), *L'abolition*. Fayard, 2000.

BAREL (Y.), *La quête du sens. Comment l'esprit vient à la cité*, coll. Empreintes, éd. Le Seuil, 1987.

BASDEVANT-GAUDEMET (B.), *Eglise et Autorités, Etude d'histoire de droit canonique médiéval*, « Digeste, livre IX et Code, livre XLVIII, de Justinien », coll. Cahiers Instit. anthropologie Jurid., éd. Presses Universitaires Limoges, n° 14, 2006.

BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, 3^e éd., 1766 ; Flammarion, Paris, 1991 avec une préface de R. BADINTER.

BOISTEL (A.), *Cours de philosophie du droit*, Paris, A. Fontemoing, 1889, t. I, p. 189 et s.

BRIBOSIA (E.) et WEYEMBERGH (A.) (ss la dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Nemesis/Bruylant, 2002.

CARTUYVELS (Y.), **DUMONT (H.)**, **OST (F.)**, **VAN DE KERCHOVE (M.)** et **VAN DROOGHENBRACK (S.)** (ss la dir.), *Les droits de l'Homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Facultés universitaires de Saint Louis, coll. Bruylant, Bruxelles, 2007.

CÉRÉ (J.-P.) :

- *Sur la peine afflictive : les châtiments corporels imposés publiquement, permettent de traduire au grand jour toute la part de symbolique contenue dans ce mode affiché de répression*, Rép. pén., 2017 ;
- *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*, coll. Logiques juridiques, l'Harmattan, 1999 ;
- *Panorama européen de la détention*, L'Harmattan, 2002.

COMMISSION D'AUDITION PUBLIQUE SUR L'EXPERTISE PSYCHIATRIQUE

PÉNALE, *Rapport*, 25 et 26 janvier 2007, Haute autorité de santé, p. 7.

COMMISSION COTTE, *Rapport : Pour une refonte du droit des peines*, décembre 2015.

COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME :

- *Rapport*, 30 mars 1963, *Autriche c/ Italie*, n° 25642/94, Ann. Vol. 6, p. 783 ;
- *Rapport*, 24 janvier 1969, *Affaire grecque*, n° 3321/67, n° 3322/67, n° 3323/67, n° 3344/67, Ann. 12 ;
- *Rapport*, 14 décembre 1973, *Asiatiques d'Afrique orientale c/ Royaume-Uni*, Ann. 1973, p. 186, §§ 188-189 ;
- *Rapport*, 18 juillet 1974, *X c/ Royaume-Uni*, n° 5712/72, DR 46/112 ;
- *Rapport*, 6 mai 1978, *Kotälla c/ Pays-Bas*, n° 7994/77 ; DR 14, p. 238 ;
- *Rapport*, 8 juillet 1978, *Ensslin, Baader et Raspe c/ Allemagne*, 7572/76, DR 14, p. 64, p. 85 ;
- *Rapport*, 3 octobre 1978, n° 7986/77 ;
- *Rapport*, 13 décembre 1979, *Hamer c/ Royaume-Uni*, DR 24, p. 5 ;
- *Rapport*, 15 mai 1980, *Mac Feely c/ Royaume-Uni*, DR 20/44 ;
- *Rapport*, 11 octobre 1980, *Silver et autres c/ Royaume-Uni*, B, n° 51 ;
- *Rapport*, 18 décembre 1980, *Crociani et autres*, n° 8603/79, 8722/79, 8723/79, 8729/79 ; DR 22, p. 189, cité par J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ Lextenso, 2012, § 222 ;
- *Rapport*, 9 juillet 1981, *Kröcher et Möller c/ Suisse*, 8463/78, 34 DR, p. 3540 ;
- *Rapport*, 17 décembre 1981, *X c/ Italie*, DR 27/200 ;
- *Rapport*, 12 octobre 1983, *T. c/ Royaume-Uni*, DR 49 ;
- *Rapport*, 18 octobre 1985, *David Farrant c/ Royaume-Uni*, DR 50, 21, § 50 ;
- *Rapport*, 9 octobre 1986, *Hauschildt c/ Danemark*, DR 49, p. 86 ;
- *Rapport*, 12 mars 1990, *Ouinas c/ France*, n° 13756/88 ;
- *Rapport* 17 décembre 1991, *X. c/ Pays-Bas*, n° 8361/78 ;
- *Rapport*, 8 décembre 1992, *Chartier c/ Italie*, DR 33/41-47 ;
- *Rapport*, 28 fév. 1996, *Hosein c/ Royaume-Uni*, n° 26293/95.

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME :

- *Etude sur les droits de l'homme dans la prison*, la documentation française, 2007 ;
- *Les droits de l'homme en France, Regards portés par les instances internationales*, Rapport 2012-2014, la documentation française, 2014.

CONSEIL DE L'EUROPE :

- *Les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, Les lignes directrices contre les droits de l'homme*, éd. du Conseil de l'Europe, 2005 ;
- *Division de la recherche et de la Bibliothèque, Guide de l'article 6 -Droit au procès équitable (volet pénal)*, Strasbourg, 2014.

CUSSON (M.), *Pourquoi punir ?*, coll. Criminologie et droits de l'homme, Dalloz, 1987.

DECAUX (E.) et PETTITI (C.), *La tierce intervention devant la CEDH et en droit comparé*, Bruylant, 2009.

DELMAS-MARTY (M.), (ss la dir.), *Procédures pénales d'Europe*, coll. Thémis, PUF, 1995.

DURKEIM (E.), *De la division du travail social*, PUF, 1960.

EWALD (F.), GOLLIER (C.) et DE SADELEER (N.), *Le principe de précaution*, 5^e éd., PUF, 2013.

FERRI (T.), *Qu'est-ce que punir ? : Du châtement à l'hypersurveillance*, coll. Questions contemporaines, l'Harmattan, 2012.

FOUCAULT (M.) :

- *Histoire de la folie à l'âge classique*, Gallimard, 1972 ;
- *Surveiller et punir, Naissance de la Prison*, Paris, éd. Gallimard, 1975.

FRIZE (N.), *Le sens de la peine. État de l'idéologie carcérale*, Paris, Lignes et Manifestes, 2004.

GAUTHIER (L.), *Voyage en Irlande avec un parapluie*, Montréal, VLB, 1984, éd. de l'Homme, 1994.

GIUDICELLI (A.), *La prévention de la récidive dans sa dimension multi-partenariale*, PUR, 2017.

GRABARCZYK (K.), *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, PUAM, 2009.

GUINCHARD (S.), *Affirmation du principe d'effectivité en droit de la Convention EDH*, Rép. Proc. Civ. Dalloz, mars 2017.

HERZOG-EVANS (M.) :

- *Transfèrement international des condamnés*, Rép. pén., janvier 2014 ;
- *Fouilles corporelles*, Rép. pén. juin 2014 ;
- *Peine : Exécution*, Rép. pén., juillet 2016.

HUGO (V.), *Quatrevingt-Treize*, Librairie générale française, 2001.

- JEANCLOIS (Y.),** *La peine, miroir de la justice*, éd. Montchrestien, coll. Clefs Politiques, 2012.
- KANT (E.),** *Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*, trad. par A. PHILONENKO, 2^e éd., Paris, 1979.
- LADRIERE (J.),** *L'espérance de la raison*, Louvain-La-Neuve-Louvain-Paris, éd. de l'Institut supérieur de philosophie, Peeters, 2004.
- LECUYER (Y.),** *La Perpétuité perpétuelle, Réflexions sur la réclusion criminelle*, PUR, 2012.
- LIBERMAN (R.),** *Handicap et maladie mentale*, PUF, 2011.
- MARCHETTI (A.-M.),** *Perpétuités, Le temps infini des longues peines*, Plon, coll. Terre Humaine, 2001.
- MARGUENAUD (J.-P.) :**
- *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, Mission de recherche « Droit et justice », La Documentation française, 2001 ;
 - *La Cour européenne des droits de l'homme*, coll. Connaissance du droit, Dalloz, 7^e éd., 2016.
- MAURER (B.),** *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention EDH*, La Doc. Française, Monde européen et international, 1999.
- MERLE (R.),** *La pénitence et la peine, Théologie, droit canonique, droit pénal*, Cerf-Cujas, 1985.
- MOLINIER (J.),** *Principe de précaution*, Rép. eur., § 6, juin 2016.
- MUCHEMBLED (R.),** *Le temps des supplices. De l'obéissance sous les rois absolus (XV-XVIII 3^e siècle)*, Armand Collin, 1992.
- MUYART DE VOUGLANS (P.-J.),** *Institutes du droit criminel ou principes généraux en ces matières suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume. Avec un traité particulier des crimes*, Paris, LeBreton Imprimeur du Roi, 1757.
- NATIONS UNIES,** *Comité contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, distrib. Générale, 10 juin 2016, CATR/C/FRA/CO/7.
- PEDRON (P.),** *JCl Pénal Code, Art. 132-23*, Fasc. 20, V^e Période de sûreté, 2006, n^o 5.
- PETIT (J.-G.),** *Ces peines obscures. La prison pénale en France 1780-1875*, Fayard, 1990.
- PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.) et IMBERT (P.-H.) (ss la dir.),** *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, 25^e éd., Economica, 1999.

- PRADEL (J.)**, *Histoire des doctrines pénales*, coll. Que sais-je ?, PUF, 2^e éd., 1991.
- PUTMAN (E.) et GIACOPELLI (M.)** (ss la dir.), *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, coll. droit privé et sciences criminelles, éd. Mare & Martin, 2015.
- QUINTERO OLIVARES (G.)** (ss la dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, éd. 1996, art. 36.
- RIVERO (J.) et MOUTOUH (H.)**, *Libertés publiques*, coll. Thémis, PUF, t. I, 9^e éd., 2003.
- SALEILLES (R.)**, *L'individualisation de la peine*, Alcan 1898, réédition de la troisième édition, suivi de : *L'individualisation de la peine cent ans après Saleilles* (plusieurs contributions), Eres, 2001.
- SANCHEZ (J.-L.)**, *À perpétuité. Relégués au bagne de Guyane*, Paris, Vendémiaire, 2013.
- SCHNAPPER (B.) :**
- *Les peines arbitraires du XIII^e au XVIII^e siècle : doctrines savantes et usages français*, LGDJ, 1974 ;
 - *La récidive, une obsession créatrice au XIX^e siècle, Rapport au XXI^e congrès de l'Association française de criminologie*, 1982, Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, t. 12, 1985.
- SENNA (E.)**, *Contrôleur général des lieux de privation de liberté*, Rép. pén. avril 2015.
- SICILIANOS (L.-A.)**, *Conv. EDH, art. 6 : La protection du droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Rép. eur. sept. 2014, section 2.
- SUDRE (F.), MARGUENAUD (J.-P.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.) et LEVINET (M.)**, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 8^e éd., PUF, 2017.
- SUDRE (F.) et SURREL (H.)**, *Effectivité des droits*, Rép. intern. Dalloz, juillet 2017.
- VAN DE KERCHOVE (M.)**, *Sens et non-sens de la peine, entre mythe et mystification*, publication des facultés universitaires de Saint louis, Bruxelles, 2009.
- WEIL (S.)**, *L'enracinement*, Paris, Gallimard, coll. Idées, 1949, rééd. Gallimard, 1968.

III. THÈSES ET MONOGRAPHIES

BELDA (B.), *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté, contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne de droits de l'homme*, thèse, coll. droit de la convention européenne des droits de l'homme, éd. Bruylant, 2010.

BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public – Recherches sur le sujet des droits fondamentaux*, thèse Dalloz, coll. nouvelles bibli. des thèses, Vol. 22, 2003.

FOURTEAU (H.), *L'application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit interne des États membres*, thèse LGDJ, coll. Bibli. constitutionnelle et sc. politique, t. 85, 1996.

GACHI (K.), *Le respect de la dignité humaine dans le procès pénal*, thèse LGDJ, coll. Bibli. de sciences criminelles, tome 54, 2012.

PAILLARD (B.), *La fonction réparatrice de la répression pénale*, thèse LGDJ, coll. Bibli. de sciences criminelles, t. 42, 2007.

ZAÏRI (A.), *Le principe de spécialité de l'extradition au regard des droits de l'homme*, thèse LGDJ, coll. Bibli. de sciences criminelles, tome 27, 1993.

IV. CHRONIQUES, ARTICLES et ACTES DE COLLOQUES

ALLAIN (C.), « Le droit des détenus, sens et probabilité », in *Le droit des détenus : sécurité ou réinsertion*, A. DEFLOU (ss la dir.), Dalloz, Paris, 2010, p. 11.

AMOR (P.) :

- « La réforme pénitentiaire en France », RSC 1947, p. 1 ;
- « De la vengeance expiatoire au traitement des délinquants », in *Mélanges Jean LEBRET*, PUF, 1967, pp. 5 et s.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « La subsidiarité devant la Cour des Communautés européennes et la CEDH », RAE 1998, pp. 28-47, spéc. p. 29.

ANSTETT (M.), « La Convention européenne pour la prévention de la torture : succès et incertitudes », RPDP 1997, n° 3.

AUBERT (F.), « Répression du terrorisme et protection des libertés individuelles », Rev. int. crim. pol. techn., 1978, p. 367.

AUTIER (E.), « Rapport annuel 2016 : pas de répit pour la CEDH », D. Actu., 14 février 2017.

BACHELET (O.) :

- « Droits de la défense : nouvelle méconnaissance par la France du droit à l'assistance d'un avocat », D. Actu., 22 novembre 2010 ;
- « Rétention de sûreté : satisfecit pour l'Allemagne, doute pour la France », D. Actu., 10 novembre 2010 ;
- « La Cour de Strasbourg déclare la "perpétuité réelle" conforme à la Convention européenne », D. Actu., 6 février 2012.

BADINTER (R.), « La prison après la peine », Le Monde, 27 novembre 2007.

BARBOU DES PLACES (S.), HERNU (R.) et MADDALON (P.) (ss la dir.), *Les Cahiers européens*, « Morale(s) et droits européens », n° 8, éd. Pedone, 2015.

BAUDON (A.-M.), « La réclusion criminelle à perpétuité vue par un magistrat », in *La Perpétuité perpétuelle, Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, Y. LECUYER (ss la dir.), PUR 2012, p. 157.

BEAUSSONIE (G.), « Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales », RSC 2014, p. 809.

BEERNAERT (M.-A.) et NEVEU (S.), « Fondements et objectifs de l'exécution de la peine en droit européen et international », in *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, D. BERNARD, Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN, D. SCALIA et M. VNA DE KERCHOVE (ss la dir.), Limal, Anthemis, 2013, p. 618.

BENTHAM (J.), « Théorie des peines légales », in *Œuvres de J. Bentham*, Bruxelles, Louis Hauman et Cie, 1829, p. 3.

BERGE (J.-S.), « Questionnement sur la place des normes internationales et européennes dans l'ordre juridique communautaire », *Chronique de droit européen*, LPA 2002, n° 150.

BERNARD (F.), « La définition du champ d'application de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme », RTDH 2014, p. 966.

BEZIZ-AYACHE (A.) :

- « Les nouvelles règles pénitentiaires européennes. Vers une protection globale des droits des détenus », RPD 2006, p. 415 ;
- « Les nouvelles règles pénitentiaires », AJ pénal 2006, p. 451.

BIANCHI (V.), « La défense des personnes condamnées à de longues peines », AJ pénal 2015, p. 299.

BLANC (A.) :

- « Les longues peines, ou le risque de l'oubli », AJ pénal 2015, p. 284 ;
- « Les longues peines, au risque de l'oubli », RSC 2016, p. 47.

BLAY-GRABARCZYK (K.), « La notion de privation de liberté au sens de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme », RFDA 2016, p. 777.

BOCCON-GIBOD (D.) et LAURENT (B.), « Période de sûreté et pluralité des peines : un autre regard », AJ pénal 2014, p. 101.

BODON-BRUZEL (M.), « Prendre perpète... », in *La Perpétuité perpétuelle, Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, Y. LECUYER (ss la dir.), PUR 2012, p. 310.

BONIS-GARÇON (E.) :

- « L'identification de la sanction pénale. Le point de vue du pénaliste », in *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal*, F. HOURQUEBIE et V. PELTIER (ss la dir.), coll. Actes et Études, Cujas, 2013, p. 144 ;
- « Computation de la période de sûreté en cas de pluralité de peines », Dr. pén. 2014, comm. 123.

BOUCHARD (V.), « Le droit de recours en matière pénale », LPA 2002, n° 124, pp. 11-14.

BOULOC (B.), « Le principe de la spécialité en droit pénal international », in *Mélanges dédiés à D. HOLLEAUX*, Litec, 1990, pp. 7-24.

BOUVIER (J.-C.), « Le difficile aménagement des longues peines », AJ pénal 2015, p. 280.

BRUSTON (P.), « La rétention de sûreté est-elle une modalité d'application des peines ? », AJ pénal 2008, p. 403.

BURGORGUE-LARSEN (L.), « Les interventions éclairées devant la CEDH ou le rôle stratégique des *amici curiae* », in *Mélanges J.-P. COSTA – La conscience des droits*, Dalloz, 2011, p. 67.

CALLEWAERT (J.), « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », in *Mélanges à la mémoire de R. RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, éd. Carl Heymanns, 2000, pp. 147-166.

CARIO (R.) :

- « La justice restaurative : promesses et principes (A propos de l'œuvre d'Howard Zehr) », LPA 2004, n° 204, pp. 5-10 ;
- « La justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale ? », AJ pénal 2007, p. 373 ;
- « Les rencontres restauratives en matière pénale : de la théorie à l'expérimentation des RDV », AJ pénal 2011, pp. 294-298 ;

- « La justice restaurative : vers un inévitable consensus », D. 2013, pp. 1077-1078 ;
- « La consécration législative de la justice restaurative », LPA 2016, n° 1, pp. 6-11.

CARIO (R.) et SAYOUS (B.), « La justice restaurative dans la réforme pénale : de nouveaux droits pour les victimes et les auteurs d'infractions pénales », AJ pénal 2014, pp. 461-466.

CARTUYVELS (Y.), « Les droits de l'homme, frein ou amplificateur de criminalisation », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK (ss la dir.), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 419-420.

CASSUTO (T.), « Le nouveau dispositif législatif de l'Union européenne en faveur des victimes de la criminalité », AJ pénal 2013, p. 534.

CECCALDI (S.), « Transfèrement des condamnés et ordre public procédural », RSC 2008, p. 303.

CÉRÉ (J.-P.) :

- « L'influence du droit européen sur le droit de l'exécution des peines », RPDP, 2005, pp. 263-276 ;
- « La détention d'une personne handicapée constitue un "traitement dégradant" », AJ pénal 2006, p. 500 ;
- « L'institution d'un contrôleur général des lieux de privation de liberté par la loi du 30 octobre 2007 : remarques sur un accouchement difficile », AJ pénal 2007, p. 525 ;
- « Détention, maladie et traitement inhumain ou dégradant », RTDH, janvier 2007, pp. 261-268 ;
- « La rétention de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », AJ pénal, 2008, p. 220 ;
- « CEDH et droit des détenus », RPDP 2009, p. 369 ;
- « Aménagement de peine et obligation de protection du droit à la vie de la part des États », AJ pénal 2012, p. 174 ;
- « La réclusion criminelle à perpétuité assortie d'une période de sûreté perpétuelle ne constitue pas un traitement inhumain et dégradant », AJ pénal 2015, p. 105 ;
- « Le Conseil constitutionnel et le travail en prison : une occasion manquée ? », D. 2015, p. 2083 ;
- « Exécution des peines », D. 2017, p. 1274, n° 3.

CÉRÉ (J.-P.) et HERZOG-EVANS (M.), « Exécution des peines », D. 2017, p. 1274.

CERF-HOLLENDER (A.), « L'article 3 et le droit répressif français », in *La portée de l'article 3 de la convention européenne des droits de l'homme*, C.-A. CHASSIN (ss la dir.), Bruxelles, Bruylant, coll. Rencontres européennes, 2006, p. 59.

- CHANTECAILLE (J.-P.),** « La réclusion criminelle à perpétuité : le désespoir programmé », in *La Perpétuité perpétuelle, Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, Y. LECUYER (ss la dir.), PUR 2012, p. 163.
- CHENAIS (J.-C.),** « Le suicide et les tentatives de suicide en prison et en milieu libre ; analyse de la crise récente », RSC 1977, p. 375.
- CHEVALIER (J.),** « Vers un droit post moderne ? », in *Les transformations de la régulation juridique*, J. CLAM et G. MARTIN (ss la dir.), LGDJ, 1998, p. 36.
- COLLECTIF,** « La réinsertion des délinquants : Mythe ou réalité ? » Université d'été, 50^e anniversaire de la réforme AMOR, Aix-en-Provence, 18-21 septembre 1995, PUAM, 1996.
- COSTA (J.-P.),** « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », D. 2010, p. 1364.
- COTTE (B.),** « Remise du rapport sur la refonte du droit des peines : rencontre avec Bruno Cotte », Dr. pén. févr. 2016, n° 2, entretien 1.
- COURTIN (C.),** « La surveillance post-carcérale des personnes dangereuses et l'application de la loi dans le temps », Dr. pén. 2008, pp. 6-12.
- COUVRAT (P.) :**
- « La politique criminelle pénitentiaire à l'image de l'expérience française depuis 1945 », RSC 1985, p. 231 ;
 - « Les règles pénitentiaires du Conseil de l'Europe », RSC 1988, p. 131 ;
 - « De la période de sûreté à la peine incompressible », RSC 1994, p. 356 ;
 - « Le regard du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants », RSC 2002, p. 145.
- CUSSON (M.),** « Le sens de la peine et la rétribution », Rev. int. crim. pol. tech., 1985, n° 3, p. 277.
- DANTI-JUAN (M.),** « Le consentement et la sanction », in *La sanction du droit. Mélanges offerts à P. COUVRAT*, Paris, PUF, 2001, p. 367.
- DANTRAS-BIOY (H.),** « Les conversions de peines », in *Pour une refonte du droit des peines*, E. BONIS-GARÇON (ss la dir.), éd. Lexis Nexis, p. 187.
- DARBEDA (P.) :**
- « Le maintien des relations familiales des détenus en Europe », RSC 1998, pp. 590-598 ;
 - « Le renouveau des règles pénitentiaires européennes », RPDP 2006, p. 655.
- DARSONVILLE (A.),** « Procès équitable et effectivité des droits de la défense », D. Actu. 22 mai 2007.

DE BECHILLON (D.), « Le rétablissement de la peine de mort : aspect de droit public », in *La peine de mort au seuil du troisième millénaire*, R. CARIO (ss la dir.), Eres, 1993, p. 83.

DECAUX (E.) :

- « La Convention européenne pour la prévention de la torture », AFDI, 1988, n° 34, pp. 618-633 ;
- « Utile Cassandre, du rôle de la Commission nationale consultative des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de J. MOURGEON - Pouvoir et liberté*, Bruylant, 1998, p. 589.

DE LAMY (B.) :

- « Principe d'individualisation des peines : la personnalité du condamné n'est qu'un critère parmi d'autres », RSC 2008, p. 136 ;
- « Les peines obligatoires et le principe de l'individualisation des peines », RSC 2011, p. 182.

DELARUE (J.-M.), « Le fondement juridique incertain de la rétention de sûreté », D. 2014, p. 864.

DELMAS-MARTY (M.) :

- « La "matière pénale" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal », RSC 1987, p. 837 ;
- « Légalité pénale et prééminence du droit », in *Droit pénal contemporain – Mélanges offerts André VITU*, Paris, Cujas, 1989.
- « Sécurité et dangerosité », RFDA 2011, p. 1096 s.

DELMAS SAINT-HILAIRE (J.-P.), « Le rétablissement de la peine de mort ? La réponse du droit pénal français », in *La peine de mort au seuil du troisième millénaire*, R. CARIO (ss la dir.), éd. Eres, 1993, p. 73.

DE MONTECLER, « Droit au recours d'un détenu contre des fouilles intégrales à répétition », AJDA 2011, p. 133.

DE SALVIA (M.), « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) émarger à la marge d'appréciation ? », in *Mélanges à la mémoire de R. RYSSDAL - Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, éd. Carl Heymanns, 2000, pp. 373-385.

DE SCHUTTER (O.) :

- « La Convention européenne à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme », RUDH 2001, p. 185 ;

- « L'espace de liberté, de sécurité et de justice et la responsabilité individuelle des États au regard de la convention européenne des droits de l'homme », in *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (ss la dir.), institut d'études euro., ULB, Bruxelles, 2005, p. 79.

DEVOUEZE (N.),

- « La CEDH sanctionne des conditions de détention inhumaines et dégradantes en Belgique », D. Actu., 18 décembre 2014 ;
- « Royaume-Uni : Conformité du réexamen des peines de perpétuité réelle avec la convention Européenne », D. Actu., 1^{er} février 2017.

DU MESNIL DU BUISSON (G.), « Justice et châtement : de nouvelles attentes pour la peine », RSC 1998, p. 255.

DUVERGIER (J.-B.), « Commentaire de la loi n° 7443 du 30 juin 1838, Loi Esquirol », D. 1838, p. 490.

ECOCHARD (E.), « L'émergence d'un droit à des conditions de détention décentes garanti par l'article 3 de la convention », RFDA 2003, p. 107.

ENGUELEGUELE (S.), « L'institution de la perpétuité réelle : contribution à l'étude des processus décisionnels pénaux », RSC 1997, p. 59.

ERGEC (R.) :

- « Les libertés fondamentales et le maintien de l'ordre dans une société démocratique : un équilibre délicat », in *Maintien de l'ordre et droits de l'homme*, R. ERGEC (ss la dir.), Centre universitaire de droit public, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 14, n° 21 ;
- « Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Etude sur l'article 15 de la convention européenne des droits de l'homme », RIDC 1989, Vol. 41, n° 3, p. 802.

EUDES (V.-M.), EUDES, « Vers l'abolition des dernières restrictions au droit de vote ? », RTDH, juillet 2006, n° 67, pp. 575-595.

FALXA (J.), « Refus d'autorisation d'accès à internet en détention et violation du droit à recevoir des informations – CEDH 17 janv. 2017 », AJ pénal 2017, p. 146.

FASSIN (D.), « Punir, une passion contemporaine », RSC 2017, p. 432.

FILIPPI (M.-S.), « La maladie mentale », in *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, E. PUTMAN et M. GIACOPELLI (ss la dir.), p. 353 et s.

FLEURIOT (C.) :

- « L'interminable moratoire sur l'encellulement individuel », D. Actu., 21 octobre 2014 ;

- « Les députés votent un moratoire sur l'encellulement individuel jusque fin 2019 », D. Actu., 10 décembre 2014 ;
- « Justice restaurative : il fallait informer et rassurer les magistrats », D. Actu., 21 mars 2017.

FORNEROD (A.), « L'article 3 de la convention européenne des droits de l'homme et l'éloignement forcé des étrangers : illustrations récentes », RTDH 2010, n° 82, p. 315.

FOGEL (D.), « ...We are the living proof... », in *The justice Model for Corrections*, Cincinnati, W.H. Anderson, 1975.

FUCINI (S.), « Ce que prévoit la loi renforçant la lutte contre le crime organisé et le terrorisme », D. Actu., 14 juin 2016.

GALLOUX (J.-C.), « *De corpore jus* », LPA, 14 décembre 1994, p. 19.

GARAPON (A.) :

- « Peine fixe vs individualisation : analyse d'un clivage culturel », *Justices*, 1998, n° 9, p. 145 ;
- « La justice reconstructive », in *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, A. GARAPON, F. GROS et Th. PECH (ss la dir.), Paris, Odile Jacob, 2001, pp. 308-309.

GASIMOV (D.), « La condamnation à perpétuité de terroriste sans possibilité de libération est-elle incompatible avec l'article 3 ? », in *L'Europe des libertés : Revue d'actualité juridique*, 12^e année, n° 38, mai 2012, pp. 17-18.

GATE (J.), « Contraindre un prisonnier retraité à travailler n'est pas du travail forcé », D. Actu., 22 février 2016.

GENONCEAUX (D.), « Objectifs et finalité de l'emprisonnement », Bull adm. pénit. Belge, juillet-août, 1975.

GERVASONI (F.-X.), « La peine privative de liberté de l'ancien droit au Code Pénal de 1791 », in *La dimension historique de la peine 1810-2010*, Y. JEANCLOIS (ss la dir.), Economica, 2013, pp. 142-156.

GHICA-LEMARCHAND (C.), « Le sens de la peine », in *Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, S. BOUSSARD (ss la dir.), Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2013, p. 71.

GIACOPELLI (M.) :

- « Victimes et application des peines », RPDP 2007, p. 789 ;
- « De l'individualisation de la peine à l'indétermination de la mesure », in *Mélanges offerts à R. GASSIN – Sciences pénales et sciences criminologiques*, PUAM, 2007, p. 233.

GILLET (A.) et CUQ (E.), « La réclusion criminelle à perpétuité et la Cour Européenne des droits de l'Homme », in *La Perpétuité perpétuelle, Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, Y. LECUYER (ss la dir.), PUR 2012, pp. 129.

GILQUIN (V.-M.), « Le rôle de la formation professionnelle dans la rééducation du délinquant », RPDP 1956, p. 976 à 986.

GIOVANNINI (N.), « La dignité humaine comme limite au pouvoir de punir », in *La détention en isolement dans les prisons européennes. Les régimes spéciaux de détention en Italie et en Espagne et les mesures administratives en France et au Royaume-Uni*, M. ZINGONI-FERNANDEZ et N. GIOVANNINI (ss la dir.), Bruylant, 2004, p. 176.

GIUDICELLI (A.) :

- « Le principe de la légalité en droit pénal français », RSC 2007, p. 509 ;
- « Procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale : le refus problématique d'une application immédiate », RSC 2009, p. 136 ;
- « Droit à l'assistance effective d'un avocat au cours de la garde à vue : l'Assemblée plénière rappelle au respect des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme », RSC 2011, p. 410.

GIUDICELLI-DELAGE (G.) et MASSE (M.), « Travail pénitentiaire : absence de contrat de travail », Dr. Soc. 1997, p. 344.

GOUTTENOIRE (A.), « Les droits de l'homme en prison », RPDP 2005, pp. 107-116.

GUILLAUME (Y.), « Une offre de soin pour quel suivi ? », AJ pénal 2009, p. 62.

HAZAN (A.), « Le contrôleur général des lieux de privation de liberté », in *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, E. PUTMAN et M. GIACOPELLI (ss la dir.), Mare & Martin, 2015.

HENRY (A.), « Un suicide qui dérange, le suicide en prison », AJ pénal 2010, p. 437.

HERMANN (J.), « Les mesures de sûreté », RSC 2015, p. 996.

HERZOG-EVANS (M.) :

- « Fouilles corporelles et dignité de l'homme », RSC 1998, p. 735 ;
- « Qu'est-ce qu'une longue peine ? », LPA 2000, n° 235, pp. 4-9.
- « La suspension de peine médicale de Maurice Papon », note sous CA Paris (13^e ch. B), 18 sept. 2002, D. 2002, pp. 2893-2896 ;
- « Droit civil commun, droit européen et incarcération », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention EDH*, F. SUDRE (ss la dir.), Bruxelles, Bruylant, 2002, coll. Droit et Justice, pp. 241-285 ;
- « Tendances actuelles du droit des fouilles corporelles », Gaz. Pal. 2002, p. 324 ;

- « Les voies du droit contre la surpopulation carcérale », in *Le champ pénal - Mélanges en l'honneur de R. OTTENHOF*, D. 2006, p. 197 ;
- « Sanctions pénitentiaires : deux décrets ambivalents », D. 2006, n° 18, pp. 1196-1199 ;
- « Définir la désistance et en comprendre l'utilité pour la France », AJ pénal 2010, p. 366 ;
- « La première surveillance de sûreté prend fin – Juridiction nationale de la rétention de sûreté 1^{er} juillet 2010 », AJ pénal 2010, p. 559 ;
- « La perpétuité plus réelle qu'auparavant : le durcissement continu de l'exécution de la peine de réclusion criminelle à perpétuité », in *La Perpétuité perpétuelle, Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, Y. LECUYER (ss la dir.), PUR, 2012 ;
- « La rétroactivité de lois d'exécution des peines plus sévères limitée par la Cour européenne des droits de l'homme », AJ pénal 2012, p. 494 ;
- « Une surveillance judiciaire achevée ne peut être prolongée sous forme de surveillance de sûreté, Crim., 31 janv. 2012 », AJ pénal 2012, p. 664 ;
- « Période de sûreté : retour à la raison », AJ pénal 2014, p. 436 ;
- « L'insupportable article 730-2 et son application immédiate *in pejus* », AJ pénal 2015, p. 217 ;
- « Lois du 3 juin et du 21 juillet 2016 et exécution des peines : communication, (im)précisions, et répression », AJ pénal 2016, p. 470 ;
- « Vote des détenus : entre droit théorique et droit effectif », AJ pénal 2017, p. 247.
- « Exécution des peines », D. 2017, p. 1274.

KAMINSKI (D.), « Un nouveau sujet de droit pénal ? », in *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, F. DIGNEFFE et T. MOREAU (ss la dir.), pp. 331-334.

KARAGIANNIS (S.), « Expulsion d'étrangers et Convention européenne des droits de l'homme. Le risque de mauvais traitements dans l'État de destination », ACIDI 2010, Vol. 3, p. 76.

KELSEN (H.), « Justice et droit naturel », in *Le droit naturel, Annales de philosophie politique*, t. III, Paris, 1959, p. 28.

KENSEY (A.), « Durée effective des peines perpétuelles », *Cahiers de démographie pénitentiaire*, n° 18, novembre 2005.

KOERING-JOULIN (R.), « Article 5 § 4 », in *La Convention européenne des droits de l'homme*, L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (ss la dir.), p. 167.

LABAYLE (H.), « Droit d'asile et confiance mutuelle : regard critique sur la jurisprudence européenne », CDE 2014, Vol. 50, n° 3, p. 507.

LAMBERT (P.) :

- « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in *L'interprétation de la CEDH*, F. SUDRE (ss la dir.), Bruxelles, coll. Droit et Justice, Bruylant, 1998, p. 63 ;
- « Le sort des détenus au regard des droits de l'homme et du droit supranational », RTDH 1998, p. 291 ;
- « Une justice décriée est-elle encore crédible ? », RTDH, n° 93, 1er janv. 2013, p. 5.

LAMBERT-ABDELGAWAD (E.), « La Cour européenne au secours du Comité des Ministres pour une meilleur exécution des arrêts pilote », RTDH 2005, pp. 203-224.

LANDREVILLE (P.), « Sens de la peine et droits de l'Homme », in *Actes du colloque international inaugural de l'ENAP*, Agen, 8, 9 et 10 novembre 2011, p. 48.

LARRALDE (J.-M.) :

- « La Cour européenne des droits de l'homme face aux traitements contraires à l'intégrité physique et morale des individus », RTDH 1999, pp. 277-300 ;
- « L'article 3 de la CEDH et les personnes privées de liberté », in *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, C.-A. CHASSIN (ss la dir.), Bruxelles, Bruylant, coll. Rencontres européennes, 2006.

LAVIELLE (B.), « Le nouveau régime des réductions de peine », AJ pénal 2004, p. 320.

LAZERGES (C.) :

- « De la judiciarisation à la juridictionnalisation de l'exécution des peines par la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », in *La sanction du droit - Mélanges offerts à P. COUV RAT*, La sanction du droit, PUF, 2001, pp. 489-503 ;
- « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », RSC 2008, pp. 731-746;
- « Politique criminelle nationale et droits de l'homme à l'aune des avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme », RSC 2012, p. 747.

LAZORTHE (G.), « L'éthique médicale et la philosophie », Lecture Académie des Jeux Floraux, 15 janvier 1998.

LEBLOIS-HAPPE (J.) :

- « Rétention de sûreté vs unterbringung in die Sicherungsverwahrung : les enseignements d'une comparaison franco-allemande », AJ pénal 2008, p. 209 ;
- « 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.

LECHON (L.), « Perpétuité : une réclusion à vie ? », Les Chroniques du CIRAP, ENAP, juillet 2009, n° 5, p. 15.

LECUYER (Y.), « La perpétuité, la Convention européenne des droits de l'homme et la dignité humaine », RPDP 2010, n° 3, p. 563-572.

LEMOINE (P.), « Les simplifications relatives aux aménagements de peine », in *Pour une refonte du droit des peines*, E. BONIS-GARÇON (ss la dir.), Lexis Nexis, 2016, p. 43.

LÉNA (M.) :

- « La grande Chambre face aux peines perpétuelles : de la fuite au consensus... », D. Actu, 12 juillet 2013 ;
- « Traitement inhumain ou dégradant : conventionnalité d'une peine perpétuelle - CEDH 9 juill. 2013 », D. 2013, p. 2081 ;
- « Aperçu du rapport annuel de la CEDH pour 2013 », AJ pénal 2014, p. 150 ;
- « Rétention de sûreté : les critiques du Contrôleur général des lieux de privation de liberté », D. Actu., 6 mars 2014 ;
- « La perpétuité réelle française ne constitue pas une peine inhumaine ou dégradante », D. Actu., 17 novembre 2014 ;
- « Droit de vote des personnes détenues : fin du sursis pour le Royaume-Uni », D. Actu., 5 septembre 2014 ;
- « Quel recours contre l'indignité des conditions de détention ? », D. Actu., 26 mai 2015 ;
- « Remise du rapport de la Commission Cotte », AJ pénal 2016, p. 4.

LENNON (J.-L.), « De la géolocalisation », D. 2017, p. 279.

LEVASSEUR (G.) :

- « De la minimisation de l'enquête de personnalité à la généralisation du pouvoir discrétionnaire », RSC 1961, p. 83 ;
- « Aperçu sur la judiciarisation de l'exécution des sanctions répressives », RPDP 1983, pp. 327-352, spéc. pp. 337-338.

LOMBARD (F.) et HAROUNE (A.), « Vers la fin de la rétention en France ? », D. 2008, p. 2910.

LORVELLEC (S.), « Travail et peine », RPDP 1997, p. 207.

MALABAT (V.) :

- « Les droits familiaux des détenus », RPDP 2007, n° spécial, p. 62 ;
- « Simplifier mais comment ? », in *Pour une refonte du droit des peines*, E. BONIS-GARÇON (ss la dir.), Lexis Nexis, 2016, p. 89.

MANACORDA (S.) :

- « L'abolition de la peine capitale en Europe : le cercle vertueux de la politique criminelle et les risques de rupture », RSC 2008, p. 563 ;

- « Cesare Beccaria et la peine de la réclusion criminelle à *perpétuité* », RSC 2015, p. 313.
- MANDON (C.)**, « La notion de peine », », in *Pour une refonte du droit des peines*, E. BONIS-GARÇON (ss la dir.), Lexis Nexis, 2016, p. 76.
- MARGAINE (C.)**, « La libération contrôlée », in *Pour une refonte du droit des peines*, E. BONIS-GARÇON (ss la dir.), Lexis Nexis, 2016, p 65.
- MARGUENAUD (J.-P.) :**
- « Du suicide dans les prisons de France », RSC 2009, p. 173 ;
 - « Exclusion de la réclusion à perpétuité : les femmes et les enfants d'abord », RSC 2017, p. 123 ;
 - « Comprendre ou deviner les raisons d'une condamnation à perpétuité contraire aux conclusions unanimes des experts psychiatres ? », RSC 2017, p. 128 ;
 - « La régression des garanties procédurales conventionnelles face aux exigences de la lutte contre le terrorisme », RSC 2017, p. 130.
- MARGUENAUD (J.-P.) et ROETS (D.)**, « La peine de mort, peine inhumaine et dégradante », RSC 2010, p. 675.
- MARIE (C.):**
- « La sanction pénale confrontée aux droits des victimes », in *Le renouveau de la sanction pénale – Evolution ou révolution ?*, S. JACOPIN (ss la dir.), Bruylant, 2010, pp. 97-125.
 - « Constats et réflexions autour de la notion de peine perpétuelle », in *La Perpétuité perpétuelle, Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, Y. LECUYER (ss la dir.), PUR 2012, p. 15 et s.
- MARTIN (P.-H.)**, « L'honneur des juges britanniques, Chambre des Lords, 16 décembre 2004 », D. 2005, chron. p. 1055 s.
- MARUNA (S.) et LE BEL (T.-P.)**, « Les apports de la désistance à la réinsertion », AJ pénal 2010, p. 367.
- MASSIAS (F.) :**
- « Bilan de la jurisprudence relative à la protection offerte par l'article 3 en matière de privation de liberté », RSC 2003, p. 144 ;
 - « Chronique internationale des droits de l'homme-année 2003 », RSC 2004, p. 441 ;
 - « Peine perpétuelle obligatoire et maintien de la détention », RTDH, 2003, p. 945 ;
 - « Bilan de la jurisprudence relative à la protection offerte par l'article 3 en matière de privation de liberté », RSC 2005, p. 151 ;
 - « Droits de l'homme, Légers c/ France ; arrêt de Chambre du 11 avril 2006 », RSC 2007, p. 141.

MATHIEU (B.), « *La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ?* », D. 1996, chron. p. 282.

MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), « La marge nationale d'appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction ? », RSC 2006, n° 1, p. 25.

MATSOPOULOU (H.) :

- « Le renouveau des mesures de sûreté », D. 2007, p. 1607 ;
- « La surveillance par géolocalisation à l'épreuve de la convention européenne des droits de l'homme », D. 2011, p. 724.

MAYAUD (Y.), « La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », D. 2008., Chron. 1359.

MESA (R.), « Les mesures de sûreté *post sententiam* privatives et restrictives de liberté dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme », RTDH 2011, p. 842.

MEYNAUD (A.), « La bonne administration de la justice et le juge administratif », RFDA, 2013, p. 1029.

MOLINER-DUBOST (M.) :

- « La détention de personnes atteintes de troubles mentaux : condamnation ferme de la "prison-asile" », RTDH 2007, pp. 541-557 ;
- « Le point sur la compatibilité du placement à l'isolement des détenus avec l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », AJ pénal 2007, pp. 160-163.

MONTEIRO (E.), « Droit portugais (année 2004) », RSC 2005, p. 423.

NAUCKE (W.), « Le droit pénal rétributif selon Kant », in *Rétribution et justice pénale*, Paris, PUF, 1983, p. 73.

NORMAND (J.), « Le juge judiciaire, juridiction d'exception des atteintes portées par les autorités administratives à la liberté individuelle », RTD civ. 1998, p. 181.

NORMANDEAU (A.) :

- « Le mythe de la réhabilitation », RSC 1978, pp. 401-409 ;
- « Le terrorisme international et la peine de mort », RSC 2006, p. 895.

OLINGA (A.-D.) et PICHERAL (C.), « La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la CEDH », RTDH 1995, pp. 567-604.

OST (F.), « Originalité des méthodes d'interprétation de la CEDH », in *Raisonnement la raison d'État*, M. DELMAS MARTY (ss la dir.), PUF, 1989, p. 410.

OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), « Le présent horizon paradoxal des sanctions réparatrices ? », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT*, Paris, éd. Frison-Roche, 1999, pp. 477 et s.

PARIZOT (V.-R.) :

- « Prévention du meurtre : la Cour européenne des droits de l'homme va-t-elle trop loin ? », D. 2013, p. 188 ;
- « Loi du 3 juin 2016 : aspects obscurs de droit pénal général », RSC 2016, p. 376.

PARRAN (A/-L.), « *Hudson v. Mac Millian and prisoners'right in the 1990's : is the Supreme Court now responsive to Contemporaneous standards of decency ?* », University of Richmond Law Review, Fall 1992, pp. 151-170.

PASTOR (J.-M.), « La CEDH condamne l'extradition en cas de peine perpétuelle incompressible », AJDA 2014, p. 1688.

PAYE (J.-C.), « Lutte anti-terroriste : la fin de l'État de droit », RTDH 2004, p. 61.

PECHILLON (E.),

- « Conditions du maintien d'une privation de liberté au terme d'une incarcération : l'examen de la conventionalité des rétentions de sûreté », AJ pénal 2010, p. 389 ;
- « Arrêt pilote de la CEDH relatif à la surpopulation carcérale : imposer des réformes structurelles », AJ pénal 2013, p. 361.

PELLOUX (R.), « Les arrêts de la Cour Européenne des droits de l'homme dans les arrêts Wemhoff et Neumeister », AFDI 1969, p. 276.

PERRIER (J.-B.), « La diffusion du droit à la sûreté », in *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, E. PUTMAN et M. GIACOPELLI (ss la dir.), Mare & Martin, 2015.

PETTITI (L.-E.),

- « Conventionalité d'une peine perpétuelle obligatoire », RSC 1994, p. 796 ;
- « Droits de l'homme. L'affaire *Hussain* relative aux peines perpétuelles », RSC 1996, p. 933.

PHILIP (L.), « La constitutionnalisation du droit pénal français », RSC 1985, p. 711.

POLIN (R.), « La notion de peine dans la philosophie du droit de Hegel », in *Rétribution et justice pénale*, Paris, PUF, 1983, p. 89.

PONCELA (P.),

- « Par la peine, dissuader ou rétribuer », Archives de philosophie du droit, t. 26, 1981, p. 65 ;
- « Eclipses et réapparition de la rétribution en droit pénal », in *Rétribution et justice pénale*, Paris, PUF, 1983, p. 11 ;
- « L'isolement carcéral sous le contrôle des juridictions administratives et de la Cour européenne des droits de l'homme », RSC, 2005, pp. 390-397 ;

- « Chronique de l'exécution des peines », RSC 2007, p. 350 ;
- « Finir sa peine : libre ou suivi ? », RSC 2007, p. 883 ;
- « L'harmonisation des normes pénitentiaires européennes », RSC 2007, p. 126 ;
- « Le placement à l'isolement des détenus », RTDH, janvier 2007, p. 247 ;
- « La crise du logement pénitentiaire », RSC 2008, p. 972 ;
- « La logique modale de la peine dans la jurisprudence de la CEDH », in *Les droits de l'Homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Y. CARTYVELS (ss la dir.), RSC 2009, p. 431 ;
- « Peines et prisons : la régression », RSC 2016, p. 565.

PONSEILLE (A.), « Aménagement de peine et de surpopulation carcérale », AJ pénal 2014, p. 494.

PORTMANN (A.), « CEDH : Le droit à être défendu par un avocat en garde à vue n'est pas un droit autonome », D. Actu., 29 mai 2017.

PRADEL (J.),

- « La correspondance écrite du détenu », RPDP 1987, pp. 257-265 ;
- « Les nouvelles règles pénitentiaires européennes », RPDP 1988, p. 218 ;
- « Rapport introductif - Le droit de l'exécution des peines : une jurisprudence en mouvement », RPDP Numéro spécial 2007, p. 7, spéc. p. 8 ;
- « Mesures de sûreté privatives de liberté et Convention européenne des droits de l'homme » D. 2010, p. 737 ;
- « La peine perpétuelle en droit comparé », in *La Perpétuité perpétuelle, Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, Y. LECUYER (ss la dir.), PUR 2012, p. 40 et s.

PRIOU-ALIBERT (L.) :

- « La surveillance de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », D. Actu., 23 avril 2010 ;
- « Refus d'accès à des sites internet en prison : une clarification européenne », D. Actu., 3 février 2016.

RABILLER (S.), « Quelle vie privée en détention ? Sur quelques aspects de la jurisprudence européenne », in *Panorama européen de la détention*, J.-P. CÉRÉ (ss la dir.), L'Harmattan, 2002, pp. 75-104.

RASSAT (M.-L.), « Création d'une peine dite incompressible », RSC 1994, p. 749.

RENAUT (M.-H.), « Les conséquences civiles et civiques des condamnations pénales. Le condamné reste un citoyen à part entière », RSC 1998, pp. 265-277.

RENUCCI (J.-F.),

- « La Cour Européenne fixe sa jurisprudence sur les peines perpétuelles et ravive des tensions », D. 2013, p. 2081 ;
- « L'obligation de présenter "aussitôt" le gardé à vue à l'autorité judiciaire : présentation "à court délai" ou présentation "sans délai" ? », D. 2015, p. 303 ;
- « Conventionalité des peines perpétuelles : une clarification importante des obligations positives à la charge des États », D. 2016, p. 1542 ;
- « Géolocalisation convention EDH », RSC 2016, p. 847.

ROBERT (J.-H.), « Punir dehors », comm. de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014, Dr. pén. 2014, étude 16, n° 3.

ROBERT (M.), « De l'inégalité dans la détermination de la peine », in Conseil de l'Europe, Comité Européen pour les problèmes criminels, disparités dans le prononcé des peines : causes et solutions, Strasbourg, 1989, pp. 9 et s.

ROETS (D.) :

- « Big brother au parloir », D. 2006, n° 11, pp. 764-768 ;
- « Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », RSC 2007, p. 251 ;
- « La Grande Chambre soumise à la question des peines perpétuelles : "courage, fuyons" ? », RSC 2009, p. 654 ;
- La privation de liberté de sûreté allemande : une "peine" soumise au principe de non-rétroactivité », RSC 2010, p. 236 ;
- « Du droit à l'espoir des personnes condamnées à la réclusion à perpétuité », RSC 2013, p. 649 ;
- « Peines perpétuelles : importantes précisions sur les obligations positives résultant de l'article 3 de la Convention », RSC 2016, p. 582.

ROLLAND (P.), « Le contrôle d'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme » in *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, D. ROUSSEAU et F. SUDRE (ss la dir.), Paris, éd. STH, 1990, p. 70.

ROTMAN (E.), « L'évolution de la pensée juridique sur le but de la sanction pénale », in *Mélanges Marc ANCEL*, T. II, éd. Pédone, 1975, p. 163 et s.

ROUCAUTE (D.), « La cellule individuelle en prison, un droit encore repoussé », *Le Monde*, 8 décembre 2014.

ROUJOU DE BOUBEE (G.), « La protection des droits de l'homme en droit pénal français », RIDP 1976, pp. 93-109, spéc. p. 108.

ROYER (G.), « La réclusion criminelle assortie d'une période de sûreté ne constitue pas une peine inhumaine », AJ pénal 2010, p. 252.

SAAS (C.), *Réclusion criminelle à perpétuité et discrimination*, AJ pénal 2017 p. 184.

SAEKO (L.), « Internet en prison : approche conventionnelle », D. IP/IT 2016, p. 266.

SALVAT (X.), « Pour la première fois, la Chambre criminelle statue sur un recours exercé contre une décision de la juridiction nationale de la rétention de sûreté », RSC 2012, p. 406.

SENNA (E.) :

- « La succession au CGLPL : l'amorce d'une seconde étape », AJ pénal 2015, p. 483.
- « Septième année au CGLPL : un combat sans fin pour la dignité », AJ pénal 2016, p. 371 ;
- « Une décennie après : le CGLPL est unique et irremplaçable », AJ pénal 2017, p. 423.

SENON (J.-L.), JONAS (C.) et VOYER (M.), « Outils d'évaluation de la dangerosité des personnes condamnés ou plutôt outils d'évaluation des risques, besoins, réceptivité et facteurs pro-criminogènes et de désistance de la personne condamné », AJ pénal 2015, p. 289.

SERMET (L.), « L'absolue clarté de la notion prétorienne d'arrêt pilote », RGDIP 2007, p. 863.

SEUVIC (J.-F.), « La période de sûreté », RPDP 1996, p. 311.

SNACKEN (S.) et VAN ZYL SMIT (D.), « Principles of European Prison Law and Policy. Penology and Human Rights », Oxford Univ. Press, 2009, trad. M. HERZOG-EVANS.

SOYER (J.-P.), « Une certaine idée du droit... de la sanction pénale », in *Une certaine idée du droit – Mélanges offerts à A. Decocq*, Litec, 2004, p. 557.

SPIELMANN (D.) :

- « La protection des droits de l'Homme. *Quid des droits des détenus ?* », in *Protection des droits de l'homme, la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA*, Heymanns K.G., 1988, p. 589 ;
- « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », in *L'interprétation de la CEDH*, F. SUDRE (ss la dir.), Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 133-174.

SUDRE (F.) :

- « La notion de "peines et traitements inhumains ou dégradants" dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme », RGDIP 1984, p. 825 ;

- « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », RTDH 1995, pp. 363-384 ;
- « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la CEDH ? », in *Liber Amicorum M.-A. EISSEN*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 1995, p. 381 ;
- « Existe-t-il un ordre public européen », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une Union plus étroite - 35 années de jurisprudence, 1959-1994*, P. TAVERNIER (ss la dir.), Bruxelles, 1996, Bruylant, p. 39 ;
- « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », JCP G 2001, I, p. 291, n° 6 ;
- « L'article 3 bis de la Convention européenne des droits de l'homme : le droit à des conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine », in *Libertés, justice, tolérance - Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN JONATHAN*, Vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2004 ;
- « Droit de la convention européenne des droits de l'homme », JCP G 2004, I, 161, spéc. p. 1582 ;
- « L'économie générale de l'article 3 CEDH », in *La portée de l'article 3 de la Convention EDH*, C.-A. CHASSIN (ss la dir.), coll. Rencontres européennes, Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 7-19, spéc. pp. 16-17 ;
- « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », RTDH 2008, p. 927.

TALENDIER (J.), « Travail et prison », Vie judiciaire, 18 avril 1988, n° 2193.

TAUPIAC-NOUVEL (G.), « À la recherche de la peine en droit pénal de l'Union européenne », Dr. pén., sept. 2015, n° 9, dossier 6.

THIEBAULT (P.), « Recueil de pensées » 1805.

TOUBON (J.), « Le défenseur des droits », in *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, E. PUTMAN et M. GIACOPELLI (ss la dir.), Mare & Martin, 2015.

TULKENS (F.) et DONNAY (L.), « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », RSC 2006, n° 1, p. 3.

VACHERET (M.), DOZOIS (J.) et LEMIRE (G.), « Le système correctionnel canadien et la nouvelle pénologie : la notion de risque », in *Déviance et société*, 1998, Vol. 22, n° 1, pp. 37 et s.

VAN ZYL SMIT (D.) :

- « Inconstitutionnalité de la réclusion à perpétuité sans libération conditionnelle obligatoire pour les mineurs meurtriers », Cour suprême des États-Unis 25 juin 2012, AJ pénal 2012, p. 607 ;
- « L'Europe à la veille de rendre illicite les peines incompressibles », in *La Perpétuité perpétuelle, Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, Y. LECUYER (ss la dir.), PUR 2012, p. 103 et s.

VAREILLE (B.), « Le pardon du juge répressif », RSC 1988, p. 676.

VASAK (K.), « Préface », in *La Perpétuité perpétuelle, Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, Y. LECUYER (ss la dir.), PUR 2012, p. 11.

VASILIKI (V.) et VAN ZYL SMIT (D.), « Réhabilitation et perspective de libération pour toute personne condamnée à la réclusion à perpétuité », AJ pénal 2016, p. 322.

VERGES (E.), « Un corpus juris des droits des victimes : le droit européen entre synthèse et innovations. A propos de la Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité », RSC 2013, p. 121.

VERHAEGEN (J.), « Juger le fait avant de juger l'homme », Rev. int. crim. pol. tech., 1986, p. 265.

VERIN (J.) :

- « Pénologie de la responsabilité », RSC 1980, p. 489 ;
- « La recherche conduirait-elle à abandonner la politique criminelle de réinsertion sociale ? », in *La criminologie, bilan et perspectives, Mélanges offerts à J. PINATEL*, 1983, p. 61.

WEYEMBERGH (A.), « L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen », in *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERGH (ss la dir.), Nemesis/Bruylant, 2002, p. 153.

WOLMARK (C.), « Le travail en prison », Constitutions 2015, p. 579.

IV. JURISPRUDENCE

1950

- **CEDH, 9 juin 1958**, *De Becker c/ Belgique*, n° 214/56, AFDI 1962 ,Vol. 8, n° 1, pp. 330-346, obs. R .PELLOUX.

1960

- **CEDH, 1^{er} juillet 1961**, *Lawless c/ Ireland*, n° 332/57.
- **CEDH, 11 janvier 1961**, *Autriche c/ Italie*, n° 788/60, Ann. IV, p.139.
- **CEDH, 23 juillet 1968**, *Belgique / Belgique*, n° 474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63. 1994/63, 2126/64.
- **CEDH, 10 novembre 1969**, *Matzenetter c/ Autriche*, n° 2178/64.
- **CEDH, 10 novembre 1969**, *Stögmüller c/ Allemagne*, n° 1602/62.

1970

- **CEDH, 18 juin 1971**, *De Wilde, Ooms et Versyp c/ Belgique*, Série A, n° 12, JT 1971, p. 341, obs. J. VELU ; AFDI 1972, p. 443, obs. R. PELLOUX.
- **CEDH, 21 février 1975**, *Golder c/ Royaume-Uni*, n° 4451 /70, Série A, n° 18, AFDI 1975, p. 330, note R. PELLOUX.
- **CEDH, 8 juin 1976**, *Engel et autres c/ Pays-Bas*, n° 5100/71, Série A, n° 22, CDE 1978, p. 364, chron. G. COHEN-JONATHAN ; JDI 1978, p. 695, obs. P. ROLLAND.
- **CEDH, 7 décembre 1976**, *Handyside c/ Royaume-Uni*, n° 5493/72, Série A. 24, § 48, CDE 1978, p. 350, chron. G. COHEN-JONATHAN ; JDI 1978, p. 706, GACEDH, n° 7, chron. P. ROLLAND.
- **CEDH, 7 décembre 1976**, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, n° 5095/71, 5920/72, 5926/72, serie A, n° 23; AFDI 1977, p. 489, chron. R. PELLOUX; CDE 1978, p. 359, chron. G. COHEN-JONATHAN; JDI 1978, p. 702, chron. P. ROLLAND.
- **CEDH, 18 janvier 1978**, *Irlande c/ Royaume-Uni*, n° 5310/71, Série A , n°25.
- **CEDH, 25 avril 1978**, *Tyrer c/ Royaume-Uni*, n° 5856/72, Série A, n°26, § 31.
- **CEDH, 28 novembre 1978**, *Luedicke, Belkacem et Koc c/ Allemagne*, n° 6210/73, 6877/75, 7132/75, Série A, n° 29, § 40.
- **CEDH, 26 avril 1979**, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, n° 6538/74, Série A, n° 30, § 59.

- **CEDH, 9 octobre 1979**, *Airey c/ Irlande*, n° 6289/73, Série A, n° 32, §26, CDE, 1980, p. 470, obs. G. COHEN-JONATHAN ; AFDI 1980, p. 323, obs. R. PELLOUX; JDI 1982, p. 187, obs. P. ROLLAND ; in *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et M. LEVINET (ss la dir.), PUF, 8^e éd., 2017.
- **CEDH, 4 décembre 1979**, *Schiesser c/ Suisse*, n° 7710/76.

1980

- **CEDH, 27 février 1980**, *Deweert c/ Belgique*, n° 6903/75, Série A, n° 35, § 38.
- **CEDH, 13 mai 1980**, *Artico c/ Italie*, n° 6694/74, Série A, n° 37, § 33.
- **CEDH, 15 mai 1980**, *Mac Feely c/ Royaume-Uni*, n° 8317/78.
- **Cons. const., 19-20 janvier 1981**, décision n° 81-127 DC, considérant n° 16.
- **CEDH, 13 août 1981**, *Young, James et Webster c/ Royaume-Uni*, n° 7601/76, 7806/77, CDE 1982, p. 226; chron. G. COHEN-JONATHAN; JDI 1982, p. 220, obs. P. ROLLAND.
- **CEDH, 22 octobre 1981**, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, n° 7525/76, Série A, n° 45; CDE 1982, p. 221, chron. G. COHEN-JONATHAN ; AFDI 1982, p. 504, chron, R. PELLOUX ; JDI 1985, p. 185 chron. P. ROLLAND.
- **CEDH, 26 mars 1982**, *Adolf c/ Autriche*, n° 8269/78 , Série A, n° 49.
- **CEDH, 24 juin 1982**, *Van Droogenbroeck c/ Belgique*, n° 7906/77, §40, Série A, n° 50.
- **Cons. const., 30 décembre 1982**, n° 82-155 DC, rec. 88.
- **CEDH, 25 mars 1983**, *Minelli c/ Suisse*, n° 8660/79 , Série A , n° 62, § 37.
- **CEDH, 25 mars 1983**, *Silver et A. c/ Royaume-Uni*, n° 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, Série A, n° 61.
- **CEDH, 25 avril 1983**, *Pakelli c/ Allemagne*, n° 8398/78.
- **CEDH, 21 février 1984**, *Öztürk c/ Allemagne*, n° 8544/79, Série A , n° 73, CDE 1986, p. 212, obs. G. COHEN-JONATHAN; AFDI 1985, pp. 403-416, obs. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE; D. 1986, obs. M. DELMAS-MARTY; JDI 1986, p. 1051, obs. P. TAVERNIER.
- **CEDH, 28 juin 1984**, *Campbell et Felle c/ Royaume-Uni*, n° 13590/88, Série A, n° 80.

- **CEDH, 6 mai 1985**, *Bönish c/ Autriche*, n° 8658/79, Série A, n° 92, § 32, CDE 1988, p. 455, obs. G. COHEN-JONATHAN ; AFDI 1987, p. 239, obs. V. COUSSIRAT-COUSTERE ; RSC 1985, p. 164, obs. L.-E. PETTITI ; JDI 1986, p. 1083, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER.
- **CEDH, 21 octobre 1986**, *Sanchez-Reisse c/ Suisse*, n° 9862/81, Série A, n° 107, § 55.
- **Cons. const., 23 janvier 1987**, n° 86-224 DC, AJDA 1987, p. 345, note J. CHEVALLIER ; RFDA 1987, p. 287, concl. P. GENEVOIS ; RD publ. 1987, p.1341, obs. Y. GAUDEMET ; D. 1988, p. 117, note F. LUCHAIRE
- **CEDH, 2 mars 1987**, *Weeks c/ Royaume-Uni*, n° 9782/82, Série A, n° 114, § 47.
- **CEDH, 24 mars 1988**, *Olsson c/ Suède*, n° 10465/83, Série A, n° 130, § 68 ; JDI 1989, p. 789, obs. P. TAVERNIER ; RSC 1988, p. 573, obs. L.-E. PETITI.
- **CEDH, 29 avril 1988**, *Belilos c/ Suisse*, n° 10328/83, Série A, n° 132, § 60 ; RGDIP 1989, p. 273, note G. COHEN-JONATHAN.
- **CEDH, 7 octobre 1988**, *Salabiaku c/ France*, n° 10519/83, Série A, n° 141-A, § 28, RSC 1989, p. 167, obs. L.-E. PETTITI et F. TEITGEN ; JDI 1989, p. 829, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER.
- **CEDH, 29 novembre 1988**, *Brogan et autres c/ Royaume-Uni*, n° 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85 ; Série A, n° 145-B, § 58.
- **CEDH, 6 décembre 1988**, *Barbera, Messegué et Jabardo c/ Espagne*, n° 10588/83, 10589/83, 10590/83.
- **Cons. Const., 4 juillet 1989**, 89-254 DC.
- **CEDH, 7 juillet 1989**, *Soering c/ Royaume-Uni*, n° 14038/88, Série A, n° 161, § 102 ; JCP II 1990, p. 3452, note H. LABAYLE ; RGDIP 1990, p. 103, obs. F. SUDRE ; RTDH 1990, p. 5, obs. W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH.
- **Cons. Const, 28 juillet 1989**, n° 89-261 DC, RFDA 1989, p. 691 ; AJDA 1989, p. 619, comm. J. CHEVALLIER ; D. 1990, p. 161, note X. PRÉTO.
- **CEDH, 12 octobre 1989**, *H., W., P. et K. c/ Autriche*, DR 62/216.
- **Crim., 23 octobre 1989**, n° 88-84.690, *Bull. crim.*, n° 370
- **CEDH, 25 octobre 1989**, *Bezicheri c/ Italie*, n° 11400/85, Série A, n° 164.
- **CEDH, 20 novembre 1989**, *Kostovski c/ Pays-Bas*, n° 11454/85, Série A, n° 166 ; AFDI 1991, p. 602, obs. V. COUSSIRAT-COUSTERE ; JDI 1990, p. 738, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER ; RTDH 1990, p. 267, obs. J. CALLEWEART ; Dr. pén. 1990, comm. 143, obs. A. MARON ; RSC 1990, p. 388, obs. L.-E. PETTITI.

- **CEDH, 19 décembre 1989**, *Kamasinski c/ Autriche*, n° 9783/82, Série A, n° 168, § 89 et s. ; RTDH 1991, p. 231, note J. CALLEWAERT.

1990

- **CEDH, 21 février 1990**, *Van der Leer c/ Pays-Bas*, n° 7215/75, Série A, n° 170, § 27.
- **CEDH, 22 mai 1990**, *Weber c/ Suisse*, n° 11034/84.
- **Crim., 22 mai 1990**, n° 89-86.896, *Bull. Crim.*, n° 210.
- **CEDH, 30 août 1990**, *Fox, Campbell et Hartley c/ Royaume-Uni*, n° 12244/86, 12245/86, 12383/86.
- **CEDH, 25 octobre 1990**, *Keus c/ Pays-Bas*, n° 12228/86, Série A, n° 185-C.
- **CEDH, 25 octobre 1990**, *Thynne, Wilson et Gunnell c/ Royaume-Uni*, n° 11787/85, 11978/86, 12009/86, Série A, n° 190.
- **CEDH, 20 mars 1991**, *Cruz Varas et autres c/ Suède*, n° 15576/89, Série A, n° 201, RUDH 1991, p. 205, note G. COHEN-JONATHAN.
- **CEDH, 24 mai 1991**, *Quaranta c/ Suisse*, n° 12744/87, Série A n° 205, § 30.
- **CEDH, 26 juin 1991**, *Letellier c/ France*, n° 12369/86, Série A, n° 207, AFDI 1991, p. 592, obs. V. COUSSIRAT-COUSTERE ; JDI 1992, p. 788, obs. E. DECAUX et P. TAVERNIER ; RSC 1991, p. 805, obs. L.-E. PETITI ; D. 1992, Somm., p. 328, obs. J.-F. RENUCCI.
- **CEDH, 3 juillet 1991**, *Kuij c/ Grèce*, n° 14986/89.
- **CEDH, 27 août 1991**, *Demicoli c/ Malte*, n° 13057/87.
- **CEDH, 28 août 1991**, *Brandstetter c/ Autriche*, n° 11170/84, 12876/87, 13468/87.
- **CEDH, 30 octobre 1991**, *Vilvarajah et autres c/ Royaume-Uni*, n° 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, § 102, Série A, n° 215, RTDH 1993, p. 411, obs. M. BOSSUYT et I. LAMMERANT.
- **CEDH, 28 novembre 1991**, *S. c/ Suisse*, n° 12629/87, 13965/88.
- **CEDH, 26 juin 1992**, *Drozd et Janousek c/ France et Espagne*, n° 12747/87 ; RTDH 1994, p. 87, note G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS.
- **CEDH, 27 août 1992**, *Tomasi c/ France*, n° 12850/87, Série A, n° 241 ; RCDP, 1993, pp. 33-43, note F. SUDRE ; D. 1993, chron., p. 383 s., obs. J.-F. RENUCCI.
- **CEDH, 24 septembre 1992**, *Herczegfalvy c/ Autriche*, n° 10533/83, Série A, n° 244, § 75.
- **CEDH, 25 septembre 1992**, *Pham Hoang c/ France*, n° 13191/87, Série A n° 243, § 41

- **CEDH, 26 janvier 1993**, *W. c/ Suisse*, n° 14379/88, Série A, n° 254-A, §30.
- **CEDH, 25 février 1993**, *Funke c/ France*, n° 10588/83.
- **Crim., 5 juillet 1993**, n° 92-86.681, *Bull. crim.* n° 237.
- **CEDH, 25 août 1993**, *Sekanina c/ Autriche*, n° 13126/87, Série A, n° 266-A, RSC 1994, p. 362, obs. R KOERING-JOULIN.
- **CEDH, 20 septembre 1993**, *Saïdi c/ France*, n° 14647/89.
- **CEDH, 21 septembre 1993**, *Kremzov c/ Autriche*, n° 12350/86.
- **CEDH, 23 novembre 1993**, *Poitrinol c/ France*, n° 14032/88, Série A, n° 277-A, §38 ; RSC 1994, p. 370, obs. L.-E. PETTITI ; JDI 1994, p. 821, obs. P. TAVERNIER ; AFDI 1994, p. 684, obs. R. PELLOUX.
- **CEDH, 24 novembre 1993**, *Imbrioscia c/ Suisse*, n° 13972/88.
- **Conseil Constitutionnel**, n° 93334 DC du 20 janvier 1994, 1. Lég., p. 220.
- **CEDH, 24 février 1994**, *Bendenoun c/ France*, n° 12547/86.
- **CEDH, 23 mars 1994**, *Ravnsborg c/ Suède*, n° 14220/88.
- **CEDH, 25 mars 1994**, *Scherer c/ Suisse*, n° 17116/90, Série A, n° 287, § 31 et 32.
- **CEDH, 28 octobre 1994**, *Murray c/ Royaume-Uni*, n° 14310/88, Série A, n° 300-A, § 72.
- **CEDH, 10 février 1995**, *Allenet de Ribemont c/ France*, n° 15175/89, Série A, n° 308 ; AFDI 1995, p. 485, obs. V. COUSSIRAT-COUSTERE ; JDI 1996, p. 211, obs. E. DECEAUX et P. TAVERNIER ; RTDH 1995, p. 657, comm. D. SPIELMAN ; RSC 1995, p. 639, obs. L.-E. PETTITI ; JCP G 1996, I, p. 3910, n° 8, obs. F. SUDRE ; D. 1996, Somm., p. 196, obs. J.-F. RENUCCI.
- **CEDH, 2 mars 1995**, *H.L.R. c/ France*, n° 24573/94.
- **CEDH, 23 mars 1995**, *Loizidou c/ Turquie*, n° 15318/89, Série A, n° 310, RUDH 1996, p. 6, obs. F. SUDRE ; RGDIP 1998, p. 123, obs. G. COHEN-JONATHAN ; RTDH 1998, p. 102, obs. J.P. COT.
- **CEDH, 8 juin 1995**, *Yagci et Sargin c/ Turquie*, n° 16419/90, 16426/90.
- **CEDH, 13 juillet 1995**, *Tolstoy Miloslavsky c/ Royaume-Uni*, n° 18139/91, Série A, n° 316-B, § 37.
- **CEDH, 24 octobre 1995**, *Iribarne Perez c/ France*, n° 16462/90.
- **CEDH, 31 octobre 1995**, *Papamichalopoulos et autres c/ Grèce*, n° 14556/89, Série A, n° 330-B ; AFDI 1995, p. 503, chron. V. COUSSIRAT-COUSTERE ; RTDH 1997, p. 477, note M.-A. BEENAERT.
- **CEDH, 4 décembre 1995**, *Ribitsch c/ Autriche*, n° 18896/91, Série A, n° 336, § 38, D. 1997, p. 202, obs. J.-F. RENUCCI.

- **CEDH, 8 février 1996**, *Murray c/ Royaume-Uni*, n° 18731/91, Rec. 1996, p. 30 ; JCP G 1997, I, p. 4000, obs. F. SUDRE
- **CEDH, 21 février 1996**, *Hussain c/ Royaume-Uni*, n° 21928/93, Rec. 1996 – I ; RSC 1998, p. 460, obs. R. KOERING-JOULIN.
- **CEDH, 21 février 1996**, *Singh c/ Royaume-Uni*, n° 23389/94, Rec. 1996 - I, § 61.
- **CEDH, 22 février 1996**, *Putz c/ Autriche*, n° 18892/91.
- **CEDH, 26 mars 1996**, *Doorson c/ Pays-Bas*, n° 20524/92, Rec. 1996-II, D. 1997, Somm., p. 207, obs. J.-F. RENUCCI.
- **Trib. des conflits, 4 nov. 1996**, *Vanius et Dame Robert*, Gaz. Pal., 20 décembre 1997, concl. J. SAINTE-ROSE, p. 7 et 10 ;
- **CEDH, 15 novembre 1996**, *Chahal c/ Royaume-Uni*, n° 22414/93, § 73
- **Crim., 28 novembre 1996**, Dr. pén. 1997, comm. n° 54, obs. A. MARON.
- **CEDH, 17 décembre 1996**, *Ahmed c/ Autriche*, n° 25964/94, §38.
- **Trib. des conflits, 17 février 1997**, *Préfet de l'Ile-de-France*, Bull. T. confl. n° 1, p. 1 ; Gaz. Pal, 20 déc. 1997, concl. J. SAINTE-ROSE.
- **CEDH, 17 mars 1997**, *Muller c/ France*, n° 21802/93, Rec. 1997-II, JCP G 1998, I, p. 107, n° 13, obs. F. SUDRE ; RSC 1998, p. 384, obs. KOERING-JOULIN.
- **CEDH, 2 mai 1997**, *D.C/ c/ Royaume-Uni*, n°30240/96, § 49.
- **Trib. des conflits, 12 mai 1997**, *Préfet de police de Paris*, JCP G 1997, II, p. 22861, rap. SARGOS, D. 1997, p. 567, note A. LEGRAND ; AJDA 1997, p. 635, chron. D. CHAUVAUX et Th.-X. GIRARDOT ; RFDA 1997, p. 514, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA
- **CEDH, 20 octobre 1997**, *Serves c/ France*, n° 20225/92.
- **Crim., 4 novembre 1997**, n° 96-86644, RSC 1998, p. 537, obs. B. BOULOC.
- **CEDH, 16 décembre 1997**, *Raninen c/ Finlande*, n° 20972/92, Rec. 1997-VIII, § 56, D. 1998, Somm. p. 207, obs. J.-F. RENUCCI.
- **CEDH, 12 janvier 1998**, *Iruretagoyena c/ France*, n° 32829/96.
- **Crim., 29 janvier 1998**, n° 97-81.573, *Bull. crim.*, n° 37, Dr. pén., 1998, p. 67, obs. M. VERON ; RSC 1998, p. 767, obs. B. BOULOC.
- **CEDH, 2 septembre 1998**, *Lauko c/ Slovaquie*, n° 26138/95.
- **CEDH, Gde Ch., 28 octobre 1998**, *Osman c/ Royaume-Uni*, n° 23452/94, § 115, JCP G, I, p. 105, chron. F. SUDRE ; JDI 1999, p. 269, chron. P. TAVERNIER.
- **CEDH, 12 janvier 1999**, *Rigopoulos c/ Espagne*, n° 37388/97.
- **Cons. const., 15 mars 1999**, n° 99-410 DC.

- **CEDH, 29 avril 1999**, *Aquilina c/ Malte*, n° 25642/94, JDI 2000, p. 107, obs. M. BENILLOUCHE.
- **CEDH, Gde Ch., 28 juillet 1999**, *Selmouni c/ France*, n° 25803/94, Rec. 1999-V, § 101, RTDH, 2000, p. 123, note P. LAMBERT ; AJDA, 2000, p. 526 s., chron. J.-F. FLAUSS ; D. 2000. p. 31 s., obs. Y. MAYAUD ; D. 2000, p. 179 s., obs. J.-F. RENUCCI ; RSC 1999, p. 891 s., obs. F. MASSIAS ; JCP 1999-II-10193 note F. SUDRE ; RTD Civ. 1999, p. 911, obs. J.-P. MARGUENAUD ; D. 2000, obs. J. THIERRY ; RTDH 2000, n°41, p.123, obs. P. LAMBERT.
- **CEDH, Gde Ch., 4 août 1999**, *Douiye c/ Pays-Bas*, n° 31464/96.
- **CEDH, 23 novembre 1999**, *Bromiley c/ Royaume-Uni*, n° 33747/96.
- **CEDH, 16 décembre 1999**, *T. c/ Royaume-Uni*, n° 24724/94, § 97, RTDH 2002, p. 111 s., obs. F. MASSIAS.

2000

- **Cons. const., 13 janvier 2000**, 99-423 DC.
- **CEDH, 8 février 2000**, *Voisine c/ France*, n° 27362/95.
- **CEDH, 7 mars 2000**, *TI c/ Royaume-Uni*, n° 43844/98.
- **CEDH, 28 mars 2000**, *Baranowski c/ Pologne*, n° 28358/95, Rec. 2000-III, §50.
- **CJCE, 28 mars 2000**, *Krombach et Bamberski*, aff. C-7/98, RTD Civ. 2000, p. 944, obs. J. RAYNARD ; RTDH 2001, p. 801, obs. C. PICHERAL et F. SUDRE.
- **CEDH, Gde ch., 6 avril 2000**, *Labita c/ Italie*, n° 26772/95, Rec. 2000-IV, § 152.
- **CEDH, 23 mai 2000**, *Van Pelt c/ France*, n° 31070/96, JCP G 2000, I, 291, n° 29, obs. F. SUDRE ; RSC 2001, p. 429, obs. F. MASSIAS ; D. 2001, Somm. p. 1061, obs. J.-F. RENUCCI.
- **CEDH, 28 septembre 2000**, *Messina c/ Italie*, n° 25498/94, Rec. 2000.
- **CEDH, Gde Ch., 26 octobre 2000**, *Kudla c/ Pologne*, n° 30210/96, Rec. 2000-XI, RTD Civ. 2001, p. 442, obs. J.-P. MARGUENAUD ; JCP G 2001, I, p. 291, n° 6, chron. F. SUDRE ; RTDH 2002, p. 169, note J. F. FLAUSS ; D. Actu. 5 déc. 2006, obs. C. GIRAULT ; D. Actu. 14 févr. 2011, obs. L. PRIOU-ALIBERT ; JDE 2001, p. 49, obs. P. FRUMER.
- **CEDH, 13 février 2001**, *Krombach c/ France*, n° 29731/96, Rec. 2001-II, § 89, D. 2001, p. 3304, note J.-P. MARGUENAUD ; JCP G 2001, I, p. 342, n° 15, obs. F. SUDRE ; RSC 2001, p. 429, obs. F. MASSIAS.

- **CEDH, 27 février 2001**, *Luca c/ Italie*, n° 33354/96
- **CEDH, 3 avril 2001**, *Keenan c/ Royaume-Uni*, n° 27229/95, Rec. 2001-III. ; D. 2002, p. 110, obs. J.-P. CÉRÉ ; RSC 2001, p. 881 s., obs. F. TULKENS.
- **CEDH, 5 avril 2001**, *Priebke c/ Italie*, n° 48799/99.
- **CEDH, 3 mai 2001**, *J.B c/ Suisse*, n° 31827/96.
- **CEDH, 29 mai 2001**, *Sawoniuk c/ Royaume-Uni*, n° 63716/00, Rec. 2001-VI.
- **CEDH, 7 juin 2001**, *Papon c/ France*, n° 54210/00, Rec. 2001-VI. ; D. 2001, p. 2335 s., note J.-P. CÉRÉ ; D. 2002, p. 683 s., obs. J.-F. RENUCCI ; D. 2002, p. 2893 s., note M. HERZOG-EVANS.
- **CEDH, 28 juin 2001**, *Selmani c/ Suisse*, n° 70258/01.
- **CEDH, 3 juillet 2001**, *Nivette c/ France*, n° 44190/98 ; Rec. 2001 - VII ; RDP 2009, p. 901, obs. F. SUDRE
- **CEDH, 24 juillet 2001**, *Valasinas c/ Lituanie*, n° 44558/98, Rec. 2001-VIII, § 117.
- **CEDH, 16 octobre 2001**, *Brennan c/ Royaume-Uni*, n° 39846/98, Rec. 2001-X, § 58 ; JDI 2002, p. 272, obs. O. BACHELET ; version définitive 16 janv. 2002, n° 39846/98.
- **CEDH, 16 octobre 2001**, *Einhorn c/ France*, n° 71555/01.
- **CEDH, 18 octobre 2001**, *Indelicato c/ Italie*, n° 31143/96, § 31.
- **CEDH, 20 octobre 2001**, *Pelegriani c/ Italie*, n° 30882/96.
- **CEDH, Gde Ch., 12 déc. 2001**, *Bankovic et autres c/ Belgique et 16 autres États*, n° 52207/99, RTDH 2002, p. 1057, obs. G. COHEN-JONATHAN.
- **CEDH, 5 février 2002**, *Conka c/ Belgique*, n° 51564/99, Rec. 2002- I, § 50, JCP G 202, I, p. 157, obs. F. SUDRE.
- **CEDH, 14 février 2002**, *Visser c/ Pays-Bas*, n° 26668/95.
- **CEDH, 26 février 2002**, *Magalhaes Pereira c/ Portugal*, n° 44872/98, Rec. 2002-I, § 41.
- **CEDH, 26 mars 2002**, *Butkevicius c/ Lituanie*, n° 48297/99, Rec. 2002-II.
- **CEDH, 16 mai 2002**, *D.G. c/ Irlande*, n° 39474/98, Rec. 2002-III, § 99.
- **CEDH, 16 mai 2002**, *Karatas et Sari c/ France*, n° 38396/97, § 61.
- **CEDH, 28 mai 2002**, *Stafford c/ Royaume-Uni*, n° 46295/99, Rec. 2002-IV, § 87 à 90, JCP G 2002, I, p. 157, n° 7 obs. F. SUDRE ; RTDH 2003, p. 945, obs. F. MASSIAS.
- **Conseil de l'Union Européenne, décision-cadre du 13 juin 2002**, n° 2002/584/AI.
- **CEDH, 18 juin 2002**, *Delbec c/ France*, n° 43125/98, RDP 2003, p. 689, obs. D. THOMAS.
- **CEDH, 15 juillet 2002**, *Kalachnikov c/ Russie*, n° 47095/99, Rec. 2002-VI ; D. 2003, p. 919, obs. J.-P. CÉRÉ.

- **CEDH, 23 juillet 2002**, *Janosevic c/ Suède*, n° 34619/97.
- **CEDH, 26 septembre 2002**, *Grisez c/ Belgique*, n° 35776/97, § 49.
- **CEDH, Gde Ch., 24 octobre 2002**, *Mastromatteo c/ Italie*, n° 37703/99, Rec. 2002-VIII, JCP G, I, 2003 p. 109, obs. F. SUDRE.
- **CEDH, 14 novembre 2002**, *Mouisel c/ France*, n° 67263/01, Rec. 2002-IX, D. 2003, Jur. 303, note H. MOUTOUH ; D. 2003, Somm. 524, obs. J.-F. RENUCCI ; RSC 2003, p. 144, obs. F. MASSIAS ; JCP G 2003, I, 109, obs. F. SUDRE ; AJDA, 2003, p. 603 s., obs. J.-F. FLAUSS.
- **CEDH, 28 novembre 2002**, *Lavents c/ Lettonie*, n° 58442/00.
- **CEDH, 12 décembre 2002**, *Stanford c/ Royaume-Uni*, n° 73299/01.
- **CEDH, 14 janvier 2003**, *Lagerblom c/ Suède*, n° 26891/95.
- **CEDH, 4 février 2003**, *Lorse c/ Pays-Bas*, n° 50901/00, § 63 ; D. 2004., p. 1101, obs. J.-P. CÉRÉ ; RSC 2004, p. 448, obs. F. MASSIAS ; JCP 2003-I-160, n°2, obs. F. SUDRE.
- **CEDH, 4 février 2003**, *Van Der Ven c/ Pays-Bas*, n° 52750/99, § 49, RSC 2004, p. 448, obs. F. MASSIAS ; D. 2004, p. 1101, obs. J.-P. CÉRÉ.
- **CEDH, 11 février 2003**, *O. c/ Norvège*, n° 29327/95, Rec. 2003-II.
- **CEDH, 29 avril 2003**, *Poltoratsky c/ Ukraine*, n° 38812/97, Rec. 2003-V.
- **CEDH, 3 juin 2003**, *Cotlet c/ Roumanie*, n° 38565/97, JCP G 2003, I,160, note F. SUDRE, D. 2004, p. 1095 s., obs. J.-P. CÉRÉ.
- **CEDH, 3 juin 2003**, *Morel c/ France*, n° 54559/00.
- **CEDH, Gde, Ch., 9 octobre 2003**, *Ezeh et Connors c/ Royaume-Uni*, n° 39665/98 et 40086/98; D. 2003, p. 919 s., obs. J.P CÉRÉ.
- **CEDH, 16 octobre 2003**, *Wynne c/ Royaume-Uni*, n° 67385/01, RSC 2004, p. 165, obs. F. MASSIAS.
- **CEDH, 22 oct. 2003**, *Gabbari Moreno c/ Espagne*, n° 68066/01.
- **CEDH, 27 novembre 2003**, *Henaf c/ France*, n° 65436/01, Rec. 2003-XI, § 48 et § 51 et s. ; AJ pénal, 2004, p. 78, obs. J.-P. CÉRÉ ; D. 2004, Pan., p. 1102, obs. E. PECHILLON ; D. 2004, Jur., p. 1196, note L. DI RAIMONDO, JCP G 2004, II, 10093, pp. 1069-1072 ; D. 2004, n° 17, p. 1196, obs. D. ROETS.
- **CEDH, 11 décembre 2003**, *Yankov c/ Bulgarie*, n° 39084/97, Rec. 2003-XII, § 114, RSC 2004, p. 449, obs. F. MASSIAS.
- **CEDH, 15 janvier 2004**, *Matencio c/ France*, n°58749//00, D. 2005, jur, p. 1002, note J.-P. CÉRÉ ; RSC 2005, p. 630 s., chron. F. MASSIAS.
- **CEDH, 30 mars 2004**, *Hirst c/ Royaume-Uni*, n° 74025/01.

- **CEDH, 8 avril 2004**, *Sadak c/ Turquie*, n° 25142/94, § 45.
- **T.A. Versailles, 18 mai 2004**, n° 0101135.
- **CEDH, 19 mai 2004**, *R.L et M.J.D c/ France*, n° 44568/98.
- **CEDH, 17 juin 2004**, *Zdanoka c/ Lettonie*, n° 58278/00, AJDA 2004, p. 1809, chron. J.-F. FLAUSS.
- **CEDH, Gde Ch., 22 juin 2004**, *Broniowski c/ Pologne*, n° 31443/96, Rec. 2004-V ; GACEDH n° 72, note E. LAMBERT-ABDELGAWAD ; RTDH 2005, p. 203, obs. E. LAMBERT-ABDELGAWAD ; JDI 2005, p. 544, obs. P. TAVERNIER ; RDP 2005, p. 758 et p. 809, obs. F. SUDRE et H. SURREL.
- **T.A. Nantes, 19 juillet 2004**, n° 0403193, AJ pénal 2004, p. 413.
- **Cour de cassation portugaise, 14 juillet 2004**, disponible sur www.dgsi.pt.
- **CE, 25 juillet 2004**, *Korber*, n° 265594, AJ pénal 2004, p. 332.
- **CEDH, 5 octobre 2004**, *Blondet c/ France*, n° 49451/99, § 41, AJ pénal 2004, p. 450, obs. J. COSTE.
- **Cour suprême des États-Unis, 13 octobre 2004**, *Roger c/ Simmons*, 543 U.S., 551, 2005.
- **CEDH, 19 octobre 2004**, *Mahkfi c/ France*, n° 59335/00.
- **CEDH, 28 octobre 2004**, *Y.B et autres c/ Turquie*, n° 48173/99 et 48319/99, § 48.
- **CEDH, 10 novembre 2004**, *Sejdovic c/ Italie*, n° 56581/00, § 84, JCP G 2005, I, p. 103, n° 8, chron. F. SUDRE.
- **Cour des Droits de l'Homme Interaméricaine, 25 novembre 2004**, *Lori Berenson Mejia c/ Pérou*, C n° 119.
- **CEDH, 2 décembre 2004**, *Farbtuhs c/ Lettonie*, n° 4672/02.
- **CEDH, 18 janvier 2005**, *Kehayov c/ Bulgarie*, n° 41035/98, §73.
- **CEDH, 27 janvier 2005**, *Ramirez Sanchez c/ France*, n° 59450/00, AJDA 2005, p. 1388, note D. COSTA ; D. 2005, jur., p. 1272, note J.-P. CÉRÉ, ; JCP 2005 - I- 159, n° 4, obs. F. SUDRE.
- **CEDH, 1^{er} février 2005**, *Zilberberg c/ Moldova*, n° 61821/00.
- **CEDH, Gde Ch., 4 février 2005**, *Mamatkoulov et Askarov c/ Turquie*, n° 46827/99 et n° 46951/99.
- **CEDH, 24 mars 2005**, *Stoichkov c/ Bulgarie*, n° 9808/02, § 56.
- **CIADH, 25 mars 2005**, *Garcia Asto y Ramirez Rojas c/ Pérou*, § 229, Série C, n° 137, H. TIGROUDJA, « Chronique des décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », RTDH 2006, pp. 277-326.

- **CE, 30 mars 2005**, *Observatoire international des prisons*, n° 276017.
- **CEDH, 31 mars 2005**, *Dumont-Maliverg c/ France*, n° 57547/00.
- **CEDH, 31 mars 2005**, *Mariani c/ France*, n° 43640/98, § 42.
- **CEDH, 12 avril 2005**, *Chamaiev et douze autres c/ Géorgie et Russie*, n° 36378/02, § 413, JCP G 205, I, p. 59, chron. F. SUDRE.
- **CEDH, 26 avril 2005**, *Müslim c/ Turquie*, n° 53566/99.
- **CEDH, 12 mai 2005**, *Ocalan c/ Turquie*, n° 46221/99, § 132 et s.
- **CEDH, 19 mai 2005**, *Diamantides c/ Grèce*, n° 71563/01, RSC 2006, p. 452, obs. F. MASSIAS.
- **CEDH, 7 juin 2005**, *Kilinc et autres c/ Turquie*, n° 40145/98, §41 ; JCP G 2005, I, p.159, n° 2, obs. F. SUDRE.
- **Crim., 29 juin 2005**, n° 04-86.110, AJ pénal 2005, p. 419, obs. J.-F. RENUCCI.
- **Cons. const., 22 juillet 2005**, n° 2005-520 DC, considérant n° 3.
- **CEDH, 27 juillet 2005**, *N. c/ Finlande*, n° 38885/02.
- **CEDH, 31 août 2005**, *Dumont-Maliverg c/ France*, n° 68591/01.
- **CEDH, 13 septembre 2005**, *Gosselin c/ France*, n° 66224/01.
- **CEDH, Gde Ch., 6 octobre 2005**, *Hirst c/ Royaume-Uni*, n° 74025/01, obs. J.-F. FLAUSS, AJDA 2006, p. 475.
- **CEDH, 7 juin 2001**, *Papon c/ France*, n° 54210/00, Rec. 2001-VI. ; D. 2001, p. 2335 s. note J.-P CÉRÉ ; D. 2002, p. 683 s., obs. J.-F RENUCCI ; D. 2002, p. 2893 s., note M. HERZOG-EVANS.
- **CEDH, 27 octobre 2005**, *Mathieu c/ France*, n° 68671/01.
- **CEDH, 10 novembre 2005**, *Argenti c/ Italie*, n° 56317/00.
- **Cons. const., 8 décembre 2005**, n° 2005-527 DC, « *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales* ».
- **CEDH, 15 décembre 2005**, *Georgiev c/ Bulgarie*, n° 47823/99.
- **CEDH, 8 février, 2006**, *Bader et Kanbor c/ Suède*, n° 13284/04, § 47.
- **CEDH, 28 février 2006**, *Thévenon c/ France*, n° 2476/02, Rec. 2006 – III, p. 5.
- **CEDH, Gde Ch., 1^{er} mars 2006**, *Sedjovic c/ Italie*, n° 56581/00, §105 et §106, RTDH 2007, p. 521, note L. FRANCOIS.
- **CEDH, 9 mars 2006**, *Svipsta c/ Lettonie*, n° 66820/01.
- **CEDH, 29 mars 2006**, *Scordino c/ Italie*, n° 36813/97.

- **CEDH, 11 avril 2006**, *Léger c/ France*, n° 19324/02, D. 2006, p. 1800, note J.-P. CÉRÉ ; AJ pénal 2006, p. 258, obs. ENDERLIN ; RSC 2007, p. 134, obs. F. MASSIAS ; D. 2009, p.1453 s., obs. J.-F RENUCCI ; JDI 2007, p. 716, obs. E. DELAPLACE ; JCP 2006-I-164, n°2, obs. F. SUDRE.
- **CEDH, 13 avril 2006**, *Vaturi c/ France*, n° 75699/01, §49
- **CEDH, 4 mai 2006**, *Ambruszkiewicz c/ Pologne*, n° 38797/03, § 33.
- **CEDH, 4 mai 2006**, *Kadikis c/ Lettonie*, n° 62393/00.
- **CEDH, 1^{er} juin 2006**, *Mamedova c/ Russie*, n° 7064/05, non publié.
- **CEDH, Gde Ch., 4 juillet 2006**, *Ramirez Sanchez c/ France*, n° 59450/00, RPD 2006, p. 881, obs. J.-F. RENUCCI et C. BIRSAN ; JCP G 2007, I, p. 106, n° 2 obs. F. SUDRE ; P. PONCELA, « Le placement à l'isolement des détenus », RTDH, janv. 2007, pp. 249-260 ; JDI 2007, p. 717, obs. E. DELAPLACE.
- **CEDH, 11 juillet 2006**, *Rivière c/ France*, n° 33834/03, D. 2007, Pan. 1229, obs. J.-P. CÉRÉ ; RSC 2007, p. 350, spéc. p. 361, obs. P. PONCELA ; D. Actu., 5 août 2006, obs. J. DALEAU ; D. 2007, Pan. p. 1229 s., obs. J.-P. CÉRÉ et M. HERZOG-EVANS ; RTDH 2007, pp. 261-268, note J.-P. CÉRÉ ; D. 2006, p. 1078 s., obs. J.-P. CÉRÉ.
- **CEDH, 26 septembre 2006**, *Gérard Bernard c/ France*, n° 27678/02, § 47.
- **CEDH, 3 octobre 2006**, *Tréboux c/ France*, n° 7217/05.
- **CEDH, 5 octobre 2006**, *Viola c/ Italie*, n° 45106/04, § 60.
- **CEDH, 24 octobre 2006**, *Vincent c/ France*, n° 6253/03, § 101, AJ Pénal, 2006, p. 500, obs. J.-P. CÉRÉ ; RSC 2007, p. 350, obs. P. PONCELA ; D. Actu., 5 déc. 2006, obs. C. GIRAULT.
- **CEDH, 26 octobre 2006**, *Chraidi c/ Allemagne*, n° 65655/01.
- **CEDH, 31 octobre 2006**, *Dilek Yilmaz c/ Turquie*, n° 58030/00, § 30.
- **CEDH, 31 octobre 2006**, *Zborowski c/ Pologne*, n° 13535/036.
- **CEDH, 12 février 2007**, *Pessino c/ France*, n° 40403/02.
- **CEDH, 20 février 2007**, *Al-Moayad c/ Allemagne*, n° 35865/03, § 101.
- **Cons. const., 3 mars 2007**, n° 2007-553 DC, considérant n° 28.
- **CEDH, 6 mars 2007**, *Erdogan Yagiz c/ Turquie*, n° 27473/02.
- **CEDH, 23 avril 2007**, *Cretello c/ France*, n° 2078/04, Dr. pén. 2009, p. 20, obs. E. DREYER.
- **CEDH, 3 mai 2007**, *Soysal c/ Turquie*, n° 50091/99, § 68.
- **CEDH, 31 juillet 2007**, *Zaicevs c/ Lettonie*, n° 65022/01.
- **Cons. const., 9 août 2007**, n° 2007-554 DC, considérant n° 13.

- **CEDH, 8 novembre 2007**, *Lelièvre c/ Belgique*, n° 11287/03.
- **CEDH, 12 février 2008**, *Kafkaris c/ Chypre*, n° 21906/04, RSC 2008, p. 692, chron. J.-P MARGUENAUD et D. ROETS ; RSC 2009, p. 431, obs. P. PONCELA ; RDP 2009, p. 901, obs. F. SUDRE; Dr. pén. 2009, p. 19, obs. E. DREYER.
- **Cons. const., 21 février 2008**, n° 2008-562 DC, JCP G 2008, p. 166, obs. B. MATHIEU ; JCP G 2008, II, n° 10077, note J.-P. FELDMAN ; LPA 2008, p. 3, note F. CHALTIEL ; AJDA, 2008, p. 714, note P. JAN.
- **CEDH, 28 février 2008**, *Saadi c/ Italie*, n° 37201/06, § 102.
- **CEDH, 4 mars 2008**, *Hüseyin Turan c/ Turquie*, n° 11529/02.
- **CEDH, 1^{er} avril 2008**, *Varga c/ Roumanie*, n° 73957/01.
- **CEDH, 7 octobre 2008**, *Bogumil c/ Portugal*, n° 35228/03, § 46.
- **CE, 31 octobre 2008**, Section française de l'OIP, n° 293785, concl. M. GUYAMAR, RFDA 2009, 1, p. 73, note M. HERZOG-EVANS ; D. 2009, p. 134, chron. E. GEFFRAY et S.-J. LIEBER.
- **CE, 14 novembre 2008**, n° 315622, AJDA 2008. 2389, chron. E. GEFFRAY et S.-J. LIEBER
- **CEDH, Gde Ch., 27 novembre 2008**, *Salduz c/ Turquie*, n° 36391/02, § 55, JCP G 2009, I, p. 104, n° 5, obs. F. SUDRE ; Dr. pén. 2009, p. 23, obs. E. DREYER ; RTDH 2010, p. 663, note D. HOLZAPFEL.
- **CEDH, 15 janvier 2009**, *Branko Tomasic et autres c/ Croatie*, n° 46598/06.
- **Crim., 21 janvier 2009**, *Bull. crim.* n° 24, D. 2009, p. 1111, note H. MATSOPOULOU ; RPDP 2009, pp. 147-149, obs. X. PIN.
- **CEDH, 24 février 2009**, *Ben Khemis c/ Italie*, n° 246/07, § 64 et § 65.
- **CEDH, Gde Ch., 30 mars 2009**, *Léger c/ France*, n° 19324/02, D. 2009, p. 1453, note J.-F. RENUCCI ; « La Grande Chambre soumise à la question des peines perpétuelles : "courage, fuyons" ? », D. Roets, RSC 2009, p. 654 ; RSC 2009, p. 436 obs. P. PONCELA.
- **CEDH, 7 avril 2009**, *Branduse c/ Roumanie*, n° 6586/03.
- **CEDH, 9 juin 2009**, *Opuz c/ Turquie*, n° 33401/02 ; RSC 2010, p. 219 obs. J.-P. MARGHENAUD ; RDP 2010, p. 862, obs. H. SURREL ; JCP G 2009, I, p. 143 n° 2 obs. F. SUDRE ; RFDA 2010, p. 587, obs. H. LABAYLE, F. SUDRE, J. ANDRIANTSIMBAZONIVA et L. SERMET ; AJDA 2009, p. 1936 s., obs. J.-F. FLAUSS.

- **CEDH, 9 juillet 2009**, *Khider c/ France*, n° 39364/05, D. 2009, Jur., p. 2462, note M. HERZOG-EVANS ; D. 2009, Pan., p. 2825, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE ; D. 2010, Pan., p. 1378, obs. J.-P. CÉRÉ ; Procédures, n° 12, déc. 2009, étude 11, note A. TOURÉ, AJ Pénal 2009, p. 372 s., obs. M. HERZOG-EVANS, D. Actu. 2 sept.2009, obs. S. LAVRIC, Gaz. Pal., 29 oct. 2009, n° 302, p. 20 s., note J.-F. RENUCCI, JCP G 2010, obs. F. SUDRE ; RSC 2010, p. 225 obs. J.-P. et p. 645 obs. P. PONCELA ; RDP 2010, p. 864, obs. M. LEVINET ; Dr. pén. 2010, n° 4, chron. n° 3, obs. E. DREYER ; RFDA 2010, p. 587, obs. H. LABAYLE, F. SUDRE, J. ANDRIANTSIMBAZONIVA et L. SERMET.
- **CEDH, 22 septembre 2009**, *Abdolkhani et Karimnia c/ Turquie*, n° 30471/08.
- **CEDH, 13 octobre 2009**, *Dayanan c/ Turquie*, n° 7377/03, D. 2009, Jur., p. 2897, note J.-F. RENUCCI ; AJ pénal 2010, Jur., p. 27, obs. C. SAAS ; RSC 2010, p. 231, obs. D. ROETS ; Dr. pén. 2010, n° 4, chron. n° 3, obs. E. DREYER.
- **CEDH, 13 octobre 2009**, *De Schepper c/ Belgique*, n° 27428/07.
- **CEDH, 22 octobre 2009**, *Norbert Sikorski c/ Pologne*, n° 17599/05.
- **CEDH, 22 octobre 2009**, *Orchowski c/ Pologne*, n° 17885/04.
- **CEDH, 19 novembre 2009**, *Kaboulov c/ Ukraine*, n° 41015/04.
- **Crim., 16 décembre 2009**, *Bull. crim. n° 216* ; RPDP 2010, pp 122-123, obs. J-Y CHEVALIER ; D. 2010, p. 471, note J. PRADEL.
- **CEDH, 17 décembre 2009**, *M. c/ Allemagne*, n° 19359/04, spéc. § 86. V. notamment, J. LEBLOIS-HAPPE, « 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 ; D. 2010, p. 737, note J. PRADEL.

2010

- **CEDH, 5 janvier 2010**, *Frasik c/ Pologne*, n° 22933/02 ; Dr. Fam. 2010, comm. n° 37, obs. V. LARRIBEAU-TERNEYRE ; JCP G 2010, act. 131, B. BELDA.
- **Crim., 20 janvier 2010**, *Bull. crim. n° 14* ; D. 2010, p. 585 ; Procédures 2010, n° 140, obs. J. BUISSON ; AJ pénal 2010, p. 252, obs. G. ROYER.
- **CEDH, 26 janvier 2010**, *Einhorn c/ France*, n° 71555/01.
- **CEDH, 26 janvier 2010**, *King c/ Royaume-Uni*, n° 9742/07.
- **CEDH, 16 février 2010**, *Akdas c/ Turquie*, n° 41056/04, § 27.
- **CEDH, 10 mars 2010**, *Kouzmin c/ Russie*, n° 58939/00.

- **CEDH, Gde Ch., 29 mars 2010**, *Medvedyev et autres c/ France*, n° 3394/03, JCP G, 2010, p. 454, obs. F. SUDRE ; D. 2010, p. 1386, obs. S. LAVRIC ; D. 2010, p. 1386, comm. J.-F. RENUCCI ; D. Actu. 31 mars 2010, obs. S. LAVRIC ; D. 2010, p. 970, chron. D. REBUT ; D. 2010, p. 1390, chron. P. HENNION-JACQUET ; RSC 2010, p. 685, obs. J.-P. MARGUENAUD.
- **CEDH, 1^{er} avril 2010**, *Kleine c/ Russie*, n° 24268/08.
- **CEDH, 18 avril 2010**, *Baysakov et autres c/ Ukraine*, n° 54131/08.
- **CEDH, 20 avril 2010**, *Villa c/ Italie*, n° 19675/06.
- **CEDH, 4 mai 2010**, *Stapleton c/ Irlande*, n° 56588/07.
- **Cour suprême des États-Unis, 17 mai 2010**, *Graham c/ Floride*, 560 U.S., 2010.
- **Cass., QPC 19 mai 2010**, n° 12009, D. 2010, p. 1351, obs. G. DRAGO.
- **CEDH, 20 mai 2010**, *Khaydariv c/ Russie*, n° 21055/09.
- **CEDH, 1^{er} juin 2010**, *Gäfgen c/ Allemagne*, n° 22978/05.
- **Cons. const., 11 juin 2010**, n° 2010-6/7 QPC ; AJDA 2010, p. 1172 ; D. 2010, p. 1560, obs. S. LAVRIC ; AJ pénal 2010, p. 392, obs. J.-B. PERRIER ; RTD com. 2010, p. 815, obs. B. BOULOC.
- **Cons. const. 30 juillet 2010**, n° 2010-19/27 QPC.
- **CEDH, 2 septembre 2010**, *Iorgov c/ Bulgarie*, n° 36295/02.
- **Cons. const., 29 septembre 2010**, n° 2010-40 QPC, considérant n° 3 ; D. 2010, p. 2732, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE, T. GARE et S. MIRABAIL ; AJ pénal 2010, p. 501, obs. J.-B. PERRIER.
- **Cons. const., 29 septembre 2010**, n° 2010-41 QPC ; D. 2011, p. 54, note B. BOULOC.
- **CEDH, 14 octobre 2010**, *Brusco c/ France*, n° 1466/07.
- **CEDH, 21 octobre 2010**, *Grosskopf c/ Allemagne*, n° 24478/03.
- **CEDH, 4 novembre 2010**, *Katritsch c/ France*, n° 22575/08.
- **CEDH, 23 novembre 2010**, *Moulin c/ France*, n° 37104/06.
- **CEDH, 13 janvier 2011**, *Haidn c/ Allemagne*, n° 6587/04.
- **CEDH, 13 janvier 2011**, *Kallweit c/ Allemagne*, n° 17792/07.
- **CEDH, 13 janvier 2011**, *Mautesc c/ Allemagne*, n° 20008/07.
- **CEDH, 13 janvier 2011**, *Schummer c/ Allemagne*, n° 27360/04 et 42225/07,

- **CEDH, 20 janvier 2011**, *El Shennawy c/ France*, n° 51246/08 ; D. Actu, 14 févr. 2011, obs. L. PRIOU ALIBERT ; Gaz. Pal., 03 févr. 2011, n° 34, p. 3 s., obs. C. KLEITZ ; AJDA 2011, p.133 s., obs. M.-C. DE MONTECLER et p. 1993 obs. L. BURGORGUE-LARSEN ; D. 2011, p. 1311, obs. J.-P. CÉRÉ ; JCP 2011, 914, p. 1507, n°7, obs. F. SUDRE ; AJ Pénal 2011, p. 88, obs. M. HERZOG-EVANS ; RSC 2011, p. 704 obs. D. ROETS ; Dr. pén. 2012, n°4, chron. 3, comm. n°8, obs. E. DREYER ; RFDA 2012, p. 445, obs. H. LABAYLE , F. SUDRE , X. DUPRE DE BOULOIS et L. MILANO.
- **CEDH, 20 janvier 2011**, *Payet c/ France*, n° 19606/08, D. Actu. p. 380, obs S. LAVRIC ; AJ pénal 2011, p. 88, obs. M. HERZOG-EVANS ; D. 2011, Jur., p. 643, note J.-P. MARGUENAUD ; JCP G 2011, Act. 184, obs. B. PASTRE-BELDA ; Gaz. Pal., 2011, p. 891, note E. SENNA ; Procédures 2011, comm. 94, obs. N. FRICERO ; Dr. pén. 2012, n° 4 chron. 3, comm. 8, obs. E. DREYER ; D. 2011, jur. p. 643, note J.-P. CÉRÉ ; JCP 2011, 914 p. 1510, n° 17, obs. F. SUDRE ; RSC 2012, p. 211, obs. P. PONCELA.
- **CEDH, Gde. Ch., 21 janvier 2011**, *M.S.S c/ Belgique et Grèce*, n° 30696/09.
- **CEDH, 28 juin 2011**, *Lizaso Azconobieta c/ Espagne*, n° 28834/08, § 42.
- **CEDH, 30 juin 2011**, *Klouvi c/ France*, n° 30754/03, JDI 2012, chron. 6, obs. A. DECAUX, P. TAVERNIER, M. BOUMGHAR.
- **CE, ass., 19 juillet 2011** : « *Refus d'une consécration "d'un droit au procès pénal" pour les victimes d'une infraction* », JCP 2011, juris. 1248.
- **CEDH, 20 octobre 2011**, *Mandic et Jovic c/ Slovénie et Struci et autres c/ Slovénie*, n° 5774/10.
- **CEDH, 27 octobre 2011**, *Ahorugeze c/ Suède*, n° 37075/09.
- **CEDH, 27 octobre 2011**, *Stojkovic c/ France et Belgique*, n° 25303/08, §55, AJ Pénal 2012, p. 93, note J.-R. DEMARCHI ; Dr. Pén. 2012, n° 4, chron. 3, comm. 18, obs. E. DREYER ; RSC 2012, p. 2411, obs. J.-P. MARGUENAUD ; RTDH 2013, p. 143, obs. A. WEYEMBERGH ; JDI 2012, chron. 6, obs. A. DECAUX, P. TAVERNIER, M. BOUMGHAR et autres ; RTD Eur. 2012, p. 369, obs. E. PALVADEAU.
- **CEDH, 29 novembre 2011**, *Giszczak c/ Pologne*, n° 40195/08.
- **CEDH, Gde Ch., 15 décembre 2011**, *Al-Khawaja et Tahery*, n° 26766/05, D. 2012, p. 586, note J.-F. RENUCCI ; JCP G 2012, 87 p. 165, n° 9, obs. F. SUDRE ; Dr. pén. 2012, n° 4, chron. 3, comm. 19, obs. E. DREYER ; RSC 2012, p. 245, obs. D. ROETS ; JDI 2012, chron. 6, obs. A. DECAUX, P. TAVERNIER, M. BOUMGHAR et autres.

- **CJUE, 21 décembre 2011**, n° C-411/10, *N.S. c/ Secretary of State for the Home Department et M.E. et autres c/ Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, point 80.
- **CEDH, 12 janvier 2012**, *Feldman c/ Ukraine*, n° 42921/09.
- **CEDH, 17 janvier 2012**, *Choreftakis et Choreftaki c/ Grèce*, n° 46846/08 ; D. 2012, p. 359 s., obs. J.-P. CÉRÉ.
- **CEDH, 17 janvier 2012**, *Harkins et Edwards c/ Royaume-Uni*, n° 9146/07 et 32650/07, D. Actu. 6 fév. 2012, obs. O. BACHELET.
- **CEDH, 17 janvier 2012**, *Othman (Abu Qatada) c/ Royaume-Uni*, n° 8139/09.
- **CEDH, 23 février 2012**, *G. c/ France*, n° 27244/09, D. Actu. 13 mars 2012, obs. O. BACHELET ; AJ Pénal 2012, p. 357 s., obs. J.-P. CÉRÉ ; RDSS 2012, p. 678 s., note P. HENNION-JACQUET ; RSC 2012, p. 683 s., obs. D. ROETS ; D. 2011, p. 793 s., obs. J.-F. RENUCCI ; Dr. pén. n° 3, mars 2013, chron. 3, E. BONIS-GARÇON.
- **CEDH, 10 avril 2012**, *Babar Ahmad et autres c/ Royaume-Uni*, n° 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 et 67354/09, §168.
- **CEDH, 17 avril 2012**, *Piechovicz c/ Pologne*, n° 20071/07, cité par J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, p. 148.
- **Cour suprême des États-Unis, 25 juin 2012**, *Miller c/ Alabama*, n° 10-9646.
- **CEDH, 13 juillet 2012**, *Hümmer et Sievert c/ Allemagne*, n° 26171/07.
- **CEDH, 28 août 2012**, *Simons c/ Belgique*, n° 71407/10, Gaz. Pal. 26-27 octobre 2012, p. 39, note F. FOURMENT.
- **CEDH, 11 octobre 2012**, *Abdelali c/ France*, n° 43353/07.
- **CEDH, 18 octobre 2012**, *Rossi c/ France*, n° 60468/08, D. Actu. 2012, obs. M. BLOMBLED.
- **CEDH, 30 octobre 2012**, *E.M. c/ Roumanie*, n° 43994/05 ; AJDA 2013, p. 165, obs. L. BURGORGUE-LARSEN.
- **CEDH, 8 janvier 2013**, *Willcox et Hurford c/ Royaume-Uni*, n° 43759/10 et 43771/12, § 75.
- **CEDH, 22 janvier 2013**, *Mihailovs c/ Lettonie*, n° 35939/10.
- **CJUE, Gde Ch., 29 janvier 2013**, *aff. RADU*, n° C-396/11.
- **CEDH, 18 avril 2013**, *Mohammed Hussein c/ Pays-Bas et Italie*, n° 27725/10, § 69.
- **CEDH, 16 avril 2013**, *Aswat c/ Royaume-Uni*, n° 17299/12.
- **CEDH, 6 juin 2013**, *Mohammed c/ Autriche*, n° 2283/12, § 70.

- **CEDH, 27 juin 2013**, *Vassis c/ France*, n° 62736/09 ; D. 2013, p. 1687, obs. O. BACHELET ; AJ pénal 2013, p. 549, obs. G. ROUSSEL ; RPDP 2013, p. 705, obs. J.-F. RENUCCI.
- **CEDH, Gde Ch., 9 juill. 2013**, *Vinter c/ Royaume-Uni*, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10 ; RSC 2013, p. 649, obs. D. ROETS ; AJ pénal 2013, p. 494, obs. D. VAN ZYL SMIT ; D. 2013, p. 2081, obs. M. LÉNA, note J.-F. RENUCCI ; RSC 2013, p. 625, chron. P. PONCELA ; D. 2013, p. 2713, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE, T. GARE, M.-H GOZZI, S. MIRABAIL et T. POTASZKIN ; D. 2014, p. 1235, obs. J.-P. CÉRÉ, M. HERZOG-EVANS et E. PECHILLON.
- **CEDH, 3 octobre 2013**, *Helander c/ Finlande*, n° 10410/10, AJ pénal 2013, p. 558, obs. E. ALLAIN ; D. Actu, 8 oct. 2013, obs. A. PORTMANN.
- **CEDH, Gde Ch., 21 octobre 2013**, *Del Rio Prada c/ Espagne*, n° 42750/09, D. 2013, p. 2775, obs. J. FALXA ; Dr. pén. n° 1, janv. 2014, étude 2, V. PELTIER ; RSC 2014, p. 174, obs. D. ROETS.
- **CEDH, 24 octobre 2013**, *Navone c/ Monaco*, n° 62880/11, 62892/11, 62899/11.
- **CEDH, 16 janvier 2014**, *F.G c/ Suède*, n° 43611/11.
- **CEDH, 18 mars 2014**, *Öcalan c/ Turquie*, n° 24069/03 ; D. 2014, p. 1235, obs. J.-P. CÉRÉ.
- **CEDH, 12 août 2014**, *Firth et A. c/ Royaume-Uni*, n° 47784/09 ; D. Actu., 5 sept. 2014, obs. M. LÉNA.
- **CEDH, 4 septembre 2014**, *Trabelsi c/ Belgique*, n° 140/10, D. Actu., 11 sept. 2014, obs. J.-M PASTOR ; Dr. pén., mars 2015, chron. 3, E. BONIS-GARÇON et V. PELTIER.
- **CEDH, 2 octobre 2014**, *Fakailo (Safoka) et Autres c/ France*, n° 2871/11.
- **CEDH, 14 octobre 2014**, *Baytar c/ Turquie*, n° 45440/04.
- **CEDH, 21 octobre 2014**, *Sharifi et autres c/ Italie et Grèce*, n° 16643/09, § 38.
- **CEDH, 4 novembre 2014**, *Tarakhel c/ Suisse*, n° 29217/12.
- **CEDH, 13 novembre 2014**, *Bodein c/ France*, n° 40014/10, D. 2014, p. 2303 ; D. 2015, p. 2465, obs. C. GINESTET ; AJDA 2015, p. 150, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; RSC 2015, p. 158, obs. D. ROETS ; Dr. pén. 2015, p. 15, note E. BONIS-GARÇON ; D. Actu. 17 nov. 2014, obs. M. LÉNA ; RPDP 2014, p. 934 s., chron. V. PELTIER ; RPDP 2014, p. 907 s., chron. N. HOFFSCHIR ; RPDP 2015, p. 109, chron. J.-Y CHEVALLIER ; AJ pénal 2015, p. 105 s., obs. J.-P. CÉRÉ.
- **CEDH, 25 novembre 2014**, *Vasilescu c/ Belgique*, n° 64682/12.
- **CEDH, 4 décembre 2014**, *Ali Samatar c/ France*, n° 17110/10, 17301/10.

- **CEDH, 4 décembre 2014**, *Hassan c/ France*, n° 46695/10, 54588/10.
- **CEDH, 10 mars 2015**, *Varga c/ Hongrie*, n° 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 et 64586/13.
- **CEDH, 21 mai 2015**, *Yengo c/ France*, n° 50494/12 ; D. Actu. 26 mai 2015, obs. M. LÉNA.
- **CEDH, 2 juin 2015**, *Ouabour c/ Belgique*, n° 26417/10.
- **CEDH, 15 décembre 2015**, *Szafranski c/ Pologne*, n° 17249/12.
- **CEDH, 7 janv. 2016**, *Bergmann c/ Allemagne*, n° 23279/14.
- **CEDH, 19 janvier 2016**, *Kalda c/ Estonie*, n° 17429/10, AJ pénal 2016, p. 224, obs. V. CHOVGAN ; D. Actu. 3 fév. 2016, obs. L. PRIOU-ALIBERT.
- **CEDH, 23 mars 2016**, *F.G. c/ Suède*, n° 43611/11.
- **Crim., 31 mars 2016**, n° 15/86076, AJ pénal 2016, p. 338. obs. M. HERZOG-EVANS.
- **CEDH, Gde Ch., 26 avril 2016**, *Murray c/ Pays-Bas*, n° 10511/10, D. 2016, p. 1542, note J.-F. RENUCCI ; AJ pénal 2016, p. 322, note D. VASILIKI VOULELI et D. VAN ZYL SMIT ; RSC 2016, p. 582, obs. D. ROETS.
- **CEDH, Gde Ch., 13 septembre 2016**, *Ibrahim et autres c/ Royaume-Uni*, n° 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09 ; D. 2016, p. 1862, obs. C. de PRESSE.
- **CEDH, 6 décembre 2016**, *Kanalas c/ Roumanie*, n° 20323/14.
- **CEDH, 17 janvier 2017**, *Jankovskis c/ Lituanie*, n° 21575/08.
- **CEDH, Gde Ch. 17 janvier 2017**, *Hutchinson c/ Royaume-Uni*, n° 57592/08.
- **CEDH, Gde Ch., 24 janvier 2017**, *Khamtokhu et Aksenchik c/ Russie*, n° 60367/08 et n° 961/11.
- **CEDH, 12 mai 2017**, *Simeonovi c/ Bulgarie*, n° 21980/04.

V. SITES INTERNET

Communiqué de presse du ministre de la Justice, 14 mars 2017 - <http://www.presse.justice.gouv.fr/archives-communiques-10095/communiques-de-2017-12858/droit-de-vote-despersonnes-detenu-es-29787.html>

Communiqué du collectif des condamnés à perpétuité de Clairvaux le 16 janvier 2006, ».
www.prison.eu.org/IMG/doc/Communique_les_perpetuites_de_Clairvaux.doc.

Déclaration du collectif « Octobre 2001 » à l'occasion du XX^e anniversaire de l'abolition de la peine de mort en France, Paris, 13 février 2001 - <http://histoire-sociale.univ-paris1.fr/Sem/ASAJ.htm> - Consulté le 02 octobre 2017.

Déclaration de R. DATI - avril 2016 - www.bienpublic.com - Consulté le 03 octobre 2017.

Déclaration G. MOUESCA - mai 2006 - [20 minutes.fr](http://20minutes.fr).

Enap.justice.fr

Justicerestaurative.org

Ministère de la justice portugais - www.dgsi.pt - Consulté le 03 octobre 2017.

Prison.eu.org

Question parlementaire, Assemblée Nationale, n° 00922 - <http://www2.assembleenationale.fr/questions/detail/14/QE/100922>

Textes légaux portugais - <http://dre.pt.gratis> - Consulté le 02 octobre 2017.

www.courdecassation.fr

www.cglpl.fr/

www.cpt.coe.int/

www.hudoc.echr.coe.int

www.legifrance.gouv.fr

www.senat.fr

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Abolition

- — peine de mort, V° *ce mot*
- — du discernement, V° *Discernement*

Accès à internet, 188

Action pénale, 188

Activité professionnelle, V° *Travail pénitentiaire*

Administration pénitentiaire, 21, 63, 85, 104, 157, 178 181, 184, 186, 188, 189

Âge du condamné, 18, 78, 114, 139, 186

Altération

- — du discernement, V° *Discernement*

Aménagement de peine

- — *Ab initio*, 80
- — De fin de peine, 18, 110

Amendement du condamné, 4, 21, 25, 27, 28, 29, 30, 63, 89, 93, 123

Amor (Réforme), 29

Appréciation *in concreto*, 66

Arbitraire, 4, 58, 61, 65, 66, 72, 80, 89, 90, 120, 122, 123, 125, 192

Arrêt pilote, 6

Atténuation de peine, V° *Peine*

Auburnien (régime), 183

Audience, 59, 66, 68, 83, 119, 171

Autorisation de sortie sous escorte, 117

Autorité de la chose jugée, 102, 103, 140

Autorités juridictionnelles, 82, 85, 86, 87, 105

Avocat :

- Correspondances avec le client, 68, 188
- Droit à un —, 68
- Défense, 60, 67
- Représentation, 68

B

Balance des intérêts, 144, 145, 146

Bracelet électronique, 61, 194

Bruit, V° *Nuisances*

But légitime, 66, 101, 117, 145

C

- Célérité**, 65, 194
- Cellule**
- Aménagement, 142, 160
 - Régime cellulaire, 183
- Centre de soins**, 62, 77, 194
- Centre hospitalier de Fresnes**, 198
- Charte des droits fondamentaux**, 137, 148, 149
- Charge de la preuve**, 148, 151, 152, 153
- Charte de l'Union européenne**, 2, 80
- Châtiment afflictif et infamant**, 4, 30
- Circonstances atténuantes**, 90
- Classification des condamnés**, 89
- Comité européen pour la prévention de la torture (CPT)**, 75, 137, 164, 167, 168, 169, 171, 172, 181, 182, 185
- Comité international de la Croix rouge**, 169, 182
- Commission européenne des droits de l'Homme**, 2, 24, 43, 95, 155, 159, 163, 181, 188, 189
- Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH)**, 82, 83, 90, 105, 182
- Commutation**, 107, 114, 117
- Compressibilité**, V° *Peine*
- Conditions de vie**, 84
- Conseil constitutionnel**, 31, 40, 41, 42, 89, 125, 126, 128, 129, 197, 198
- Conseil de l'Europe**, 2, 3, 29, 41, 57, 63, 66, 72, 84, 95, 100, 101, 141, 142, 152, 156, 160, 166, 167, 168, 171, 203, 204
- Contacts familiaux**, 188
- Contractualisation**, V° *peine*
- Contrôle de conventionnalité**, 93
- Contrôle de proportionnalité**, 24, 72, 101, 159
- Contrôle externe**, V° *Contrôleur général des lieux de privation de liberté*
- Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL)**, 82, 83, 84, 105, 125, 184, 188, 198
- Contumace**, 68
- Convention de Strasbourg du 21 mars 1983**, 131, 136, 141, 142
- Convention européenne des droits de l'homme :**
- Application, 3, 57
 - Prévisibilité de la loi, 66
- Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants**, 10, 155, 168, 169, 170
- Conventionnalité :**
- Contrôle a posteriori, 137
 - Contrôle a priori, 137
- Conversion d'une peine**, V° *peine*

Coopération internationale :

- Confiance mutuelle, 137, 138, 139, 145, 147
- Incompatibilité, 140
- Refus, V° *ce mot*
- Transfèrement, 139

Correspondances, 87, 166, 188**Cotte (Commission), 119, 125, 195, 198, 200****Cour européenne des Droits de l'homme :**

- Subjectivisme, 99

D**Dangerosité, 4, 5, 7, 21, 24, 18, 31, 65, 77, 89, 104, 107, 108, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 127, 130, 155, 165, 179, 184, 192, 194, 197, 203****Décès du détenu, 154****Décision cadre du 5 août 2013, 136****Défenseur des droits, 82, 85, 105****Défense (droit de la) :**

- Droit à un avocat, V° *Avocat*
- Droit à un interprète, 65, 68
- Droit au recours, 65, 86
- Droit aux témoins, 68
- Droit d'être informé, 65, 92
- Principe du contradictoire, 68

Défense sociale nouvelle, 29, 89, 129**Déjudiciarisation, 79, 101****Délai :**

- Bref délai, V° *Procès équitable*
- Délai raisonnable, 66

De lege et de facto, 19**Déni de justice :**

- Contrôle minimal, 152, 153
- Définition, 151
- Flagrant, 150, 151

Déontologie pénitentiaire, 85**Désistance, 104, 199, 200****Détenus :**

- Âge, V° *ce mot*
- Correspondances, V° *ce mot*
- Dangereux, V° *Dangerosité*
- Droits civiques, V° *Vote*
- Fouilles corporelles, V° *ce mot*
- Isolement cellulaire, V° *ce mot*
- Liens familiaux, V° *Droit de visite*
- Liens sociaux, 178, 185, 186, 187
- Mauvais traitements, V° *Traitement inhumain et dégradant*
- Mariage, 189
- Peine(s), V° *ce mot*
- Permissions de sortir, V° *ce mot*,
- Rotation, V° *Transfèrement*,
- Santé, V° *Malade ou maladies*
- Suicide, V° *ce mot*
- Vie privée, V° *Intimité*
- Vote, V° *ce mot*

Détention provisoire, 19, 63, 66, 85, 112, 125, 140**Détention de sûreté, 62, 124, 127, 192, 197**

Dignité humaine, 63, 90, 146, 148, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 164, 171, 177, 178, 181, 187, 192, 198, 202

Discernement :

- Abolition du —, 62
- Altération du —, 62, 170

Douche, V° *Hygiène*

Droit à la liberté et à la sûreté, V° *Liberté et sûreté*

Droit au respect de la vie privée et familiale, V° *Détenu*

Droit comparé, 3, 6, 71, 73, 74

Droit de visite, 185, 188

Droit substantiel, 65

Durée :

- Déterminée, 7, 8, 17, 18, 107, 108, 204
- — imputation de la permission de sortir, V° *Libération conditionnelle*
- Indéterminée, 6, 7, 8, 18, 32, 192, 198, 204
- — des peines, V° *Sursis*

E

Effectivité/effective, 1, 2, 6, 7, 8, 56, 57, 59, 68, 69, 77, 83, 84, 93, 96, 105, 106, 107, 126, 140, 164, 177, 187, 203

Emprisonnement :

- Cellulaire, V° *Isolement cellulaire*
- Individuel, V° *Encellulement individuel*

Encellulement individuel, 163, 164, 179, 182, 183, 184

Espoir de libération, 8, 15, 18, 21, 42, 63, 79, 105, 112, 195

Evasion, 76, 141, 181

Expertise médicale, 21

Expertise psychiatrique, 62, 77

Expulsion, 134, 135, 136, 137, 147, 153

Extradition, 61, 134, 135, 136, 137, 139, 141, 142, 153

Extranéité, 106

F

Faisceau d'indices, 137

Famille, 164, 166, 188, 189

Faute, 4, 5, 10, 12, 15, 27, 33, 47, 50

Fin de peine, 37, 76, 189, 194

Fouille :

- — Corporelle/à corps, 159
- — Des locaux, 87

G

Garde à vue, 66, 68

Géolocalisation, 194

Grâce présidentielle, 18, 63, 114, 154

Gravité :

- Seuil de —, V° *ce mot*
- Présomption de —, 173, 174, 175

H**Handicap**, 161, 163**Haute autorité de la santé (HAS)**, 119**Hospitalisation**,

- — sollicitée, 62, 77, 86, 161
- — d'office, 85

Hygiène, 87, 160**I****Incompressibilité**, V° *Peine incompressible*,**Indemnisation**, 32, 33, 44**Individualisation des peines**, 60, 81, 88, 89, 90, 92, 126, 129, 130, 192**Ingérence de l'État**, 24, 25, 140**Injonction de soins**, 194**Instruction scolaire**, 186**Interdiction de séjour**, 61**Interdiction de traitements inhumains et dégradants**, 153, 203**Interrogatoire**, 68, 155**Intimité**, 165, 184**Irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental**, 77, 197**Isolement cellulaire**, 178, 179, 180, 181, 182**Institutions européennes**, 40, 42, 43, 44, 52**J****Juge :**

- Application des peines, 60, 72, 90, 111, 113, 194
- Européen, 2, 6, 24, 40, 42, 44, 47, 49, 50, 53, 54, 55, 56, 60, 66, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 101, 102, 103, 105, 144, 147, 153, 155, 158, 159, 161, 173, 174, 175, 176, 177, 182, 187, 188, 189, 202
- Judiciaire, 2, 86
- Pénal, 2, 89

Justice distributive, 34, 35**Justice restaurative/réparatrice**, 9, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 39**Justice rétributive**, 9, 10, 37, 56**L****Lettres**, V° *Correspondances*,**Libération anticipée**, 3, 17, 18, 19, 37, 42, 155, 197, 201**Libération conditionnelle :**

- Domaine, 115, 154

- Délai, 74, 79, 116
- Effets, 118, 119
- Obligations, 76, 118

Libération contrôlée, 195

Liberté et sûreté :

- Droit à la —, 66, 80
- Garanties, 66, 92
- Privations, 66,
- Restrictions, 66

M

Magistrat, V° *Juge*,

Main d'œuvre pénale, V° *Travail pénitentiaire*,

Maintien des liens familiaux, V° *Correspondances et visites*,

Malade ou Maladies (condamnés), 65, 154, 158, 161, 170, 171

Mandat d'arrêt européen, 61, 153

Mariage (du détenu), V° *Détenu*,

Mauvais traitements, V° *Traitements inhumains ou dégradants*,

Médiation, 38, 39, 43, 48, 55

Menottes, 158, 172

Mesures de soins, 139

Mesure de sûreté :

- Nature, 5, 27, 124, 127, 191
- Compressibilité, 62, 194, 195
- Incompressibilité, 22, 192, 197, 198

Mineurs délinquants, 52, 63, 122

Modulation de la peine, 52

Morale, V° *Peine*

Morale du Juge européen, 55

Moratoire, 3, 184

N

Nécessité (principe de —), 85, 89, 129

Neutralisation, 4, 21, 23, 27, 77, 88

Non bis in idem, 139, 151

Non rétroactivité :

- — de la loi pénale, 126, 127
- — des peines, 127, 128

O

Obligations :

- De moyens, 24, 25, 193
- De soins, 160, 161, 162
- De vérifications, 147, 150, 151
- D'information, 142

Obligations positives, 23, 24, 25, 60, 68, 161, 162

Ordre public européen, 6, 96, 98, 101, 151, 161

P

Pardon, 34, 35, 36, 37, 38

Parloir, 188

Peine (fonction) :

- Morale, 12, 14, 15, 47
- Prévention, 26, 27

Peine (perpétuelle) :

- Afflictive, 10, 13, 14
- Caractères, 4, 5
- Compressible, 19
- Consentement, 30, 31, 32
- Conversion, 140, 200,
- Curative, 26,
- Diminution de —, 62
- Evolution des idées, 4,
- Fondement, 5,
- Incompressible, 15, 21, 60, 69, 70, 72, 76, 77, 78, 112
- Notion, 17
- Prononcé, 51, 60
- Proportionnalité, 10, 14, 90
- *Quantum*, 11, 46, 107, 114, 122, 204
- Réduction, 128

Peine de mort, 1, 4, 10, 12, 14, 17, 20, 63, 72, 203, 204

Période de sûreté, 3, 4, 18, 20, 21, 60, 72, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 161, 192

Permissions de sortir, 25, 115, 117

Perpétuité réelle, 19, 52, 71, 72, 112, 199

Perpétuité sociale, 76

Précaution (principe de —), 148

Présomption d'innocence, 67, 92

Prévention de la récidive, V° *Récidive*,

Prison, 84

Procès équitable :

- Bref délai, 65, 66
- Droit d'accès au juge, 92, 105
- Présomption d'innocence, V° *ce mot*.

Proportionnalité :

- Contrôle de —, 24, 91
- Principe de —, 85, 129

Proportionnalité des peines, V° *Peine*,

Purge de la peine, 107

Q

Quantum, V° *Peine*

Quartier de sécurité, V° *Isolement*,

Question prioritaire de constitutionnalité, 41,

R

Réadaptation sociale, 30, 113, 129, 154, 178, 188

Réhabilitation, 29, 33, 34, 178, 190, 192, 193

Récidive, 4, 5, 9, 26, 29, 31, 37, 49, 53, 60, 63, 77, 85, 116, 118, 119, 122, 125, 178, 190, 192, 194, 195, 197, 198, 203

Réciprocité (principe de —), 96

Reclassement social, 29, 30, 171, 178

Réduction de peine, V° *Peine,*

Refus :

- Critères, 139
- Transfèrement, 139

Régime d'exécution des peines :

- Auburnien, V° *ce mot*
- Pennsylvanien, 183

Règles pénitentiaires européennes, 4, 29, 84, 142, 156, 167, 168, 170, 178, 186

Réinsertion, 8, 24, 27, 29, 30, 34, 54, 63, 104, 105, 141, 142, 157, 178, 186, 190, 193, 199

Relégation, 4, 62

Relèvement, 110, 113, 200

Resocialisation, 4, 10, 28, 29, 31, 63, 108, 186, 187, 192

Responsabilité,

- Analogie, 134, 135, 147
- Directe, 145, 146
- État de condamnation, 131, 132
- État d'exécution, 131, 132,
- Indirecte, 145, 146
- Ricochet, V° *ce mot*
- Temporalité, 136, 148
- Transfèrement, V° *ce mot*

Rétention de sûreté, 5, 119, 196, 197, 198

Rétribution, rétributivisme, 10, 14, 33, 37

Rétroactivité, V° *Non-rétroactivité,*

Ricochet (protection par —), 95, 135, 136, 137, 140, 144

S

Salubrité des locaux, 160

Santé du condamné, V° *Maladie,*

Sécurité juridique, 3, 68, 103, 197

Sécurité publique, 109, 158, 165, 182

Seuil de gravité, 16, 111, 159, 172, 176, 177, 181, 182, 192, 201

Silence, V° *Auburnien,*

Sortie sèche, 186, 195

Sortie sous escorte, V° *Autorisation de sortie sous escorte*

Subsidiarité (principe de —), 93, 97, 98

Suicide, 186

Suradaptation carcérale, 76

Surpopulation carcérale, 83, 142, 165, 184

Surveillance de sûreté, 194, 195

Surveillance judiciaire, 194, 195

Suspension médicale de peine, 77, 161, 193

Sûreté, V° *Liberté et sûreté,*

T

Tariff, 63, 122

Téléphone, 192

Témoin, V° *Défense (droit à la—)*

Terrorisme, 60, 68, 71, 72, 145, 182, 192, 205

Torture, 155, 167, 168, 169, 172

Traduction, V° *Interprète*,

Traitement inhumain ou dégradant, 111, 155, 156, 158, 169, 181, 198, 203

Transfèrement,

- Acceptation avec aval, 137
- Acceptation en amont, 137
- Consentement du détenu, 138, 141, 142
- Consentement de l'État, 139
- Objectif de réinsertion, 141, 142
- Refus, V° *ce mot*
- Transfèrement, 131 à 153

Travail pénitentiaire, 4, 84, 183, 186

Travaux forcés, 4, 73

Troubles mentaux, V° *Abolition ou altération du discernement*,

U

Urgence (état d'—), 205

V

Victimes, 31, 32, 49, 53, 54

Vidéosurveillance, 68

Vie (droit à la —), 117

Visites :

- Des établissements pénitentiaires, V° *CGLPL*,
- Familiales, V° *Détenu*

Vote (droit de —), 187

Vulnérabilité, 148

Z

Zones de transit, 84

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	19
I. LES EXIGENCES EUROPÉENNES GARANTES	21
II. LES ENJEUX INTERNES ÉVOLUTIFS.....	26
III. LES QUESTIONNEMENTS ACTUELS SOUTENUS.....	34
PARTIE 1. LA PEINE PERPÉTUELLE PRONONCÉE.....	43
TITRE 1. LA RÉALITÉ DE LA PEINE PERPÉTUELLE.....	45
CHAPITRE 1. LA NATURE RÉTRIBUTIVE DE LA PEINE PERPÉTUELLE	47
SECTION 1. LE DOMAINE DE LA PEINE RÉTRIBUTIVE	50
§ 1. L'étendue morale de la peine	50
A. Une peine afflictive modérée	51
B. Une peine afflictive conditionnée	53
§ 2. La moralisation entendue de la peine.....	55
A. Une libération anticipée envisagée	55
B. Une peine maximale plafonnée	58
SECTION 2. LES EFFETS DE LA PEINE RÉTRIBUTIVE	61
§ 1. L'efficacité objective de neutralisation.....	61
A. Des obligations positives contrôlées.....	61
B. Des mesures préventives concédées.....	65
§ 2. L'efficacité subjective de réinsertion.....	67
A. Un encouragement de l'intérêt individuel.....	67
B. Une protection de l'intérêt collectif	70

CHAPITRE 2. LA NATURE RÉPARATRICE DE LA PEINE PERPÉTUELLE	73
SECTION 1. LA DIMENSION DE LA PEINE RÉPARATRICE	75
§ 1. Les finalités de la peine réparatrice décriées	75
A. Un pardon illusoire.....	75
B. Une médiation envisageable.....	78
§ 2. La dualité d'un encadrement avouée	79
A. Un rôle mineur du Conseil Constitutionnel affirmé.....	80
B. Un rôle majeur des Institutions européennes nuancé.....	81
SECTION 2. LES OBJECTIFS DE LA PEINE RÉPARATRICE	84
§ 1. L'ambivalence affirmée de la réparation	84
A. Une réparation concrète	84
B. Une réparation symbolique	87
§ 2. L'adéquation consacrée de la peine	89
A. Une adaptation de la réponse pénale.....	90
B. Une unicité de la fonction réparatrice	91
TITRE 2. LA CONSÉCRATION DE LA PEINE PERPÉTUELLE	95
CHAPITRE 1. L'EFFECTIVITÉ CONDITIONNÉE DE LA PEINE PERPÉTUELLE	97
SECTION 1. LA SANCTION CONSACRÉE	98
§ 1. La garantie substantielle adaptée	99
A. Des infractions réservées à la perpétuité.....	100
B. Des personnes préservées de la perpétuité	105
§ 2. Les garanties processuelles invariables	111
A. Des garanties formelles.....	112
B. Des garanties fondamentales.....	121
SECTION 2. LA SANCTION MODÉRÉE.....	131
§ 1. L'incompressibilité contestée	131
A. Une interdiction législative	132
B. Une interdiction constitutionnelle	136
§ 2. L'incompressibilité corrigée	138
A. Une incompressibilité légale.....	138
B. Une incompressibilité pratique.....	141

CHAPITRE 2. L'EFFICACITÉ SUBORDONNÉE DE LA PEINE PERPÉTUELLE	145
SECTION 1. L'ADAPTATION ENCADRÉE DE LA SANCTION ÉTATIQUE.....	147
§ 1. La sanction « méditée »	147
A. Des recommandations spéciales des autorités indépendantes.....	147
B. Une prévention généralisée des autorités juridictionnelles	156
§ 2. La sanction adaptée.....	159
A. Une individualisation optimisée.....	159
B. Une individualisation juridictionnalisée.....	164
SECTION 2. L'ENCADREMENT SANCTIONNÉ DE L'INTERPRÉTATION	167
§ 1. L'objectivité pragmatique de la Cour	167
A. Un mécanisme de sauvegarde objectif	168
B. Un mécanisme de subsidiarité salvateur	171
§ 2. La subjectivité controversée de la Cour.....	175
A. Une immixtion croissante	176
B. Une autonomie sémantique	178
CONCLUSION DE LA PARTIE 1	181
PARTIE 2. LA PEINE PERPÉTUELLE EXECUTÉE	183
TITRE 1. L'INFIRMATION SPÉCIALE D'UNE PERPÉTUITÉ RÉELLE	185
CHAPITRE 1. UNE COMPRESSIBILITÉ DE LA PEINE PERPÉTUELLE EXIGÉE	187
SECTION 1. UNE DURÉE D'EMPRISONNEMENT MINIMALE	188
§ 1. L'acceptation de l'encadrement d'une période de sûreté	188
A. Un mécanisme de durcissement des délais	188
B. Une rigueur des aménagements assouplie.....	193
§ 2. La renonciation à un élargissement systématique anticipé	196
A. Une peine exceptionnellement aménagée	196
B. Une libération conditionnelle méritée.....	201

SECTION 2. UN COMPORTEMENT CRIMINEL MINIMISÉ	206
§ 1. L'appréhension binaire de la dangerosité	206
A. Une dangerosité causée par l'infraction initiale.....	206
B. Une dangerosité prolongée dans l'exécution carcérale	210
§ 2. Le refus d'une peine unitaire	212
A. Une sur effectivité du principe de non-rétroactivité	212
B. Une efficacité souhaitée du principe d'individualisation	216
CHAPITRE 2. DES PROGRÈS DE LA COOPÉRATION INTERNATIONALE SOUHAITÉS	221
SECTION 1. UNE COOPÉRATION FORMALISÉE	223
§ 1. La dissuasion d'une coopération impulsive	223
A. Une analogie théorique des modes de transfert	223
B. Une détermination pratique du responsable	226
§ 2. La défiance des coopérateurs infructueuse	231
A. Des désaccords partagés.....	231
B. Une volonté divisée.....	235
SECTION 2. UNE COOPÉRATION SANCTIONNÉE.....	241
§ 1. La protection absolue.....	241
A. Une insensibilité aux prétextes	242
B. Une sensibilisation au contexte	245
§ 2. La protection conditionnée	251
A. Une protection apparemment inaccessible.....	252
B. Un accès résolument protégé.....	255
TITRE 2. L’AFFIRMATION GÉNÉRALE DU RESPECT DES DROITS SUBSTANTIELS. 261	
CHAPITRE 1. LA GARANTIE DU RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX	263
SECTION 1. LES GARANTIES INSTITUÉS	266
§ 1. La protection directe des droits.....	266
A. Une maîtrise sur le corps.....	267
B. Une maîtrise de son corps	273

§ 2. La protection indirecte des droits.....	278
A. Un encellulement individuel.....	278
B. Une individualité du droit à une vie privée.....	282
 SECTION 2. LES INSTITUTIONS GARANTES.....	 285
§ 1. Les acteurs vertueux de la garantie des droits.....	285
A. Une prévention des atteintes.....	286
B. Un constat des atteintes.....	291
§ 2. Les virtualités de la garantie des droits.....	295
A. Une présomption de gravité salutaire.....	295
B. Un abaissement du seuil de gravité continuél.....	298
 CHAPITRE 2. LA GAGEURE D’UNE RÉINSERTION SOCIALE.....	 301
SECTION 1. L’ISOLEMENT SENSORIEL ET SOCIAL CONSTATÉ.....	303
§ 1. La solitude en cellule encadrée.....	303
A. Un isolement imposé.....	304
B. Un isolement demandé.....	312
§ 2. La multitude en société conservée.....	315
A. Un développement du lien social.....	315
B. Un maintien du lien affectif.....	321
 SECTION 2. LA RÉINSERTION MALMENÉE.....	 327
§ 1. La justice prescriptrice.....	327
A. Un accompagnement précautionneux.....	328
B. Des précautions libératoires.....	332
§ 2. La justice désavouée.....	337
A. Une promesse de libération compromise.....	338
B. Une refonte de la peine envisagée.....	347
 CONCLUSION DE LA PARTIE 2.....	 351
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	353
 BIBLIOGRAPHIE.....	 359
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	407
TABLE DES MATIÈRES.....	417

