



HAL
open science

La rétention de sûreté: une approche pénale et constitutionnelle

Aurane Reihanian

► **To cite this version:**

Aurane Reihanian. La rétention de sûreté: une approche pénale et constitutionnelle. Droit. HESAM Université, 2020. Français. NNT: 2020HESAC026 . tel-03152012v2

HAL Id: tel-03152012

<https://theses.hal.science/tel-03152012v2>

Submitted on 25 Feb 2021 (v2), last revised 25 Feb 2021 (v3)

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.

Ecole doctorale Abbé-Grégoire

Équipe ESD - R3C

Sécurité Défense Renseignement Criminologie Crises Cybermenaces

THÈSE

présentée par :

Aurane Reihanian

soutenue le : 30 octobre 2020

pour obtenir le grade de **Docteur d'HESAM UNIVERSITE**

préparée au **Conservatoire National des Arts et Métiers**

Discipline : **Droit privé et sciences criminelles**

Spécialité : **Droit**

La rétention de sûreté :
Une approche pénale et constitutionnelle.

THÈSE dirigée par :

Monsieur le Professeur Alain BAUER
Monsieur le Professeur Alain BAUMARD

RAPPORTEURS :

Madame Chantal CUTAJAR, Maître de conférences, Université de Strasbourg.
Monsieur Christian VALLAR, Professeur, Université de Nice.

JURY :

Monsieur Guillaume DRAGO, Professeur, Université Paris II Panthéon-Assas.
Monsieur Edouard VERNY, Professeur, Université Paris II Panthéon-Assas.

À mes professeurs, pour tout ce qu'ils me savent leur devoir.

Résumé

Le droit pénal français est traversé par une volonté de prévenir la récidive. Cette volonté est visiblement, aujourd'hui, à son apogée. La menace criminelle se trouvant à un niveau paroxysmique, les solutions visant à l'annihiler fleurissent au rythme des faits divers et actes terroristes. Les mesures de sûreté se trouvent ainsi dans le champ de cette entreprise de renforcement de notre arsenal pénal.

Parmi les mesures de sûreté, la rétention de sûreté est particulièrement marquée par le sceau de cette volonté. Elle a ainsi, notamment par ses caractéristiques, nourrit de nombreux et houleux débats au sein de la doctrine française et étrangère.

Effectivement, cette mesure part du postulat que certains criminels – en l'espèce les criminels sexuels - présentent des troubles mentaux laissant présumer un risque de récidive. La dangerosité doit alors être appréhendée sous le prisme criminologique et psychologique pour que l'individu dangereux ne répète pas l'acte pénalement incriminable.

Cet instrument pénal au service de la sécurité et de la sûreté publique se confronte, de facto, à l'enjeu de la préservation des droits et libertés garanties tant par notre droit interne que les diverses sources du droit international. Au-delà des enjeux liés à la technicité juridique inhérent à tout instrument de droit pénal, la rétention de sûreté est à la croisée de nombreux enjeux : criminologiques, psychologiques, sociaux, constitutionnels et conventionnels qui ne peuvent sombrer dans l'ignorance.

Qu'on partage ou non la visée Politique- au sens classique du terme, c'est-à-dire de rendre possible ce qui est nécessaire -de ladite mesure, il semble utile au regard de l'acuité des débats juridico politiques, de faire la lumière sur ses caractéristiques et ses évolutions qui restent aujourd'hui autant d'obscures angles morts.

Résumé en anglais

French criminal law is marked by a desire to prevent recidivism. This will is clearly today, at its peak. The criminal threat is at a paroxysmal level, the solutions to annihilate it flourish with the increase of criminal and terrorist acts. The security measures are thus in the field of this project of strengthening our criminal arsenal.

Among security measures, security detention is particularly marked by the seal of this will. It has, in particular, by its characteristics, fed many and heated debates within the French and foreign doctrine.

Indeed, this measure is based on the assumption that some criminals - in this case sex offenders - present mental disorders that suggest a risk of reoffending. The dangerousness must then be apprehended under the criminological and psychological prism in order to prevent the dangerous individual to not repeat the act criminally incriminable.

This criminal instrument supporting security and public safety confronts, de facto, with the challenge of preserving the rights and freedoms guaranteed both by our internal law and by the various sources of international law. Beyond the issues related to the legal technicality inherent in any criminal law instrument, security detention is at the crossroads of many issues: criminological, psychological, social, constitutional and conventional that cannot sink into ignorance.

Whether or not we share the Political aim - in the traditional sense of the term, that is to say to make possible what is necessary - of the said measure, it seems useful in view of the sharpness of legal and political debates, to shed light on its characteristics and evolutions, which remain today as obscure blind spots.

Plan sommaire

Partie 1 : Les caractéristiques de la rétention de sûreté

Titre 1 : La genèse de la rétention de sûreté

Chapitre 1 : Les assises philosophiques et doctrinales de la rétention de sûreté

Section 1 : L'influence de l'école positiviste

Section 2 : Les assises philosophiques humanistes

Chapitre 2 : La consécration juridique de la rétention de sûreté

Section 1 : Les mesures de sûreté, un concept législatif ancien

Section 2 : L'introduction de la rétention de sûreté en droit pénal

Titre 2 : Vers une autonomie de la rétention de sûreté

Chapitre 1 : Un cadre juridique propice à l'autonomie de la rétention de sûreté

Section 1 : La construction d'un système dualiste de la sanction pénale

Section 2 : Un régime juridique sui generis propice à l'autonomie

Chapitre 2 : L'opportunité d'une autonomie de la rétention de sûreté

Section 1 : La nécessaire autonomie de la rétention de sûreté

Section 2 : Une autonomie concevable de la rétention de sûreté

Patrie 2 : Vers une évolution du champ d'application de la rétention de sûreté

Titre 1 : L'éventuel élargissement de la rétention de sûreté sur le fondement de la dangerosité

Chapitre 1 : La dangerosité, fondement singulier de la rétention de sûreté

Section 1 : La dangerosité, une notion protéiforme à la croisée des sciences

Section 2 : La dangerosité, source d'extension de la sanction pénale

Chapitre 2 : La pertinence d'un élargissement de la rétention de sûreté

Section 1 : L'évolution de la menace criminelle : une criminalité contemporaine

Section 2 : La pertinence juridique de l'élargissement de la rétention de sûreté

Titre 2 : La pertinence de la création d'une rétention de sûreté ante delictum

Chapitre 1 : La recherche d'une réponse pénale à la menace terroriste

Section 1 : Lutte contre le terrorisme, des réponses spécifiques imparfaites

Section 2 : La menace d'individus identifiés comme dangereux

Chapitre 2 : L'approche constitutionnelle d'une rétention de sûreté ante delictum

Section 1 : La nécessaire garantie des droits et libertés

Section 2 : Les premiers jalons d'une rétention de sûreté ante delictum

Introduction

« *Un premier crime présente toujours un sentier plus facile pour arriver à de plus grand forfaits* ». Sénèque¹.

Préambule

1. Le traitement du criminel malade. « *La civilisation n'est autre chose qu'une série de transformations successives. À quoi donc allez-vous assister ? À la transformation de la pénalité. La douce loi du Christ pénétrera enfin le code et rayonnera à travers. On regardera le crime comme une maladie, et cette maladie aura ses médecins qui remplaceront vos juges, ses hôpitaux qui remplaceront vos bagnes* ». Cette affirmation aux accents prophétiques de Victor Hugo² met le doigt sur un sujet qui semble prendre une place de plus en plus importante dans l'arsenal pénal français, celui des mesures visant non plus à châtier mais à traiter pénalement et médicalement le criminel. Ces mesures ne visent plus seulement la neutralisation de l'individu mais aussi sa potentielle réinsertion. Pour s'en convaincre, il suffit d'observer l'émergence contemporaine des mesures de sûreté curatives à travers, par exemple, l'injonction de soins. En son temps déjà, Philippe Pinel désignait les aliénés comme des malades « *dont l'état pénible mérite tous les égards dus à l'humanité souffrante, et dont on doit chercher par les moyens les plus simples à rétablir la raison égarée* »³. C'est ainsi que les catégories de criminels visées intrinsèquement par la rétention de sûreté sont notamment les criminels sexuels et les criminels ayant commis des actes de barbarie. Ces criminels considérés -très probablement à raison même si là n'est pas le cœur de notre observation- tantôt par les acteurs publics tantôt par l'opinion publique comme des individus anormaux ou antisociaux, le nec plus ultra de la figure du mal⁴ au sein de notre société. Bien que la rétention de sûreté correspondait à une réponse pénale de la Garde des Sceaux⁵ à un certain nombre de faits divers ayant

¹ Sénèque, Agamemnon, Théâtre complet, édition Actes Sud, 2018.

² V. Hugo, Le dernier jour d'un condamné, préface, édition de Guy Rosa, 1832, p. 42.

³ P. Pinel, Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale, JA. Brosson, seconde édition, 1809.

⁴ Alexandre Soljenistyne affirme, dans *l'Archipel du Goulag*, « *j'ai découvert que la ligne de partage entre le bien et le mal ne sépare ni les Etats, ni les classes, ni les partis, mais qu'elle traverse le cœur de chaque homme et de toute l'humanité* ».

⁵ V. R. Dati, Débat sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, Assemblée nationale, 8 février 2008, 2e séance.

défrayé la chronique et dont les acteurs étaient des criminels sexuels, la question d'étendre la rétention de sûreté à des criminels condamnés pour des faits de terrorisme ou des individus dit « dangereux » se pose avec acuité.

2. Le crépuscule d'un droit pénal de la dangerosité. Sommes-nous actuellement en train d'assister à l'élaboration d'un droit pénal de la dangerosité ? Autrement dit, sommes-nous en train d'assister à la création d'un droit pénal délié de tout acte incriminable en tant que tel ? Certes, la résurgence contemporaine de dispositifs tels que les mesures de sûreté peut rendre la réponse aisée mais elle n'en est pas moins intéressante au regard du droit pénal et plus globalement de l'idée originelle de Justice. Si la notion de justice peut revêtir divers éléments définitoires selon les sensibilités morales et politiques des sociétés humaines, son fondement ne semble pas varier : il repose précisément sur un acte incriminable. Au-delà de tout positionnement idéologique et politique sur l'opportunité d'un tel développement du domaine du droit pénal, la dangerosité comme fondement à la condamnation d'un individu constitue une rupture majeure avec la rationalité légale classique. Ainsi, nous assistons au passage d'un droit pénal fondé sur la responsabilité de l'individu à un droit pénal fondé sur la prévention et la précaution. Le concept de dangerosité intervient en complément de l'imputabilité comme fondement du droit pénal. Ce droit pénal visant essentiellement à prévenir l'acte criminel, à lutter contre la récidive et tout type d'individu représentant un danger. Ainsi, le Professeur de droit allemand Gunter Jakobs⁶ évoquait les prémises d'un droit pénal de l'ennemi⁷ qui émerge sur le ciment de la dissociation du fondement de la répression. Un droit pénal de l'ennemi dans lequel la culpabilité serait le monopole du citoyen et la dangerosité viserait uniquement l'ennemi. Dès lors, le droit pénal de l'ennemi, selon le Professeur Gunter Jakobs⁸ serait un droit excluant l'ennemi de la société du droit pour lui appliquer un droit pénal fondé non sur la culpabilité pour un acte incriminable mais bien sur la dangerosité qu'il représente pour la société.

⁶ La théorie de Günther Jakobs est remarquablement décrite dans le mémoire de Varjao Cruz : V. VARJAO CRUZ, « *Le droit pénal de l'ennemi* », Du phénomène au paradigme, Éditions universitaires européennes, 2011.

⁷ V. C.Lazerges et H. Henrion-Stoffel, *Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi*, RSC, 2016, p.649.

⁸ Günther Jakobs, « *Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi* », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1, 2010, p. 7.

3. Notre démocratie face à la menace terroriste. « *Un peuple prêt à sacrifier un peu de liberté pour un peu de sécurité ne mérite ni l'une ni l'autre* ». Ces mots que prononçait Benjamin Franklin⁹ au nom de l'assemblée de Pennsylvanie raisonnent dans toutes les démocraties occidentales. En effet, les enjeux liés à la préservation de la sécurité publique et la sûreté de l'État chevauchent les enjeux de préservation des droits et libertés. Nos démocraties sont attaquées mais peinent à définir un arsenal pénal répondant à la menace en s'engluant dans des débats juridico-politiques relatifs à la préservation des droits et libertés fondamentales s'apparentant, pour les uns, à la sauvegarde de nos libertés et, pour les autres, à des arguties juridiques. Que ce soit à l'occasion du Patriot Act prononcé le 26 octobre 2001 aux États-Unis ou du passage à l'état d'urgence en France, ces débats ont toujours eu lieu. En tout état de cause, l'intensité de la menace terroriste n'a jamais été aussi importante en France. Alors que notre pays est le plus meurtri par le terrorisme de toutes les démocraties occidentales et reste une cible privilégiée, 50% des détenus condamnés pour terrorisme sortiront de prison d'ici 2021. Autrement dit, près d'une centaine d'individus dangereux¹⁰ dont la peine carcérale prendra fin et qui seront laissés dans la nature. À cela s'ajoute la menace représentée par 15.000 individus fichés pour radicalisation présents sur notre territoire. C'est ainsi que la rétention de sûreté a très souvent été désignée, au sein du Parlement français, comme l'étendard de la lutte contre le terrorisme pour garder sous contrôle pénitencier les individus dangereux ayant purgé leurs peines et interner les individus fichés pour radicalisation qui ne sont pas encore passés à l'acte mais qui représentent un danger à la sécurité publique et à la sûreté de l'État.

⁹ R. Jackson et B. Franklin, *An Historical review of the constitution and government of Pennsylvania*, R.Griffiths, 1759, p. 289.

¹⁰ Les prévisions de libération du Ministère de l'intérieur d'ici 2021 sont évaluées à 45 détenus pour des faits d'association de malfaiteurs terroristes et à 63 terroristes islamistes condamnés : V. Le monde, « *Plus de 8 000 personnes fichées pour radicalisation à caractère terroriste* », 2020.

I- Méthodologie et épistémologie de la recherche

I. 1- L'état de l'art

A- Le contexte historique scientifique de la thèse

1. Les premiers jalons de la doctrine positiviste. L'origine des mesures de sûreté se trouve dans la doctrine positiviste. Les mesures de défense sociale qu'elle souhaitait instaurer étaient conçues pour remplacer la peine pénale classique jugée inapte à enrayer l'augmentation de la criminalité. La peine ne prenant pas suffisamment compte de la personnalité du délinquant. L'école positiviste fondait ses idées sur deux principaux postulats. Premièrement, la négation du libre arbitre qui désigne la faculté de décider volontairement et sans contrainte. Deuxièmement, la doctrine positiviste assimilait l'homme criminel à un être socialement dangereux contre lequel il faut protéger la société. Dans un souci d'efficacité, lesdites mesures devant être prises en fonction de la personnalité de l'individu déviant.

2. La pensée d'Enrico Ferri. Enrico Ferri reste l'auteur qui a, de loin, le mieux théorisé l'édifice de la pensée positiviste. Selon lui et comme le rappelle remarquablement Yatrib El Mouden¹¹ dans ses travaux de recherche, la criminalité obéit à une loi supérieure qu'il intitula « *la saturation criminelle* »¹². Cette théorie prétend que toute vie sociale implique la commission d'un certain nombre de délits mais aussi une régularité dans leur commission. Ensuite, l'auteur développa une théorie multifactorielle mettant en exergue l'influence de la biopsychologie du délinquant ainsi que le milieu social dans lequel il évolue pour mieux dégager une typologie de criminels : les criminel-nés, les criminels aliénés, les criminels par habitudes acquises et criminels d'occasion et enfin les criminels par emportement de passions. Selon lui¹³, les principes de la science pénale classique sont inefficaces dans la lutte contre la criminalité. Enrico Ferri propose ainsi de remplacer la notion de responsabilité sociale afin d'organiser une répression fondée sur la personnalité du délinquant selon le danger qu'il représente. Cette

¹¹ Y. El Mouden, La réaction sociale à l'égard du criminel dans la pensée d'Enrico Ferri, sous la direction de Edouard Verny, thèse, Paris, 2018.

¹² Ibid, p.21.

¹³ E. ferri, La sociologie, criminelle, 3ème éd. Traduite par l'auteur, A. Rousseau, Paris,1893.

révolution de la vision de la pénalité a transformé la science pénale en science concrète à travers la prise en compte des faits humains et donc des sciences sociales : la biologie, la psychologie, la psychopathologie¹⁴ etc.

3. La renaissance du concept de dangerosité par la doctrine de la défense sociale. Le concept de dangerosité a été repris pour donner une assise juridique aux mesures de sûreté. Dans la lignée de l'école positiviste, Adolphe Prins¹⁵, à l'origine du mouvement de la défense sociale, préconisait de substituer à la responsabilité morale la notion d'état dangereux qu'il considérait comme une notion juridique permettant de sanctionner un individu non sur l'acte passager, mais sur l'état permanent de l'individu pour pouvoir au besoin se traduire par un prolongement de la privation de liberté infligée au délinquant, lorsque cette prolongation paraîtrait indispensable pour assurer la sécurité de la société. Dès lors, la protection de la société devait être maintenue aussi longtemps que l'état dangereux lui-même. Le pénaliste Filippo Gramatica¹⁶ s'inscrivait dans ce mouvement et se prononçait alors pour la neutralisation des notions d'infraction, de délinquant et de responsabilité. Cela, afin de remplacer la peine par des mesures de traitement tendant à l'amélioration de l'individu. La sanction est désormais envisagée sous le prisme de son aspiration et de sa visée sociale : protéger la communauté et aider le délinquant à se réinsérer.

B-Les connaissances et théorisations doctrinales des mesures de sûretés

a) L'analyse expérimentale de Ludivine Grégoire sous le prisme de l'autonomie des mesures de sûreté

1. La notion incertaine de « mesure de sûreté ». L'auteur, par sa thèse « *Les mesures de sûreté – étude comparative des droits pénaux allemand et français* ¹⁷ », met en perspective les difficultés à définir précisément la notion de « mesure de sûreté ». Cela, en rappelant d'abord que le législateur n'a jamais véritablement qualifié les mesures de sûreté en tant que tel mais les a classées dans une unique dénomination : « la sanction pénale ». Ainsi, le législateur qualifia

¹⁴ S. Pellé, *Quelles mutations pour la justice pénale du XXIème siècle*, Dalloz, 2020, P.35.

¹⁵ A. Prins, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruxelles, 1910, p.95 – 98.

¹⁶ F. Gramatica, *Principes de défense sociale*, Cujas, Paris, 1963.

¹⁷ L. Gregoire, *Les mesures de sûreté – Essai sur l'autonomie d'une notion*, Thèse Aix-Marseille, 2014.

ces mesures tantôt de « peines complémentaires » tantôt de « mesures d'exécution de peine » ou de « mesures de sûreté ». Ensuite en rappelant les hésitations jurisprudentielles qui se sont fondées dans la tendance unitaire de la sanction pénale. La qualification des mesures de sûreté peut alors s'avérer changeante au sein du corpus jurisprudentiel en fonction du régime juridique correspondant, ce qui ne fait, in fine, qu'accentuer l'incertitude de la notion de « mesure de sûreté ».

2. L'imprécision des contours des mesures de sûreté. L'auteur¹⁸ met en lumière les difficultés tenant à la délimitation du domaine des mesures de sûreté. En effet, la distinction stricte entre les peines et les mesures de sûreté serait à relativiser largement compte tenu d'un certain nombre de caractères communs aux deux sanctions pénales. Effectivement, les peines et les mesures de sûreté peuvent avoir une nature et un contenu sensiblement similaires. Une nature similaire quant au caractère privatif ou restrictif de liberté que ces deux instruments de droit pénal infligent. Un contenu similaire car les peines, comme les mesures de sûreté, peuvent contenir un aspect éducatif ou neutralisant.

3. Le débat relatif à la nature de la rétention de sûreté. Les travaux de recherche de Ludivine Grégoire mettent en lumière la difficile qualification de la nature juridique de la rétention de sûreté. Certes le législateur la qualifia de « mesure de sûreté »¹⁹ au même titre que la surveillance de sûreté mais le doute demeure quant à l'opportunité d'une telle qualification. Effectivement, alors que la surveillance de sûreté n'entraîne qu'une restriction de liberté, la rétention de sûreté, elle, entraîne une véritable privation de liberté au même titre qu'une peine ordinaire. Dès lors, la doctrine française se partage entre ceux qui considèrent la rétention de sûreté comme une mesure de sûreté²⁰ et ceux qui considèrent que la rétention de sûreté devrait tantôt être assimilée à une peine²¹ et tantôt être assimilée à une sanction pénale hybride.

¹⁸ L. Gregoire, Op. cit.

¹⁹ Loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

²⁰ J. Pradel, Droit pénal général, Cujas, 21ème éd, 2016.

²¹ A. Cerf, La rétention de sûreté confrontée aux exigences du procès équitable et aux droits de la personne retenue, in Le renouveau de la sanction pénale, Evolution ou révolution ?

4. **Le régime juridique indéterminé de la rétention de sûreté.** Comme le fait justement remarquer l'auteur, le Conseil constitutionnel a dénié le caractère rétroactif de la rétention de sûreté bien qu'elle soit une mesure de sûreté. Ainsi la rétention de sûreté demeure une mesure de sûreté aux yeux du Conseil constitutionnel²² mais doit, par son caractère original, revêtir le régime juridique de la peine.

b) L'analyse comparative de la rétention de sûreté avec la détention de sûreté allemande par Jenny Hermann

1. **Les conditions d'application de la rétention de sûreté par Jenny Hermann.** Jenny Herrmann, dans sa thèse « *Les mesures de sûreté – Etude comparative des droits pénaux français et allemand*²³ », analyse les conditions d'application de la rétention de sûreté. D'une part, les conditions subjectives d'application de la rétention de sûreté tenant à la dangerosité de l'individu ainsi qu'au caractère « exceptionnel » de ladite mesure. D'autre part, les conditions objectives tenant à la condamnation de l'individu concerné et les règles procédurales afférentes.

2. **Les incidences du prononcé de la rétention de sûreté par Jenny Hermann.** Selon l'auteur²⁴ il est permis de penser que la peine retenue serait plus sévère en l'absence d'une rétention de sûreté qui la complète. D'ailleurs, une grande partie de la doctrine analyse les peines et les mesures de sûreté comme une « unité d'actions ». Autrement dit, il semble indéniable que l'existence de la rétention de sûreté influence, dans un sens ou dans un autre, la décision fixant la peine applicable.

3. **Les incidences du prononcé de la rétention de sûreté sur l'exécution de la peine.** La rétention de sûreté est susceptible, selon Jenny Hermann, d'avoir

²² Conseil constitutionnel 21 décembre 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

²³ J. Herrmann, *Les mesures de sûreté – Etude comparative des droits pénaux français et allemand*, Thèse Strasbourg, 2015.

²⁴ Ibid.

un impact sur l'aménagement de la peine au stade de son exécution. En effet, l'individu concerné par la rétention de sûreté étant considéré comme dangereux par nature il ne bénéficiera pas des mêmes aménagements de peine qu'un autre individu.

c) Un renouveau des mesures de sûreté selon l'analyse de Maxime Brenaut dans sa thèse « Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français²⁵ .».

1. L'unité fonctionnelle de la notion de « mesures de sûreté ». Selon l'auteur, l'unité fonctionnelle de cette notion s'explique principalement par sa nécessité politique. D'abord, au titre de l'impératif général de sécurité qui repose désormais sur des assises juridiques importantes tant en droit interne que devant le Convention européenne des droits de l'homme. Ensuite, au titre de l'impératif spécial de resocialisation qui aura réussi à acquérir une portée juridique y compris par la loi de 2008 instaurant la rétention de sûreté.

2. L'imparfaite homogénéisation du régime juridique des mesures de sûreté. Selon l'auteur, le régime juridique des mesures de sûreté souffre d'un manque d'homogénéisation dû, avant tout, à une soumission relative desdites mesures à la légalité. L'exemple pris est celui de l'application du principe de la loi dans le temps. Alors que le principe est celui de l'application directe des nouvelles mesures de sûreté eu égard à la commission de faits qui se seraient déroulés avant l'apparition desdites mesures. Or, le Conseil constitutionnel semble avoir posé une exception à ce principe d'application directe des mesures de sûreté. Effectivement, la rétention de sûreté n'a pas d'effet immédiat sur un fait passé. Son régime juridique est ainsi calqué sur celui de la peine. Dès lors, certes il existe une exigence théorique pour l'application immédiate des mesures de sûreté mais une d'entre elles fait office d'exception : la rétention de sûreté.

²⁵ M. Brenaut, Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français, thèse, Paris, 2016.

3. La quête d'une clarification conceptuelle. Comme le rappelle justement Maxime Brenaut, les mesures de sûreté constituent toujours une « *énigmatique catégorie juridique*²⁶ ». L'ensemble des travaux de recherche en la matière dénote l'absence ou l'insuffisance d'une définition claire. En droit interne, aucune définition légale et aucune norme du droit positif ne s'adonne à une telle définition. En droit de l'Union européenne, l'article 25 de la Convention européenne d'extradition signée à Paris en 1957 énonce que « *au sens de la présente Convention, l'expression mesure de sûreté désigne toutes les mesures privatives de liberté qui ont été ordonnées en complément ou en substitution d'une peine, par une sentence d'une juridiction pénale* »²⁷. Définition bien trop restrictive pour l'auteur qui préfère évoquer l' « unité fonctionnelle »²⁸ de la notion de mesure de sûreté. Enfin, dans une étude de droit comparé, Jenny Herrmann²⁹ évoque l'insuffisance des définitions doctrinales et définit la mesure de sûreté telle que « *la réponse pénale à un acte pénalement répréhensible qui révèle la dangerosité de son auteur et visant à prévenir la commission d'autres infractions par la neutralisation de cet état dangereux dans l'intérêt de la société et du délinquant lui-même, en favorisant la réinsertion de celui-ci*³⁰ ». Ludivine Grégoire³¹, dans sa thèse « *Les mesures de sûreté – essai sur l'autonomie d'une notion.* » propose une définition négative selon laquelle les mesures de sûreté seraient des « *réponses pénales individuelles apportées à des individus dangereux pour l'ordre social et qui ont pour principal objectif de prévenir la commission d'une infraction pénale que la dangerosité de l'individu rend probable* »³². Cette définition se rapprochant de celle proposée par Bernard Bouloc pour qui les mesures de sûreté sont « *des mesures individuelles coercitives, sans coloration morale, imposées à des individus dangereux pour l'ordre social afin de prévenir les infractions que leur état rend probable* »³³.

²⁶ L. de Graëve, Essai sur le concept de droit de punir en droit interne, Thèse Lyon III, 2006. P. 257.

²⁷ Article 25 de la convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957.

²⁸ M. Brenaut reprend ainsi la distinction classique en droit administratif du Doyen Vedel entre la notion fonctionnelle et la notion conceptuelle.

²⁹ J. Herrmann, Les mesures de sûreté – Etude comparative des droits pénaux français et allemand, Thèse Strasbourg, 2015.

³⁰ Ibid.

³¹ L. Grégoire, Les mesures de sûreté – Essai sur l'autonomie d'une notion, Thèse Aix-Marseille, 2014.

³² Ibid, p.22.

³³ B. Bouloc, Droit pénal général, coll. Précis, 14^{ème} éd., Dalloz, 2015, n°513, p. 424.

C- L'absence d'études ciblées sur la rétention de sûreté

1. **L'ombre de la littérature pénale.** Comme évoqué ci-dessus, la littérature pénale reste modeste en matière de rétention de sûreté. Aucune analyse ne s'est attardée sur cette mesure de sûreté en particulier. L'enjeu est alors de faire la lumière sur cet instrument de droit pénal qui cristallise l'ensemble des parts d'ombre que pointent les travaux de recherche relatifs aux mesures de sûreté. Alors que la rétention de sûreté fut l'objet d'âpres et houleux débats au sein de la doctrine française, étrangère ainsi qu'au sein des praticiens et professionnels de la Justice, elle n'a pas fait l'objet d'une étude dans laquelle elle serait l'objet de recherche ciblée en tant que telle.

2. **L'insuffisante définition de la rétention de sûreté.** Les analyses plus ou moins approfondies des éléments définitoires de la rétention de sûreté n'ont abouti ni à une définition commune à la doctrine française ni à une qualification³⁴ permettant d'en dégager un régime juridique viable³⁵. Certes le législateur a décidé de qualifier cet instrument de droit pénal comme une « mesure de sûreté » mais les sages du Conseil constitutionnel lui ont attribué - au moins une partie – du régime juridique de la peine³⁶. La littérature pénale permet de déceler des définitions dites « classiques » selon lesquelles la rétention de sûreté correspondrait à une mesure de placement dans un centre médico-judiciaire de sûreté de certains condamnés à l'expiration de leur peine lorsqu'ils présentent une particulière dangerosité, caractérisée par une probabilité très élevée de récidive car souffrant d'un trouble grave de la personnalité. Elle vise les condamnés à une peine égale ou supérieure à 15 ans de réclusion criminelle pour certains crimes commis contre les mineurs (assassinat, meurtre, tortures, viols) les majeurs (assassinats ou meurtres aggravés, tortures ou actes de barbarie aggravés, viols aggravés) à condition que la Cour d'assises ait prévu cette possibilité dans l'arrêt de condamnation.

³⁴ V. C. Paul, La rétention de sûreté : une peine après la prison ? , Commentaire, vol. numéro 122, no. 2, 2008, pp. 569-574.

³⁵ R. Juliette, La rétention de sûreté ou « la période sombre de notre justice », Journal du droit des jeunes, vol. 274, no. 4, 2008, pp. 36-48.

³⁶C. Lazerges, La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel, RSC 2008, p 731.

I.2- Objet de la recherche

1§- Focus sur une mesure de sûreté : la rétention de sûreté

L'ensemble des travaux de recherche relatifs aux mesures de sûreté ont consisté en une analyse comparative desdites mesures. En l'espèce, cette recherche aura pour cadre d'analyse une seule d'entre elles, la rétention de sûreté. Il s'agira ainsi d'analyser cette mesure de sûreté singulière au microscope pour en dégager les principales caractéristiques, en définir son domaine et son régime juridique. La démarche adoptée dans ce projet consistera également à se doter d'une grille de lecture théorique de la peine et plus largement du système pénal permettant d'y déceler des potentialités renflouées et présentant la complexité du système pénal. Elle constituera un désir de déplacer les questions et inciter le lecteur à des réflexions inhabituelles au risque de bousculer des évidences et à s'interroger sur sa propre vision de ce système pénal.

2§- L'étude du droit prospectif à travers la rétention de sûreté ante delictum

Ces recherches ont vocation à rendre compte de la multiplication de rencontres entre acteurs qui suscitent parfois des pratiques innovantes. En l'espèce, la recherche mettra en perspective le travail en amont du législateur jusqu'à ces applications pratiques par les acteurs de la justice ainsi que le ressenti sociologique à travers l'attente social de sécurité. Dès lors, les pistes de réformes législatives innovantes seront mises en évidence dans le cadre d'une théorie globale pour démontrer que le droit criminel pourrait être autre chose que ce qu'il est présentement notamment au travers de la pratique des intervenants.

3§- L'enjeu de l'autonomie et de l'étendue de la rétention de sûreté

1. Les enjeux de l'autonomie de la rétention de sûreté. L'« autonomie » c'est le droit de se gouverner par ses propres lois, du grec autos « soi-même » et nomos « la loi ». La notion d'« autonomie » est polysémique, elle est synonyme de « liberté » et donc d'indépendance fonctionnelle. L'autonomie peut être organique. En l'espèce, il s'agit pour la rétention de sûreté d'être indépendante de

la peine. Elle peut être matérielle, en l'espèce, en ayant un corpus de règles autonomes, au moins partiellement, du code pénal et du code de procédure pénale. Également, elle peut être fonctionnelle, en l'espèce, la rétention de sûreté serait prononcée de manière autonome. D'un point de vue technique, le rapport entre la rétention de sûreté et la peine n'est pas d'une grande clarté. Elle fait écho à d'autres termes techniquement incertains comme le risque et la dangerosité tenant à diverses matières scientifiques telles que la sociologie ou la psychologie comportementale.

2. L'enjeu systémique de l'autonomie organique de la rétention de sûreté. Ce projet aura vocation à rendre compte de l'originalité et de la diversification de la réponse pénale à l'aune d'une politique criminelle. Plus précisément, ce projet rendra compte de la transformation de la peine et de ses profondes mutations. Particulièrement quant au passage d'une justice de responsabilité fondée sur l'infraction pénale à une justice de sûreté fondée sur la dangerosité et la précaution. Ce renouveau de la sanction pénale constitue donc une révolution. L'autonomie de la rétention de sûreté concentre des enjeux pratiques et des enjeux plus structurels. D'une part, l'enjeu est celui de savoir si la rétention de sûreté est condamnée à prospérer dans l'ombre de la peine sans autonomie fonctionnelle ou si le prononcé de la rétention de sûreté a vocation à devenir indépendant. L'enjeu de la stabilisation et la légitimité dudit dispositif est également posé. L'autonomie organique de la rétention de sûreté permettrait de dégager, de facto, une extension de son champ d'application. D'autre part, l'enjeu de la philosophie du droit pénal et du passage d'une justice de responsabilité à une justice de sûreté est, par conséquent, une remise en cause de la conception classique du droit pénal. La sanction ne deviendrait pas seulement une réponse au crime mais une anticipation du crime et, par conséquent, entraînerait un dualisme de la sanction pénale. Tenter de dégager une autonomie de la notion de rétention de sûreté implique d'observer le droit tel qu'il existe pour mieux envisager le droit prospectif et la capacité de la rétention de sûreté à s'émanciper (ses fondements, son corpus de règles, la préservation des droits et libertés etc.).

3. L'enjeu juridique de l'autonomie matérielle de la rétention de sûreté.

L'indépendance organique et matérielle de la rétention de sûreté sont les deux faces d'une même médaille. Effectivement, l'indépendance organique dépend aussi de la capacité de ladite mesure à bénéficier d'un corpus de règles autonomes. Ainsi, il s'agira d'analyser le droit positif en vigueur pour déceler – ou non – la présence d'un régime juridique propre à la rétention de sûreté.

4.L'enjeu politique de l'autonomie fonctionnelle de la rétention de sûreté. La rétention de sûreté est avant tout un instrument de droit pénal au service d'une politique criminelle visant à lutter contre les différents aspects de la délinquance (la préparation du crime, le crime et la récidive). Dès lors, une autonomie fonctionnelle de ladite mesure permettrait, pour l'ordre judiciaire, une utilisation plus aisée. Effectivement, l'autonomie fonctionnelle permettrait de prononcer ladite mesure de manière autonome. Cela, alors que la question de l'élargissement du champ de la rétention de sûreté se pose avec une certaine acuité.

5.La question de l'étendue de la rétention de sûreté. La question de l'élargissement du champ de la rétention de sûreté se pose avec de plus en plus d'acuité à mesure des attaques terroristes perpétrées par des individus ayant effectué, en totalité ou non, leur peine carcérale. 450 individus radicalisés sortiront de prison d'ici 2019, une cinquantaine d'ici 2018 et une quarantaine de détenus condamnés pour terrorisme sortiront d'ici 2019. La question des revenants des théâtres de guerre sur le territoire français pose aussi question. Il s'agit alors d'analyser le droit positif tel qu'il existe. Plus précisément, les conditions restrictives d'application de la rétention de sûreté. Le second temps sera celui du droit prospectif qui permettra d'effectuer certaines déductions et propositions afin d'étendre le champ de la rétention de sûreté en s'appuyant sur un régime juridique protecteur des droits et libertés.

I.3- Méthode de la recherche

A- Éléments d'introduction relatifs à la méthode de recherche

1§- Un domaine de recherche interdisciplinaire

1. La rétention de sûreté est un instrument de droit pénal non ordinaire.

Les recherches afférentes méritent, à ce titre, la plus grande rigueur méthodologique tant sur la définition de son objet que sur celui de l'étendue de son domaine ou encore du régime juridique qui lui serait applicable. Cette rigueur méthodologique est essentielle pour pouvoir décrire lucidement la structuration de notre système pénal. Ainsi, ces travaux de recherche prendront en considération l'ensembles des règles, exigences et usages relatifs à la bonne tenue d'une thèse académique. Cela, sans omettre le caractère pratique d'un tel sujet de droit.

2. Une mesure de sûreté à la croisée des sciences. La rétention de sûreté est à la croisée des sciences : sociale, politique, psychiatrique, criminologique, pénale etc. Sociale, car elle est notamment l'aboutissement des aspirations populaires de sécurité publique et de sûreté de l'état, particulièrement dans un contexte de menace terroriste élevée. Psychiatrique, car elle renvoie à la notion de dangerosité de l'individu concerné par ladite mesure. Criminologique, en ce qu'elle est le symbole d'une politique de lutte contre la criminalité et la récidive. Et pénale, car elle est la retranscription technique au sein de notre arsenal pénal - dans lequel d'ailleurs des normes supra légales tant en droit interne qu'en droit externe sont à prendre en compte - permettant de lutter contre la récidive. Puisque la rétention de sûreté est à la croisée des sciences, elle se retrouve de facto dans le champ des acteurs correspondants tels que le législateur, les médecins, les praticiens du droit, les services de renseignement etc. C'est pourquoi il sera important de se placer en observateur exigeant de l'action et des perspectives d'action des décideurs publics : parlementaires nationaux, gouvernements, parlementaires européens.

3. La nécessaire approche de droit comparé. Une fine analyse de la rétention de sûreté ne peut faire l'économie d'une approche globale sous le prisme du droit comparé. Effectivement, un certain nombre de pays ont recours à des

instruments de droit pénal plus ou moins analogues à la rétention de sûreté française. Par conséquent, une étude comparative de leurs caractères, de leur domaine et de leur régime juridique sera opportune. En tout état de cause, c'est en s'appuyant sur la rigueur des méthodes appliquées à la recherche scientifique que se dérouleront l'ensemble de ces travaux.

2§- La posture d'observateur actif

Comme l'ensemble des doctorants inscrits au Conservatoire national des arts et métiers – et contrairement aux autres étudiants, contractuels ou non, dans les autres établissements et laboratoires de recherche – cette étude est réalisée au cours d'une expérience professionnelle. Cet environnement professionnel est, certes partiellement, mais tout de même directement lié à l'objet des travaux de recherche. En effet, la rétention de sûreté est avant tout un instrument de droit pénal sur lequel le législateur a légiféré pour qu'il intègre, in fine, notre droit interne. Ce faisant, nous nous retrouverons à la position d'observateur actif à travers mes diverses missions d'attaché parlementaire à l'Assemblée nationale tout en œuvrant, dans le cadre de mes études doctorales, à la compréhension des réflexions qui ont abouti à une telle mesure de sûreté et aux débats qui envisagent l'extension de son champ d'application.

B- La posture d'observation participante dynamique

L'observation participante permet un accès à des données peu accessibles de l'extérieur. Elle offre la possibilité d'appréhender une réalité vécue plutôt que d'en obtenir des représentations pouvant faire l'objet d'une déformation. En tant qu'attaché parlementaire à l'Assemblée nationale, l'accès au terrain sera facilité tant en ce qui concerne la collecte d'informations et de documentation que la prise de contact dans le cadre des demandes d'audiences et d'entretiens. Ce poste d'observateur privilégié aux côtés d'acteurs clés du sujet de thèse permettra de recueillir des données de première main. Plusieurs types de notes ont été consignées par Deslaurier³⁷ : descriptives, méthodologiques et théoriques. Même

³⁷ P. Deslaurier cité par C. Baribeau : V. C. Baribeau, Le journal de bord : un instrument de collecte des données indispensable, Recherche qualitative, 2005, Vol. HS, n°2, pp. 98-114.

si l'ensemble de ces notes seront utilisées, les notes méthodologiques seront privilégiées. Celles-ci concernent les techniques tentées ou planifiées, les problèmes rencontrés ainsi que les solutions envisagées. La stratégie d'observation doit être en cohérence avec le sujet traité. En l'espèce, le périmètre d'observation épousera notamment celui des débats en amont (préparation des débats, analyses et diagnostics des acteurs, la tenue des débats etc.) et en aval avec l'ensemble des travaux qui en sortiront (propositions de loi, rapports, commissions d'enquête etc.). Cependant, il s'agira également de prendre en considération la prise d'informations des acteurs eux-mêmes lorsqu'ils sont en visite sur des lieux en rapport direct avec le sujet : visites de centre de rétention, auditions, visites de prisons etc. Ainsi, le périmètre d'observation sera fixe et variable. Il sera fixe à des fins d'exhaustivité et de prise en compte des interactions entre acteurs. Il sera également variable pour mieux saisir le rôle de chaque catégorie d'acteurs en suivant, par exemple, une personne sur une certaine durée. La prise de notes sera privilégiée et sera déclenchée selon les opportunités. Cette stratégie permettra d'observer l'évolution au fil de la progression de la réflexion des acteurs notamment selon l'actualité.

C- La question éthique

La posture d'observateur doit prendre en considération toutes les questions relatives à l'éthique. Effectivement, l'observation peut permettre de faire la lumière sur un certain nombre de pratiques souvent masquées par le discours des acteurs publics. Les questions du consentement et de la confidentialité peuvent alors légitimement être posées. Par conséquent, l'observation participante sera « ouverte » et non pas clandestine. Dans le cas contraire, l'observation s'apparenterait à une forme de « caméra cachée³⁸ ». Mais cette déclaration d'intention ne peut se suffire à elle-même pour dissiper les problèmes éthiques. Effectivement, la confidentialité et le consentement sont deux problématiques non négligeables et relèvent du protocole de recherche qui sera établi au préalable au travers du contrat moral qui me liera aux divers acteurs. Le consentement doit être libre et éclairé. On veillera alors à informer les acteurs observés de

l'avancement des travaux de recherche pour renforcer la relation de confiance et favoriser la collecte d'informations supplémentaires. On restera attentif au consentement et à la confidentialité en procédant, également, lors des entretiens à la restitution de certaines observations afin que les acteurs puissent réagir. D'un point de vue pratique, les entretiens seront conduits sereinement et constitueront une grille d'observations essentielle.

D- L'exigence de neutralité scientifique

L'observation participante présente une limite non négligeable, celle de la question de la neutralité. Elle peut, pour certains, rester théorique mais influencer la pensée et l'action des acteurs. Cela, même si l'enquêteur n'influence pas les choix d'actions ni les prises de position desdits acteurs. Dès lors, ces travaux de recherche feront preuve d'honnêteté intellectuelle à travers une exigence constante de neutralité scientifique sans engagement idéologique ou partisan.

II- La rétention de sûreté, une préoccupation historique

Le droit pénal a toujours connu plusieurs possibilités de sanctions mais la nature de la sanction était la même : la peine doit punir. La peine du latin « poena » qui signifie « la douleur » d'un « châtement » infligé en guise de punition. Si bien que jusqu'au milieu du XIXe siècle, le droit pénal n'a connu qu'un seul type de sanction : la peine, un châtement de l'auteur d'un acte moralement et socialement blâmable. Depuis le milieu du XIXe siècle, les doctrines positivistes ont habitué les esprits à l'idée de la réalité d'un état dangereux discernable en amont chez certains individus. La volonté contemporaine de lutter contre la récidive conjuguée à la médiatisation d'un certain nombre de faits divers tels que les affaires Guy Georges³⁹ ou Dutroux⁴⁰ ont conduit nos gouvernants à orienter la politique pénale dans le cadre d'une réelle lutte contre les violences sexuelles et plus précisément le viol. Georges Vigarello⁴¹ affirme que « *la vision nouvelle de l'insécurité [...] où l'acte criminel de sang avec son univers marginal et vaguement cernable fait place*

³⁹ Surnommé le tueur de l'est parisien et condamné à la réclusion criminelle à perpétuité avec une période de sûreté de vingt-deux ans notamment pour le chef d'accusation de viols.

⁴⁰ Condamné par un tribunal belge à la réclusion criminelle à perpétuité du chef d'accusation de viol notamment.

⁴¹ G. Vigarello, Histoire du viol : Vie – XXe siècle, Seuil, 2000, p.31.

au criminel anonyme, à l'homme « irréprochable », d'autant plus dangereux qu'il n'est pas identifiable, celui que le criminel sexuel semble le plus tragiquement représenter aujourd'hui. La violence sexuelle est bien devenue la violence de notre temps ». De plus, la volonté actuelle de rechercher des outils visant à lutter efficacement contre le terrorisme conduit nos responsables politiques à plancher sur une remise en cause de notre législation et de notre système pénal. Effectivement, la multiplicité des attaques terroristes perpétrées par des individus identifiés préalablement par les services de renseignement pose la question de l'opportunité de les arrêter avant qu'ils ne passent à l'acte⁴².

A- L'évolution de la pénalité

Dès lors, la transformation de la pénalité annoncée par Victor Hugo⁴³ a bien eu lieu. Le concept de rétention de sûreté connaît effectivement un retentissement important dans l'actualité juridico-politique, mais il n'est pas pour autant un concept nouveau⁴⁴. À la fin du XIXe siècle déjà, l'école positiviste partant du postulat du déterminisme a préconisé la mise en place d'un dispositif destiné à prévenir la délinquance, et donc des mesures de sûreté ante delictum. Cesare Lombroso, chef de file de l'école positiviste, affirme que l'asile criminel constitue une conciliation entre l'humanité et la sûreté sociale, la meilleure garantie pour la société contre les coups de la criminalité. Ainsi, la relégation organisée par la loi du 27 mai 1885 est l'une des premières mesures de sûreté mise en œuvre en France.

⁴² Et par conséquent, d'une extension de la rétention de sûreté dite « ante delictum ».

⁴³ V. Hugo, Op. cit.

⁴⁴ J. Rabaux, La rétention de sûreté ou la période sombre de notre justice, Journal du droit des jeunes 2008/4 (n°274), p.9.

1. La loi du 27 mai 1885 relative à la relégation.

Les causes et origines de la loi. Le Sénateur honoraire Henri de Verniac⁴⁵ pointait du doigt, dans son rapport, l'augmentation accrue des faits délictueux et criminels à caractère récidiviste. Il décrivait ainsi l'augmentation de la récidive comme autant de faits sociaux bouleversant une opinion publique de plus en plus impatiente et indignée⁴⁶. Le facteur de la criminalité serait, selon lui, l'accroissement considérable du nombre de récidivistes. Également, selon l'auteur dudit rapport⁴⁷, l'augmentation de la criminalité est directement liée à quatre principaux motifs. D'abord, l'indulgence de la répression au point de vue de la récidive. En effet, les faits imputés aux récidivistes n'étant pas systématiquement équivalents à des crimes ou délits les plus condamnables, ils peuvent être appréhendés in abstracto, c'est-à-dire en faisant fit du passé du criminel de l'auteur de l'acte. Par conséquent, seules des peines légères sont prononcées en la matière. Selon Henri de Verniac, il s'agit de la deuxième raison de l'augmentation de la criminalité concerne l'abus des courtes peines qui n'auraient aucun caractère intimidant. Enfin, l'enfermement en commun et l'insuffisance des sociétés de patronage seraient des motifs non négligeables de l'augmentation constante de la criminalité.

L'enjeu de la loi. Cette loi dite « *loi sur la relégation des récidivistes entraînant l'internement perpétuel sur le territoire des colonies ou possessions françaises* »⁴⁸ des délinquants et criminels multirécidivistes. L'objectif de ce texte fut de renvoyer des délinquants et vagabonds par une « *présomption irréfragable d'incorrigibilité* »⁴⁹. La relégation vise ainsi à distinguer les délinquants d'habitude ou de profession des délinquants intermittents. Finalement, cette loi s'articule autour d'une problématique qui ne cesse d'inquiéter nos gouvernants au cours des décennies, celle de la récidive hier et du terrorisme aujourd'hui. Cette mesure constituait une illustration de la volonté croissante de

⁴⁵ Henri de Verniac a été rapporteur du projet de loi sur les récidivistes en 1884.

⁴⁶ En la matière, V. A. Eyquen, Des peines de la récidive et de la relégation des récidivistes, 1889, p17.

⁴⁷ H. de Verniac, Rapport fait au nom de la Commission chargée d'examiner le projet de loi, adopté par la Chambre des députés sur les récidivistes, 29 juillet 1884, Paris, Impr. de P. Mouillot, 1884.

⁴⁸ Loi du 27 mai 1885 relative aux récidivistes, JOFR du 28 mai 1885, p.2721.

⁴⁹ J-L Sanchez, La relégation des récidivistes en Guyane française. Les relégués au bagne colonial de Saint-Jean-du-Maroni, 1997-1953, Thèse, Paris, 2009, p.12.

lutter contre la récidive à travers sa dimension neutralisante. Précisément, elle impliquait, dans un premier temps, la menace d'un internement perpétuel sur le territoire des colonies française afin de prévenir un nouveau passage à l'acte, puis, le cas échéant, elle permettait « *l'élimination massive et définitive des délinquants d'habitude des territoires [...]* »⁵⁰. Ce type d'application de ladite mesure a été aboli lors de la deuxième guerre mondiale. Il n'en demeure pas moins que la peine, de moins en moins appliquée, n'a été supprimée que par la loi du 17 juin 1970. Les rapporteurs de la commission des lois du Sénat⁵¹ affirmaient ainsi que : « *après avoir passé une partie de leur vie en prison, les relégués n'ayant pas de responsabilité à prendre, finissent par y perdre toute personnalité. Livrés à eux-mêmes lors de leur sortie⁵², beaucoup d'entre eux sont incapables de se réadapter seul au monde extérieur après des années passées entre les murs du pénitencier* »⁵³. De plus, la commission des lois, au terme d'une mission à Saint-Martin-de-Ré en 1969, avait 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* »⁵⁴. Au fond, selon le Professeur Patrick Moruan⁵⁵, la relégation a constitué une purge qui a permis de mettre hors d'état de nuire des criminels et d'éviter qu'ils ne récidivent. Plus tard, la loi du 30 juin 1838 dite « loi des aliénés » a énoncé des dispositions visant à interner les malades mentaux dont le niveau de dangerosité menace l'ordre public.

L'émergence de la dangerosité. Cette loi constitue une étape essentielle dans l'histoire de la politique pénale française en ce qu'elle introduit le principe de dangerosité ainsi qu'une sorte de présomption d'incorrigibilité mesurée à l'aune de l'intensité de la dangerosité d'un individu ayant commis un acte criminel ou, tout simplement, un récidiviste. Ainsi, les criminels dangereux qui représentent une

⁵⁰ M.-H. Renaut, Une technique juridique appliquée à un problème de société, la récidive. De la notion de consuetudo deliquendi au concept de dangerosité, RSC, 2000, n°2, pp. 319 à 334, spé. p. 320.

⁵¹ E. le Bellegou et M. Molle, Rapport n° 282 sur le projet de loi tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.

⁵² Il pouvait être mis fin à la relégation par une libération conditionnelle subordonnée à la justification par le condamné d'un emploi et d'un domicile.

⁵³ E. le Bellegou et M. Molle, Op.cit, p. 140.

⁵⁴ Ibid, p140.

⁵⁵ P. Moruan, Criminologie, 3ème ed, Lexis Nexis, 2020, p.346.

menace, celle de nuire aux biens publics et à l'ordre public, font en réalité peser un danger à l'ensemble de la société. Si bien que la prison seule ne peut réussir à annihiler l'intensité de cette menace. C'est pourquoi l'un des principaux buts d'une telle mesure est de prévenir le crime et la récidive. Elle vise également à s'assurer que les récidivistes dits « incorrigibles » c'est-à-dire sur lesquels la peine ne trouve aucune efficacité, soient mis à l'écart de la communauté pour mieux la protéger de ces individus dangereux.

2. La tutelle pénale. La tutelle pénale s'est substituée à la relégation. Cette mesure ne pouvait pas s'appliquer plus de dix ans à compter de la fin de la peine principale. Cette mesure pouvait s'exécuter soit dans une prison spécialisée soit sous forme de la libération conditionnelle. Cela, sur le fondement d'une enquête de personnalité de l'individu concernée par ladite mesure. De moins en moins utilisée, la tutelle pénale a finalement été supprimée par la loi « *sécurité et liberté* » en 1980. En somme, la tutelle pénale était une peine complémentaire facultative d'une durée de dix ans maximum – contrairement à la mesure de relégation qui était, elle, perpétuelle - et ne pouvait être prononcée seulement après l'ordonnancement d'une enquête de personnalité et d'une expertise médico-psychologique. Celle-ci commençait donc à être exécutée à partir de la libération du condamné. Sa principale visée était de protéger la société contre les agissements des multirécidivistes en offrant à ceux-ci la possibilité de se reclasser au sein de la collectivité

3. Le suivi socio-judiciaire. Ce mouvement de renouveau des mesures de sûreté s'est intensifié au début du XIXe siècle. Il a introduit le suivi socio-judiciaire énoncé par la loi du 9 mars 2004⁵⁶ portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Ces dispositions énoncent que « *l'obligation pour le condamné de se soumettre [...] à des mesures de surveillance et d'assistance destinées à prévenir la récidive* »⁵⁷. Il instaure ainsi l'application de mesures de contrôle et de surveillance après l'exécution de la peine d'emprisonnement. Ce mouvement s'est ponctué en 2008 par l'introduction d'une nouvelle mesure de

⁵⁶ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : JORF n°59 du 10 mars 2004, p. 4567, texte n°1.

⁵⁷ Ibid.

sûreté particulièrement coercitive : la rétention de sûreté. Effectivement, la France ayant supprimé la peine de mort, son droit prévoit des peines d'enfermement "à vie", comme la perpétuité, conjuguées à un certain nombre de lourdes peines privatives et restrictives de liberté au sein de son arsenal législatif. Or, par le jeu de la grâce, des réductions de peines et de la libération conditionnelle, il n'existe plus véritablement d'enfermement définitif. De sorte qu'un certain nombre de condamnés récidivent avant même d'avoir effectué la totalité de leur peine d'enfermement initialement prononcée. Devant cette situation, un débat s'empare de la vie politique française sur l'opportunité d'introduire une mesure à mi-chemin entre la peine et la mesure de sûreté : la rétention de sûreté. La Garde des sceaux, Rachida Dati résume la situation en affirmant que « *depuis plusieurs années, les Français se sont émus de crimes odieux, commis par des personnes déjà condamnées et toujours considérées comme dangereuses. A chaque nouveau meurtre, à chaque nouveau drame, ils nous ont posé cette question : pourquoi un individu condamné pour des faits particulièrement graves et dont la dangerosité était manifeste a-t-il été laissé en liberté ? [...] Il n'existe donc aujourd'hui aucun dispositif pour les maîtriser, ni aucune structure pour les resocialiser de façon adaptée, de sorte qu'il faut attendre un nouveau passage à l'acte qui interviennent postérieurement à l'exécution de la peine et indépendamment de toute dissuasion tenant au prononcé d'une sanction aggravée.*⁵⁸ ».

B- L'introduction de la rétention de sûreté

L'introduction de la rétention de sûreté en droit français fait suite à la rédaction de rapports qui ont largement nourri la réflexion relative à la réponse pénale à apporter à la dangerosité.

1. Le rapport de Jean-François Burgelin. Les premiers rapports ont été réalisés par la commission santé-justice sous la présidence de M. Jean-François Burgelin⁵⁹. Le premier d'entre eux recommandait la mise en place d'une mesure

⁵⁸ R. Dati, Débat sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, Assemblée nationale, 8 février 2008, 2^e séance.

⁵⁹ Jean-François Burgelin, procureur général honoraire auprès de la Cour de cassation, a été chargé en 2005 par les ministres de la Justice et de la Santé de proposer des pistes de réflexion susceptibles d'améliorer la prise en

de suivi intervenant à la fin de l'exécution de la peine qui prenait ainsi la dénomination de « *mesure de protection sociale* ». Précisément, ce rapport mettait en exergue deux réflexions. D'une part, l'amélioration souhaitable de l'évaluation de la dangerosité des auteurs d'infraction⁶⁰. D'autre part, le renforcement du traitement judiciaire et médical des délinquants jugés dangereux⁶¹.

2. Le rapport de Philippe Goujon et Charles Gautier. Dans un deuxième temps, le rapport d'information établi au nom de la commission des lois du Sénat sur les mesures de sûreté concernant les personnes dangereuses en juin 2006⁶², préconisait pour protéger la société contre les éventuels agissements des délinquants les plus dangereux, deux catégories d'actions. D'une part, la mise en place de centres d'expertises pluridisciplinaires chargés d'évaluer, en phase présententielle et postsententielle, la santé mentale des personnes poursuivies ou condamnées pour des infractions particulièrement graves. D'autre part, la création d'unités hospitalières spécialement aménagées pour les délinquants dangereux atteints de troubles mentaux, structures qui pourraient accueillir la personne pour toute la durée de sa peine afin de « redonner du temps aux soins », ou pour une durée intermédiaire, dans l'hypothèse où son état de santé s'améliorerait.

3. Le rapport de Jean-Paul Garraud. Dans un troisième temps, la mission parlementaire confiée par le Premier ministre au Député Jean-Paul Garraud portant sur « *l'évaluation de la dangerosité des auteurs d'infractions pénales atteints de troubles mentaux* »⁶³ mettait en perspective deux axes. D'une part, la nécessité d'améliorer les conditions dans lesquelles sont réalisées les expertises d'évaluation de la dangerosité. D'autre part, l'instauration d'une mesure de suivi de protection sociale en milieu ouvert et d'un centre fermé de protection sociale sur le modèle des mesures de sûreté en milieu ouvert. Ainsi, un avant-projet de loi

charge médicale et judiciaire des auteurs d'infraction atteints de troubles mentaux ou qui présentent un profil dangereux.

⁶⁰ J.-F. Burgelin, (dir.), Santé, justice et dangerosités : pour une meilleure prévention de la récidive, Rapport de la Commission Santé-Justice, 2005, p. 13 – 35.

⁶¹ Ibid, p. 48 – 76.

⁶² P. Goujon et C. Gauthier, Rapport d'information sur les mesures de sûreté concernant les personnes dangereuses, Sénat, 2006.

⁶³ J-P Garraud, Réponse à la dangerosité, Rapport de la commission parlementaire sur la dangerosité et la prise en charge des individus dangereux, 2006.

a été présenté au Conseil des ministres le 28 novembre 2007 dont le but était de « *permettre de retenir dans des centres fermés les auteurs de crimes pédophiles condamnés à quinze ans de réclusion ou plus lorsqu'ils restent particulièrement dangereux et présentent un risque très élevé de récidive à l'issue de leur peine de prison [...]*⁶⁴ ». Le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental⁶⁵ a été déposé à l'Assemblée nationale le 3 décembre 2007. Son principal but est clair : « *déterminer comment protéger la société des criminels les plus dangereux qui présentent une probabilité élevée de récidive*⁶⁶ ».

3. Le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. Dans un premier volet, ce projet de loi propose la création d'une nouvelle mesure : la rétention de sûreté à travers la création d'un article 706-53-13 du code de procédure pénale. Effectivement, l'article 1 dudit projet de loi énonce l'instauration de la mesure de rétention de sûreté en précisant son champ, ses conditions d'application et moyens d'évaluation. D'une part, le II. de l'article 1er procède à deux modifications, sans lien entre elles, de l'article 717-1 du code de procédure pénale. Celles-ci font références à la convocation obligatoire par le juge d'application des peines deux ans avant la date prévue pour la libération d'une personne entrant dans le champ d'application de la mesure de rétention de sûreté ainsi qu'à l'échange d'informations entre le personnel pénitentiaire et le personnel médical en détention autour de la notion de dangerosité. D'autre part, le III de l'article 1er insère deux nouveaux articles dans le code de procédure pénale qui précisent les modalités de prolongation d'une surveillance judiciaire en cours.

4. Les débats parlementaires. Les débats parlementaires ont porté essentiellement sur trois éléments : le champ d'application de la rétention de sûreté, sa nature privative de liberté ainsi que l'application dans le temps de ce

⁶⁴ Conseil des Ministres, Rétention de sûreté et déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental, 28 novembre 2007.

⁶⁵ R. Dati, Projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental, Assemblée nationale, n°442, 3 décembre 2007.

⁶⁶ G. Fenech, Discussion sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental, Assemblée nationale, 8 janvier 2008.

nouveau dispositif afin de prévenir toute censure du Conseil constitutionnel ou de la Cour européenne des droits de l'homme. Certains sujets comme celui du champ d'application et de l'entrée en vigueur de la rétention de sûreté ne faisaient pas consensus. Dès lors, une commission mixte paritaire a été réunie pour réduire les divergences d'appréciation entre les deux assemblées⁶⁷. Après soixante et onze jours de débats portant sur treize amendements, le projet de loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité a été définitivement adopté par l'Assemblée nationale le 6 février 2008⁶⁸ et par le Sénat le 7 février 2008⁶⁹.

C- Les assises doctrinales de la rétention de sûreté

Le Professeur Claude-Olivier Doron démontre que les principes généraux de la rétention de sûreté se rattachent à un courant doctrinal identifié : le positivisme juridique revendiquant le droit de rompre avec une certaine rationalité légale pour placer, in fine, au cœur des politiques pénales, le traitement de la dangerosité⁷⁰.

1. L'école sociologique du droit pénal. Originellement, la doctrine s'est écharpée sur les théories afférentes au concept de mesure de sûreté. L'école sociologique – dite également la « doctrine moderne » a été pionnière en matière de théorisation du concept de mesure de sûreté. Celle-ci a soutenu l'idée selon laquelle le droit pénal avait vocation à assurer la protection de la société contre les individus dangereux. La fameuse théorie de la « neutralisation des incorrigibles »⁷¹ préconisait la consécration d'une peine de sûreté pour les délinquants d'habitude considérés comme dangereux. Dès lors, la peine était dissociée de l'infraction. D'une part, en ce que l'infraction n'est qu'un indice et une condition d'application de la peine. Et d'autre part, ce n'est pas l'acte en tant que tel mais son auteur qui devait guider le prononcé de la peine. Au contraire, l'école dite « classique »

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Discussion sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental, Assemblée nationale, 6 février 2008, texte adopté n°96.

⁶⁹ Discussion sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental, 7 février 2008, Sénat, texte adopté n°60.

⁷⁰ C-O. Doron, La rétention de sûreté : vers un nouveau type de positivisme juridique ?, L'information psychiatrique 2008/6 (Volume 84), p. 533-541.

⁷¹ Théorie du Professeur Franz Von Liszt : cf F. Von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, p.37.

défendait l'idée d'une peine fondée sur sa fonction rétributive et conforme à l'infraction commise. Effectivement, Cesare Beccaria, dans son célèbre « Traité des délits et des peines⁷² » a développé une théorie dans laquelle la punition doit être utile, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas servir à corriger les passions des individus mais à corriger un acte répréhensible. Cela, à des fins répressive et dissuasive.

2. La doctrine du positivisme juridique. La rétention de sûreté en tant qu'instrument de droit pénal découle d'une évolution idéologique qui en constitue le fondement intellectuel. La pensée positiviste a visé, avant tout, à rompre avec la rationalité légale pour placer au cœur des politiques pénales le traitement de la dangerosité et proposer une forme de gouvernement illimité et indéfini de la menace. Elle constitue même le fondement idéologique qui se développait en Italie à la fin du XIXe siècle. C'est selon le positivisme juridique que devait se substituer la question sociologique de la dangerosité et de la défense de la société. Egalement, ce courant positiviste développait l'idée selon laquelle les peines fixes et codifiées devaient se substituer à des mesures indéterminées de sûreté ayant vocation à traiter la dangerosité. La tradition du droit classique au nom du traitement de la dangerosité des individus est quelque chose de bien connu des historiens de la criminologie. Ce type de pensée a proposé l'institution d'un droit de punir qui ne soit plus fondé ni sur les notions métaphysiques de « faute » et de « responsabilité », ni sur la fiction juridique de l'infraction ou du sujet de droit. Comme le rappelle Alain Bauer⁷³, l'école positiviste basait son étude du comportement criminel sur les divers déterminismes avec pour ligne directrice l'idée que le crime est lié à une pathologie.

3. L'influence de Marc Ancel et du mouvement de la défense sociale. Comme l'énonce justement Adolfo Beria⁷⁴, le mouvement de la défense sociale se réfère à l'orientation générale qui attribue à la peine une fonction préventive à travers notamment un suivi et une resocialisation du coupable. Cette orientation de la défense sociale prend une ampleur particulière à la naissance du mouvement

⁷² C. Beccaria Traité des délits et des peines, 1765 – trad A. FONTANA et X. TABET, rééd 2015, Gallimard, p.145.

⁷³ A. Bauer, ABC de la criminologie, Cerf, 2016, p. 99.

⁷⁴ A. Beria, L'influence de l'œuvre de Marc Ancel sur le mouvement de défense sociale, RSC 1991, p.25.

de la nouvelle défense sociale. Marc Ancel⁷⁵ précisait que celle-ci n'était pas une « école » au sens idéologique du terme mais simplement une tendance qui entend mettre en place un système de prévention criminelle sans fondements dogmatiques et philosophiques. Ce mouvement est, conformément aux aspirations humanistes, partisan de l'utilisation des sciences afin de mieux connaître l'homme et la société en générale. Ainsi, cette doctrine préconisait de substituer à la responsabilité, la notion d'état dangereux pour permettre au juge de poursuivre un individu non en raison de son acte mais en raison de son état. Marc Ancel préconisait une rupture moins franche que les partisans de la défense sociale en ce qu'il défendait de conserver la substance du droit pénal tout en le réformant et en garantissant juridiquement la protection contre tout type d'arbitraire.

III- Le bien-fondé de la rétention de sûreté

A- L'impératif social de sécurité publique

1. Une mesure incontournable au service d'une politique criminelle.

La rétention de sûreté est souvent envisagée comme l'une des réponses à privilégier contre la dangerosité. Elle représente actuellement l'enjeu essentiel de la politique criminelle française et constitue l'une des principales sources de critiques⁷⁶. Cette mesure de sûreté a entraîné la création d'un droit pénal « de la précaution et de la prédiction »⁷⁷ ou même un « droit pénal de l'ennemi »⁷⁸. Cette expression du Professeur allemand Günter Jacobs a un retentissement particulier dans le contexte actuel. Effectivement, d'une part le contexte de récidive représente l'une des principales préoccupations de la politique pénale et fut remise

⁷⁵ G Besson, M. Ancel, La prévention des infractions contre la vie humaine et l'intégrité de la personne, *Population*, 1957/1 (Vol. 12), p. 174-174.

⁷⁶ V. J. Rabaux, La rétention de sûreté ou la période sombre de notre justice, *Journal du droit des jeunes* 2008/4 (n°274), p.36-48.

⁷⁷ X. Pin, *Politique criminelle et frontières du droit pénal : enjeux et perspectives*, p. 92 et V. également C. Lazeges, *La tentation du bilan 2002-2009 : une politique criminelle au gré des vents*, RSC 2009, pp.689-699.

⁷⁸ Cette expression renvoie à la pensée du Professeur Jacobs qui constate en 2009 qu'il est permis de trouver un droit pénal de l'ennemi dans le droit allemand. Il constate que le droit pénal de l'ennemi est un droit d'exception et identifie plus précisément la détention de sûreté allemande comme une réglementation du droit pénal de l'ennemi : V. G. Jacobs, *Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi*, RSC, 2009, p.7 et s.

sur le devant de la scène à l'occasion de nombreux faits divers⁷⁹. Et plus récemment, face à la gravité des crimes commis à l'occasion des attentats terroristes. D'autre part, la menace terroriste d'une intensité sans précédent amène les acteurs d'État à s'interroger sur l'opportunité et la pertinence d'incarcérer préventivement de potentiels terroristes en puissance⁸⁰. Dès lors, la politique criminelle s'organise autour d'une réponse à un phénomène criminel. Nous allons donc assister à une mutation de la stratégie préventive qui s'opère par le passage du traitement de la dangerosité à la gestion du risque⁸¹. Si bien qu'un certain nombre d'indices, de démarches politico juridiques laissent penser que la rétention de sûreté est au cœur des préoccupations de nos dirigeants pour lutter efficacement contre le crime. Et ce, malgré les postures idéologiques et philosophiques de chacun d'entre eux. A titre illustratif, la suppression de la rétention de sûreté fut l'une des promesses de François Hollande reprise par le Ministre de la justice, Christiane Taubira. Dans ce cadre, une conférence de consensus « pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive »⁸² qui proposa notamment de « supprimer les mesures de sûreté »⁸³ avait été tenue. Pourtant, et alors que la mort annoncée du principe même des mesures de sûreté devait intervenir, la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales n'a pas réalisé cette suppression. De surcroît, le législateur semble avoir admis le principe des mesures de sûreté et plus précisément, de la rétention de sûreté. Or, les critiques à l'encontre de cette approche sont vives et se concentrent autour de la question de la qualification de la mesure de rétention de sûreté.

2. L'attente sociale d'une protection accrue et d'une lutte contre la récidive. La rétention de sûreté doit son avènement à l'aspiration toujours plus importante de la société à se sentir protéger. Pour un certain nombre de praticiens

⁷⁹ La rétention de sûreté peut être présentée comme le symbole d'une interaction entre les faits divers, la politique criminelle et le droit pénal. En ce sens : J-M BRIGANT, *Faits divers et droit pénal*, in *Politiques criminelles, Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, éd. Dalloz, 2014, pp. 117-131.

⁸⁰ En ce sens, une proposition de loi *donnant aux autorités de l'État des pouvoirs exceptionnels à fin de mettre hors d'état de nuire les terroristes islamistes qui menacent la Nation*, déposée par le Député Eric Ciotti le 21 juin 2016.

⁸¹ A. Morice et N. Herve, *Justice de sûreté et gestion des risques*, L'harmattan, 2010.

⁸² Rapport du jury de consensus remis au Premier ministre, « pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive. Principes d'action et méthodes. », 20 février 2013.

⁸³ Ibid, p. 38.

du monde de la justice (avocats, magistrats, experts etc.) la rétention de sûreté constitue une innovation technique bien utile pour protéger la société contre de dangereux individus qui, bien qu'ayant purgé leur peine, présentent encore un degré de dangerosité particulièrement élevé. Et comme le résume remarquablement le Professeur Jean-Yves Chevallier⁸⁴ il arrive un moment où dans la recherche des moyens de lutte contre la criminalité⁸⁵, il faut choisir entre les conséquences aléatoires d'une dangerosité scientifiquement établie de moins en moins exacte et la sécurité garantie par une prévention protectrice de la société. En la matière, la rétention de sûreté n'est pas sans rappeler le fameux principe de précaution particulièrement bien ancré en droit de l'environnement. En outre, la rétention de sûreté à la vertu de prévenir la récidive en ce sens que « *la lutte contre la récidive ne se focalise pas sur la faute commise mais sur l'état dangereux que représente l'individu* »⁸⁶. Effectivement, au nom d'une attente sociale accrue de protection, il ne s'agit plus de sanctionner une faute mais d'appréhender les signes d'un futur danger. D'ailleurs, la notion même de « danger » est apparue progressivement dans les discours politiques au XIXème siècle⁸⁷. En réalité, l'idée de la rétention de sûreté est de réagir politiquement au travers d'une anticipation de la réponse pénale. Plus précisément, la rétention de sûreté, puisqu'elle est orientée vers l'infraction future, devrait intervenir ante delictum. Pour autant, la rétention de sûreté telle qu'elle existe dans notre arsenal législatif, reste adossée à une peine. Elle n'intervient donc pas ante delictum mais plutôt ante recidivum.

3. La question d'un droit à la sûreté et à la sécurité. La question d'un droit à la sécurité en vertu duquel l'État aurait une obligation de moyen pour garantir la sécurité de ses concitoyens n'est pas nouvelle. Les philosophes des devoirs de l'État ont, à l'image de Thomas Hobbes, théorisé le monopole de la violence légitime qu'exerce l'État au nom du contrat social qui le lie à ses citoyens. Qu'elles que soient les nombreuses nuances qui singularisent les diverses théories de la Justice, celles-ci ont, au fil de l'histoire, plaider pour une justice reposant sur les moyens les plus efficaces pour atteindre un but donné. Ce droit à

⁸⁴ J-Y Chevallier, « Plaidoyer pour la « rétention de sûreté » », RPDP 2008, pp. 1-3.

⁸⁵ Et aujourd'hui également la lutte contre le terrorisme.

⁸⁶ F. Ludwiczak, Essai de conceptualisation nouvelle d'une notion ancienne : la récidive, RPDP, 2009, p. 305.

⁸⁷ M.-H. Renaut, Une technique appliquée à un problème de société, la récidive. De la notion de consuetudo delinquendi au concept de dangerosité, p. 319.

la sécurité se retrouve à l'article 5§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui énonce que « *tout homme a droit à la liberté et à la sûreté* »⁸⁸. Consacré comme un droit fondamental par la loi du 15 novembre 2001. L'article 1^{er} de la loi du 15 novembre 2001⁸⁹ relative à la sécurité quotidienne dispose que « *La sécurité est un droit fondamental. Elle est une condition de l'exercice des libertés et de la réduction des inégalités. À ce titre, elle est un devoir pour l'Etat, qui veille, sur l'ensemble du territoire de la République, à la protection des personnes, de leurs biens et des prérogatives de leur citoyenneté, à la défense de leurs institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre public* »⁹⁰. Le droit à la sûreté est également énoncé dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyens⁹¹ comme un droit fondamental imprescriptible. Mais le droit à la sûreté est aussi et historiquement conçu comme une protection contre l'arbitraire. Une sorte d' « *habeas corpus à la française* »⁹². C'est seulement à partir du XVIIIème siècle que l'on a commencé à percevoir ce droit à la sûreté comme la protection de l'État contre les criminels.

4. L'affadissement et l'inefficacité de la peine. L'une des raisons essentielles à l'émergence des mesures de sûreté et particulièrement celle de la rétention de sûreté a été la répétition et la pluralité d'actes incriminables commis par un unique individu, autrement dit la récidive. Or, la persistance à commettre des infractions après avoir puni à des degrés de sévérité croissants, démontre de facto une inefficacité de la peine dans son but originel : le châtement social. A cela s'ajoute un affadissement factuel de la peine. Effectivement, la peine a connu ces dernières décennies une diminution de sa force punitive. Son caractère afflictif a été atteint si bien que le code pénal de 1810 a connu une disparition de la quasi-totalité des peines d'emprisonnement perpétuelle. De même, concernant les

⁸⁸ Cf également l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 qui dispose que « *tout individu a droit à la liberté et à la sûreté de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire ; Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévue par la loi* ».

⁸⁹ Article 1 de la loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001 ayant introduit un nouvel article 1^{er} dans la loi du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ L'article 2 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen énonce que « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* ».

⁹² M. Delmas-Marty, La peur notre pire amie, Le Point, 11 août 2011.

peines dites « infamantes ». Cette évolution s'est poursuivie dans la pratique des jugements rendus. Par le mécanisme d'individualisation des peines et de remises de peines, les peines effectives ne correspondent pas aux peines prononcées. L'adoucissement des mœurs a conduit à une diminution contemporaine très significative de la force punitive de la peine qui a, en pratique, renoncé à tout absolutisme, tant dans ses buts que dans ses caractères⁹³. Effectivement, les buts traditionnels de rétribution et d'intimidation viennent désormais au second plan en se substituant au but de réadaptation sociale. De plus, le caractère afflictif de la peine a été tout autant affecté en étant atteint d'un amenuisement sans précédent de sa force punitive. Selon Jhering⁹⁴, l'histoire de la peine est celle d'une constante abolition. De fait, son évolution montre une atténuation progressive. La France ayant supprimé la peine de mort, son droit prévoit en principe des peines d'enfermement "à vie" comme la perpétuité. De plus, son arsenal législatif comporte un certain nombre de lourdes peines privatives et restrictives de liberté. Or, par le jeu de la grâce, des réductions de peines et de la libération conditionnelle, il n'existe pas véritablement d'enfermement définitif. De sorte qu'un certain nombre de condamnés récidives avant même d'avoir effectué la totalité de leur peine d'enfermement initialement prononcée. Devant cette situation, un débat s'empare de la vie politique française sur l'opportunité d'introduire des mesures à mi-chemin entre la peine et la mesure de sûreté.

B- La complexité des débats juridiques relatifs à la rétention de sûreté

1. L'approche constitutionnelle des droits et libertés. En premier lieu, la constitutionnalité de la rétention de sûreté dite « classique » c'est-à-dire post delictum est posée. Précisément au regard de sa rétroactivité, de sa proportionnalité et de la nécessité d'une telle mesure. D'abord, la rétroactivité d'une telle mesure se pose. Lorsque le législateur s'engage sur ce terrain c'est pour saisir la dangerosité de certains condamnés et donc le dispositif adopté présente davantage d'intérêt pour le passé que pour l'avenir. Les personnes visées devant avoir été condamnées à une peine de réclusion criminelle, on voit

⁹³ M-L. Rassat, Droit pénal général, 3è ed, Ellipses, 2014

⁹⁴ R-V. Jhering, l'évolution du droit, Paris, Marescq, 1891, p. 317.

mal comment la loi pourrait être une réponse utile sans rétroactivité sauf à anticiper une évolution législative sur un futur hypothétique⁹⁵. Ensuite, la proportionnalité d'une telle mesure est également posée. Effectivement, la rétention de sûreté a été soumise à un contrôle de proportionnalité afin de juger de sa conformité à l'article 66 de la Constitution de la Ve République. On le verra, le Conseil constitutionnel s'est, à ce titre, attaché au rôle de la justice pénale dans la décision de placement en rétention. Enfin, au visa du même article 66 de la Constitution, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle de la mesure de sûreté qui constitue une atteinte grave à la liberté individuelle en se fondant notamment sur une exigence : celle de « *l'adéquation entre la nécessité et la proportionnalité des mesures prises au regard des objectifs poursuivis* »⁹⁶. Ces exigences sont attachées aux principes inhérents à la protection de la liberté individuelle. En second lieu, la constitutionnalité de la rétention de sûreté dite « ante delictum » c'est-à-dire avant la commission de l'acte criminel est également posé mais en d'autres termes. Effectivement, une telle mesure reviendrait à remettre en cause un certain nombre de dispositions constitutionnelles. Au premier rang desquelles les deux alinéas de l'article 66 de la Constitution de la Ve République. D'abord, l'alinéa premier dudit article dispose que « *Nul ne peut être arbitrairement détenu* »⁹⁷. Or, une mesure de sûreté prononcée avant la commission de l'acte criminel pour le prévenir pourrait se heurter à ce principe constitutionnel. Il en résulte qu'en ce qui concerne une étude du droit prospectif, il semblerait qu'un changement profond de notre droit soit à étudier. Ensuite, l'alinéa second de l'article 66 de la Constitution de 1958 énonce que « *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* »⁹⁸. Or, l'ensemble des propositions de loi visant à instaurer une mesure de rétention de sûreté pour prévenir des crimes prévoyaient un contrôle du juge administratif ou du juge des libertés. Dès lors, la question du rôle du juge dans le prononcée de telles mesures est également à envisager.

⁹⁵ C'est tout l'objet d'une rétention de sûreté dite « ante delictum ».

⁹⁶ Y. Mayaud, *La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 DC du 21 février 2008*, n°20, p. 1259.

⁹⁷ Article 66 de la Constitution de 1958.

⁹⁸ Ibid.

2 . Le chemin vers une justice préventive. Incontestablement, le risque d'évolution du droit initialement fondé sur le principe de responsabilité en un droit fondé sur une justice préventive est posé. Ce « risque » nourrit considérablement les débats doctrinaux. Ce glissement est d'abord celui d'une transformation du principe de culpabilité en principe de dangerosité. Effectivement, le droit pénal classiquement fondé sur la culpabilité qui entraîne le prononcé d'une peine semble se transformer en un droit fondé sur la dangerosité qui entraîne l'application d'une mesure de sûreté. Or, selon le Professeur Delmas-Marty, il faut prendre garde à « *la confusion, caractéristique en politique criminelle du modèle dit « totalitaire » entre la notion de crime et celle de dangerosité* »⁹⁹. Le Professeur Herzog-Evans émet les mêmes réserves quant à ce basculement et plus précisément « *ce risque de tout admettre au nom d'étiquettes juridiques qui nous éloignerait de la notion de société démocratique* »¹⁰⁰. Ensuite, ce glissement correspond à la transformation d'un droit pénal répressif vers un droit pénal dit de la précaution sur le modèle du principe de précaution¹⁰¹ constitutionnellement consacré en droit de l'environnement. Partant du constat que les mesure de sûreté ont, notamment, vocation à s'appliquer à des individus irresponsables¹⁰², la question qui souleva de houleux débats au sein de la doctrine française a été celle de l'applicabilité même du principe de précaution au droit pénal.

IV- Le plan

Plan. Le plan retenu épouse substantiellement ces idées. La rétentio de sûreté telle que consacrée en droit interne revêt un certain nombre de caractéristiques qui méritent d'en réaliser l'étude tant sur le plan historique que sur le plan de sa qualification et de son régime juridique (Première partie). Cela, pour mieux comprendre sa complexité et mieux appréhender son évolution à l'aune des nouveau enjeux afférents à l'acuité de la menace terroriste (Deuxième partie).

⁹⁹ M. Delmas-Marty, *Violences et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain*, p. 59 s.

¹⁰⁰ M. Herzog-Evans, *conflit de lois dans le temps et exécution des peines : revirement de la Cour de cassation ?*, AJ pénal, 2009, p. 124.

¹⁰¹ J. Raynaud, *Regard critique sur les réticences envers le principe de précaution*, Dalloz Actualité, 2009.

¹⁰² X. Pin, *Politique criminelle et frontières du droit pénal : enjeux et perspectives*, RPDP, 2011, p. 83 s : l'auteur estime que les mesures de sûreté applicables aux individus déclarés pénalement irresponsables en raison d'un trouble mental caractérisent un droit pénal de précaution.

Première partie. *Les caractéristiques de la rétention de sûreté.*

Deuxième partie. *Vers une évolution du champ d'application de la rétention de sûreté.*

Partie 1 :

Les caractéristiques de la

rétenion de sûreté

La notion de rétenion de sûreté revêt, à certains égards, un caractère incertain. Incertain quant à sa propre qualification. Incertain quant à son régime juridique. Incertain quant à son domaine. C'est pourquoi il nous semble important d'analyser la genèse de la rétenion de sûreté (Titre I) pour mieux envisager son autonomie juridique en tant qu'instrument de droit pénal (Titre II).

Titre 1 :

La genèse de la rétention de sûreté

La notion de rétention de sûreté en tant que concept juridique revêt de nombreuses incertitudes tenant notamment à ses propres aspirations. Dès lors, il convient d'étudier les assises philosophiques et doctrinales de la rétention de sûreté (Chapitre I) pour mieux comprendre sa consécration juridique au sein de notre arsenal pénal (Chapitre II).

Chapitre 1 – Les assises philosophiques et doctrinales de la rétention de sûreté

Étudier la genèse de la rétention de sûreté implique de relever l'influence certaine de l'école positiviste (Section I) tout en mesurant les assises philosophiques et humanistes de la rétention de sûreté (Section II).

Section 1 - L'influence de l'école positiviste

1§ - Les aspirations de la doctrine positiviste

Au XIXe siècle, le courant positiviste pose ses fondations sur les ruines de la peine et du droit pénal classique fondé sur la répression. Elle s'organise en opposition à l'école classique du droit pénal qui aurait abouti à l'échec de la peine comme principale réponse au phénomène criminel. Cet échec ne serait que la conséquence d'un syllogisme abstrait et non d'une induction positive de l'observation des faits. Le père de l'école positiviste italienne, Cesare Lombroso et ses partisans, reprochaient particulièrement à l'école classique un manque de curiosité pour le criminel¹⁰³ en tant qu'humain. Cette pensée vise alors à rompre avec la rationalité légale pour placer au cœur des politiques pénales le traitement de la dangerosité. Plus globalement, l'école positiviste repose sur le triptyque : le crime est pathologique, le besoin de classification des délinquants et le souci du traitement des criminels¹⁰⁴. S'agissant de la méthode, la doctrine positiviste aborde le crime en tant qu'entité juridique abstraite. La lutte contre la criminalité doit être fondée sur la personnalité du délinquant et le danger qu'il représente pour la société¹⁰⁵. Influencée par le positivisme Comtien et la théorie Darwinienne de l'évolution, l'école italienne a largement montré, sous la houlette de Cesare Lombroso accompagné de ses disciples Enrico Ferri¹⁰⁶ et Raffaele Garofalo¹⁰⁷, le chemin de ce que doit être le positivisme juridique. En effet, la publication de

¹⁰³ A. Laingui, L'homme criminel avant Lombroso, In « Peine, dangerosité, quelles certitudes ? », Essais de philosophie pénale et de criminologie, Dalloz, 2010.

¹⁰⁴ A. Bauer, ABC de la criminologie, Cerf, 2016.

¹⁰⁵ M. Foucault. Surveiller et punir, coll. Tel, Gallimard, 1975, p. 360.

¹⁰⁶ E. Ferri, La sociologie criminelle, traduction française par l'auteur de la 3^{ème} édition italienne, édition Rousseau 1893.

¹⁰⁷ R. Garofalo, La criminologie – Etude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité, Coll. Etude, 5^{ème} éd, Alcan.

plusieurs de ses ouvrages sur la criminalité, le lancement de sa revue et l'organisation de congrès d'anthropologie criminelle ouvrent l'idée d'une véritable école de la pensée positiviste. Une école réunissant un réseau de personnes aux compétences variées : médecins, administrateurs veillant à la sécurité des personnes et juristes qui ont vocation à proposer des réponses concernant la prise en charge du criminel et à intervenir activement sur le système pénal en vigueur. Plus précisément, l'école italienne tente d'introduire une rupture épistémologique dans les manières de juger, de punir et de prendre en charge le phénomène criminel¹⁰⁸. Elle estime que les notions de bien et de mal ont vocation à être remaniées et que le libre arbitre est une notion obsolète. Le criminel n'est pas un être totalement malade. Il est simplement le produit d'une évolution sur laquelle la prison reste vaine. C'est ainsi que le Lombrosisme¹⁰⁹ refuse l'empirisme cruel des prisons¹¹⁰. Ainsi, l'école positiviste italienne propose l'institution d'un droit de punir qui ne soit plus fondé sur les notions métaphysiques de « faute » et de « responsabilité » ou sur les fictions juridiques de l'infraction et du criminel en qualité de sujet de droit. La peine ne peut plus se concevoir comme une simple compensation accordée à une société qui a été heurtée mais doit changer de visage¹¹¹. Cette doctrine a ainsi pris corps à travers les multiples mesures de défense sociale.

¹⁰⁸ J-C. Coffin, Oublier Cesare Lombroso ? , In « Peine, dangerosité, quelles certitudes ? », Essais de philosophie pénale et de criminologie, Dalloz, 2010.

¹⁰⁹ Il s'agit d'un néologisme qu'on peut trouver sous la plume de P. Guarnieri, « su lombroso e il lombrosimo », *Passato e presente*, XVII, 20014, 141-50.

¹¹⁰ Dans « *L'homme criminel* », il soutient que le criminel peut se reconnaître par ses caractéristiques physiques et son héritage génétique mais également par un certain nombre d'éléments externes. Dès lors, la sanction aurait peu de chance de l'intimider.

¹¹¹ A. Bauer, *Dictionnaire des amoureux du crime*, Plon, 2013.

2§- L'inspiration des mesures de défense sociale

La grande partie des apports théoriques du positivisme sont repris par l'école de la défense sociale. Ce mouvement né à la fin du XIX^{ème} siècle a entendu juger l'individu autant que l'infraction pour adopter une sanction au regard de sa dangerosité¹¹². Ce jugement serait fondé non pas sur la gravité de l'infraction mais sur la propension de l'individu à récidiver. Ainsi, cette doctrine justifie les mesures de sûreté à travers le besoin d'une sorte de « déjudiciarisation » de la réponse pénale afin de protéger efficacement la société. Contrairement à Cesare Lombroso qui envisage une seule catégorie de criminels qu'il qualifie de *criminels-nés*¹¹³, Enrico Ferri distingue cinq catégories de criminels : les criminels-nés, les criminels aliénés, les criminels d'habitude, les criminels d'occasion et les criminels passionnels. S'agissant des sanctions à adopter, il distingue trois types de mesures de défense sociale. D'abord, l'école positiviste dans son ensemble a adoubé les mesures réparatrices. Le Professeur Ferri les ventile entre la suppression de la situation anti juridique, la nullité des effets de l'acte anti juridique et la réparation du dommage. Elles ont toutes vocation à se substituer aux courtes peines carcérales prononcées à l'encontre de *délinquants occasionnels*¹¹⁴. Ensuite, les mesures répressives consistent en l'emprisonnement, l'amende ou l'interdiction d'une profession. Les individus concernés par ces mesures sont considérés comme présentant un risque peu élevé de récidive. Le criminaliste Raffaele Garofalo envisage également ces mesures répressives au sein de son système pénal tout en y apportant une nuance. Il affirme qu'un certain nombre de délits méritent une peine d'emprisonnement¹¹⁵. Enfin, les mesures éliminatrices ont une vocation véritablement rétributive. Elles sont destinées aux criminels les plus dangereux et les plus concernés par le risque de récidive. Il s'agit d'une véritable mesure de neutralisation de l'individu dangereux. Pour autant, cette mesure neutralisatrice reste relative car elle n'est, a priori, pas illimitée. Elles

¹¹² R. Garofalo évoque « le degré de désir ou d'impulsion criminelle » : V. E. Tillet, *histoire des doctrines pénales*, Rép. Pen. Dalloz n°86.

¹¹³ Selon Cesare Lombroso, le criminel-né est un individu pour lequel la folie se manifeste par des excès psychiques : cf C. Lombroso, *le crime causes et remèdes*, 1899.

¹¹⁴ Selon Enrice Ferri, les délinquants occasionnels sont des « *hommes normaux qui agissent par négligence ou imprudence* », cf op cit E. Ferri, *la sociologie criminelle*, P. 448.

¹¹⁵ R. Garofalo, *la criminologie*, p. 410-412

peuvent également prendre la forme d'un asile, d'une déportation ou d'une relégation.

Section 2 - Les assises philosophiques humanistes

La rétention de sûreté n'est pas apparue ex nihilo, dans l'arsenal législatif français, sous le seul empire d'un législateur qui naviguerait à vue d'œil au rythme des modes médiatiques et des plans de communication des ministères. La défense d'une telle thèse passerait sous silence non seulement les raisons objectives qui ont poussé le législateur à se doter d'une telle mesure pénale mais aussi et surtout leurs fondements philosophiques susceptibles d'attester de sa conformité au juste et d'asoir sa légitimité. Outre la philosophie des devoirs de l'État¹¹⁶ en matière de sécurité que nous évoquerons plus loin, la philosophie de la Justice elle-même semble pertinente à étudier. Dans l'ensemble et qu'elles que soient les nombreuses nuances qui singularisent les multiples théories de la Justice¹¹⁷, celles-ci ont, au fil de l'histoire, plaidé pour une justice fondée sur un critère auquel doivent recourir les institutions sociales pour « *répartir les droits et les devoirs fondamentaux et pour déterminer la répartition des avantages tirés de la coopération sociale* »¹¹⁸.

La théorie de la Justice de John Rawls. La théorie rawlsienne de la justice comme « équité » pose la thèse selon laquelle une société est juste lorsqu'elle élimine les inégalités qui sacrifient certains individus à d'autres ou défavorisent certains membres de la société en sorte que « *leur situation intrinsèque serait meilleure si ces inégalités n'existaient pas* »¹¹⁹. Autrement dit, l'ordre social n'est pas fait pour établir et garantir des perspectives plus favorables aux plus

¹¹⁶ V. notamment J. Terrel, *Les théories du pacte social. Droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, 2001, Seuil – coll. Points Essais, qui analyse de façon détaillée les théories de HOBbes, LOCKE, PUFENDORF et ROUSSEAU S. GOYARD-FABRE, v° « *Contrat social* », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, pour une présentation des analyses de KANT et des critiques de HEGEL.

¹¹⁷ J. Rawls, *Théorie de la Justice*, trad. Fr, Paris 1987 ; C. AUDARD, coll. Points-essais, Seuil, Paris, 1997 ; GUILLARME B., *Rawls et l'égalité démocratique*, Paris, 1999 ; D. HUME, *Traité de la nature humaine* ; W. KYMLICKA, *Les Théories de la justice*, trad. Fr. Paris, 1999.

¹¹⁸ J. Rawls, *Justice et Démocratie*, 2000, Poche.

¹¹⁹ Cette Justice fondée sur l'« équité » apparaissant chez John Rawls à travers l'allégorie du « voile de l'ignorance » sous lequel seraient les hommes qui choisiraient ainsi une répartition des richesses juste, équitable et impartiale : V. J. RAWLS, *Théorie de la Justice*, 1987, ed. Seuil p. 168.

avantagés sauf si cet avantage profite aux moins favorisés. Ainsi, John Rawls comme les modernes, affirme que la prise en compte de la différence dans le jugement ne peut être acceptée que si elle donne un avantage aux plus démunis. Or, en ce qui concerne la rétention de sûreté, il s'agit pour les plus vulnérables d'être protégés face à la criminalité. En effet, les victimes ne pouvant être mises sur un même pied d'égalité que leur bourreau, la mise hors d'état de nuire d'un individu dangereux, avant qu'il ne passe à l'acte, rétablit *de facto* une certaine forme d'égalité entre leurs *intérêts*. Ensuite, selon John Rawls une bonne justice est « *une justice qui servirait le mieux les buts sociaux tels qu'ils seraient formulés à la suite d'un accord réfléchi* »¹²⁰. La rationalité consisterait alors à choisir les moyens les plus efficaces pour atteindre ce but. Or, plus que jamais les politiques criminelles ont épousé les attentes sociales en matière de lutte contre la criminalité et la récidive. À la suite de nombreux débats législatifs, jurisprudentiels¹²¹ et doctrinaux, elles ont accordé une large place à la prévention des risques avec de nouveaux buts comme *l'anticipation*¹²², la *traçabilité*¹²³, la *prédilection*¹²⁴ ou encore la *précaution*¹²⁵. En la matière, l'intérêt porté aux mesures de sûreté par le législateur n'a cessé de croître jusqu'à la création d'une mesure de sûreté privative de liberté : la rétention de sûreté¹²⁶. Ces dispositifs visent à prémunir la société contre les personnes les plus dangereuses et à prévenir leur récidive ou le passage à l'acte. La rétention de sûreté, en ce qu'elle permet de prévenir la récidive et le passage à l'acte d'un individu particulièrement dangereux, semble être le moyen le plus opportun pour que la société remplisse sa visée sécuritaire par la légitime privation de liberté *a priori*¹²⁷. Il en résulte que la rétention de sûreté

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Dans l'affaire d'interceptions de sûreté en matière de terrorisme, la Cour européenne des droits de l'homme affirme que l'enjeu du risque peut conduire les Etats à utiliser « *n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée* » : V. CEDH, Klass. Allemagne, 6 septembre 1978.

¹²² L. Leturmy, *La répression de la délinquance sexuelle*, in « Un droit pénal postmoderne, mise en perspective des évolutions et rupture contemporaines », p. 137.

¹²³ *Ibid.*, p.141.

¹²⁴ X. PIN, *Politique criminelle et frontière du droit pénal : enjeux et perspectives*, art p.94

¹²⁵ *Ibid.*, p. 141

¹²⁶ Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, JORF n° 0048, 26 févr. 2008,

¹²⁷ Si bien que Mireille Delmas-Marty en vient à se demander « *si la rétention de sûreté n'est pas, aujourd'hui, l'emblème de la sécurité* » : Voir M. DELMAS-MARTY, *Vers une justice prédictive* in Humanisme et Justice mélanges en l'honneur de G. GIUDIVELLI-DELAGE.

s'inscrit dans la théorie rawlsienne de la justice selon laquelle toute société doit mettre en place les moyens les plus efficaces pour atteindre un but donné, en l'espèce celui de lutter contre la criminalité. La philosophie politique des devoirs de l'État considère donc la mission de sécurité comme contrepartie de l'assujettissement volontaire et de la monopolisation de la violence légitime par l'État.

Le Léviathan de Thomas Hobbes. Thomas Hobbes a, le premier, conduit l'analyse philosophique du concept de contrat social en assumant l'ambition d'un renouvellement de la pensée du droit¹²⁸. Plus précisément, la loi de nature selon laquelle les hommes consentent à se dessaisir de leur liberté, autant que cela est nécessaire à la paix et à leur propre défense du droit, s'analyse en réalité comme la défense de l'auto préservation de l'homme et comme l'affectation finale du bien connu *right of nature* qu'est la liberté¹²⁹. Le contrat social est le ciment de cette liberté absolue. Chaque homme se dessaisit de sa liberté absolue et, par conséquent confie au Léviathan, objet du contrat, le soin d'assurer la préservation de chaque individu. En l'espèce, la mesure de rétention de sûreté concourt à ce pacte social en ce qu'elle permet la privation de la liberté nécessaire à la préservation de la concorde sociale. Elle permet la protection de l'homme et, plus globalement, la préservation de ce qui constitue la défense sociale. Effectivement, l'individu dangereux concerné par la rétention de sûreté se voit privé de sa liberté afin de protéger la société de la récidive et du passage à l'acte criminel. De même, la loi de nature selon laquelle « *tout homme doit rechercher la paix aussi longtemps qu'il a un espoir de l'obtenir et, quand il ne peut y parvenir, il lui est loisible d'utiliser tous les secours et les avantages de la guerre* »¹³⁰ implique alors un calcul d'intérêts par lequel la raison permet de substituer la paix civile à la guerre naturelle¹³¹. En l'espèce, la rétention de sûreté est un moyen de prévention du risque, notamment dans un contexte où une société serait victime d'actes de

¹²⁸ V. « Contrat social », in D. Alland et S. Rials (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2003 P.283.

¹²⁹ T. Hobbes, Léviathan, I, ch. XIV.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Thomas Hobbes affirme que « *les conventions, sans l'épée, ne sont que des mots, et n'ont pas du tout de force pour mettre en sécurité un homme. C'est pourquoi, malgré les lois de nature, si aucun pouvoir n'est érigé, ou s'il n'est pas assez fort pour assurer notre sécurité, chacun se fierà à sa propre force, à sa propre habileté, pour se garantir contre les autres hommes* » Voir T. HOBBS, Léviathan, ch. XVII, trad. P. Folliot.

guerre revendiqués, parfois par des individus qui en sont membres. La vocation préventive de la rétention de sûreté s'inscrit dans ce processus. Elle a pour ambition la « sûreté » conformément à la vision hobbesienne de la sécurité tendant directement vers la protection effective des personnes. Il en résulte qu'à travers la mesure de rétention de sûreté, le droit positif tire pleinement les conséquences de la pensée philosophique et juridique telle que retranscrite dans la théorie générale de l'État et la théorie de la Justice. Cette dernière conjugue l'impératif sécuritaire étatique et la défense d'un système juridique fondé sur l'équité.

La « défense sociale nouvelle »¹³² de Marc Ancel, un mouvement de politique criminelle humaniste. La philosophie de la défense sociale nouvelle promeut une protection de la société fondée sur l'Homme. En rejetant vigoureusement tout apriorisme juridique et tout déterminisme sociologique, cette philosophie voit le crime comme un fait humain ou, plus exactement, comme une expression de la personnalité de son auteur doté d'un libre arbitre et, par conséquent, d'une responsabilité individuelle. Ce mouvement de défense social a eu, depuis son origine, pour objet de promouvoir l'idée d'une politique criminelle qui se placerait sur le même plan que Montesquieu se plaçait lui-même lorsqu'il cherchait à étudier « l'esprit des lois ». En effet, dans ce traité, l'auteur ne s'arrête pas à la lettre de la loi mais l'éclaire à l'aune de ce dont elle est le reflet : la recherche de la liberté, les mœurs, le climat etc. De même, dans la conception ce qu'est une politique criminelle, entendu dans le sens d'une lutte sociale contre le crime, le droit pénal n'est qu'un instrument à son service. C'est pourquoi la défense sociale nouvelle se refuse à tout apriorisme fondé sur des notions abstraites ou métaphysiques, mais au contraire, s'attache à ce que révèle le crime de la personnalité de son auteur. La prise en considération de l'homme et de sa personnalité constitue alors l'un des traits essentiels de ladite doctrine. Cette nature de l'homme ne se comprend que par référence à des valeurs morales

¹³² M. Ancel, La défense sociale nouvelle, 2ed : Sous l'influence du positivisme Comtien conjuguée aux aspirations de la philosophie humaniste, l'auteur défend un mécanisme préventif de responsabilité sociale se fondant sur les données objectives offertes par la science pour préserver la société d'individus dangereux. Plus précisément, l'auteur encourageait à une « *intégration de la peine et de la mesure de sûreté dans un régime unitaire de sanction pénales* ».

communément acceptées¹³³. Ces valeurs sont communes à l'humanité entière. Elles sont par essence universalistes car le phénomène criminel ne connaît pas de frontière. Elles sont également conformes à la garantie des droits de l'Homme en ce qu'elles ont le souci permanent de garantir le libre développement de l'individu. En effet, la protection de la société autant que la dignité de l'homme imposent de *resocialiser*¹³⁴ le criminel à l'aide des moyens scientifiques permettant d'espérer un traitement humain des criminels. La rétention de sûreté, notamment en ce qu'elle comporte un suivi-socio judiciaire¹³⁵, s'inscrit dans cette entreprise de resocialisation de l'individu dangereux en ayant la visée constante de garantir le libre développement de l'individu¹³⁶ notamment par son suivi socio-judiciaire.

¹³³ Une justice qui, pour rejoindre la théorie de la Justice de John Rawls « *servirait le mieux les buts sociaux tels qu'ils seraient formulés à la suite d'un accord réfléchi* », J. RAWLS, *Théorie de la Justice*, ed. Seuil, p. 173.

¹³⁴ Même si une telle opinion se retrouve déjà chez E. Ferrri, *Sociologie criminelle*, 3ed. traduit par l'auteur A. ROUSSEAU, Paris, 1893.

¹³⁵ Article 706-53-13, al 4 du code pénal, Le suivi socio-judiciaire a été créé par la Loi 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.

¹³⁶ Selon M. Ancel, cette visée est le marqueur de « la garantie des droits de l'Homme au sens de la révolution française », Voir M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, p322.

Chapitre 2 - La consécration juridique de la rétention de sûreté

En réalité, l'approche historique de la rétention de sûreté nous permet de constater sa proximité juridique aux mesures de sûreté en tant que concept législatif ancien (Section I) et de mieux analyser ainsi son introduction dans l'ordre juridique pénal (Section II).

Section 1 - Les mesures de sûreté, un concept législatif ancien

1§- Des mesures de sûreté générale et de salut public à la relégation

Le concept de mesure de sûreté connaît un retentissement important dans l'actualité juridico-politique, si bien qu'un certain nombre d'auteurs évoquent un « renouveau »¹³⁷ de ces mesures. Même si le terme de « mesure de sûreté » a été consacré par la doctrine au cours du XXe siècle en « *assurant une prévention individualisée du crime en considération d'un état dangereux* »¹³⁸, la mesure de sûreté n'est pas un concept nouveau¹³⁹.

Un siècle avant, déjà, le droit révolutionnaire avait institué des mesures de sûreté générale et de salut public telles que les mesures d'arrestation¹⁴⁰ qui visaient à prévenir des crimes de contre-révolution, relevant de la compétence du comité de sûreté générale¹⁴¹. Ce qualificatif de « sûreté générale » est maintenu sous la Restauration. Une loi du 29 octobre 1815¹⁴² consacre la qualification de

¹³⁷ M. Brenaut, *Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français*, thèse, Paris, 2016.

¹³⁸ P. Logos cité par L. Rabonowicz, *Mesures de sûreté – étude de politique criminelle*, Paris, LSPS, Marcel Rivière, 1929 : cet auteur tient C. Stoos pour « *le premier à avoir conçu et réalisé législativement cette idée devenue aujourd'hui presque banal* ». Comp. P.-J. DELAGE, « Fragments archéologiques de la défense sociale » qui met en avant l'utilisation de la notion de « mesure de sûreté » en 1864, avant C. Stoos, par A. Bonneville de Marsangny pour qualifier l'institution médiévale de « *promesse solennelle qu'une personne donnait à une autre de s'abstenir de toute violence envers elle et dont la violation constituait un crime capital* ».

¹³⁹ J. Rabaux, *La rétention de sûreté ou la période sombre de notre justice*, *Journal du droit des jeunes* 2008/4 (n°274), p.9.

¹⁴⁰ AN, AFII 286, *Registre des arrestations et arrêtés généraux du Comité de Sûreté Générale*, 8 août 1793-7 germinal an II.

¹⁴¹ J. Madival et E. Laurent, *Archives parlementaires, recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, tome LXXIV, 12-22 septembre 1793, Paris, 1909, p.305.

¹⁴² M. Mejan, *Réfutation de l'opinion de M. le Comte Lanjuinais, sur la loi concernant des mesures de sûreté contre les prévenus d'attentats politiques*, 1815, ed. C.-F. Patri.

« mesure de sûreté générale » la surveillance dite de « haute police ». Ainsi, jusqu'au second empire, le Ministre de la Justice de Napoléon III qualifie la déportation de « *mesures de sûreté générale non comprises dans la nomenclature des peines régulières* »¹⁴³. Ce faisant, et peu après la loi du 27 mai 1885 relative à « la relégation des récidivistes entraînant l'internement perpétuel sur le territoire des colonies ou possessions françaises »¹⁴⁴, le juriste Suisse Carl Stoos¹⁴⁵ qualifia au XXe siècle de « mesures de sûreté » ces instruments de droit pénal comme un moyen, à côté de la peine, de réaction sociale contre le crime.

2§- La diversité des mesures de sûreté

a) La diversité du rôle des mesures de sûreté

D'abord, les mesures de sûreté considérées comme de véritables alternatives à la répression sont à analyser¹⁴⁶. Celles-ci se distinguent entre les mesures de sûreté, qui sont de véritables alternatives à la répression, et les mesures de sûreté éducatives. Dans le premier cas, il s'agit, au titre des alternatives aux poursuites, d'écarter la perspective d'une répression au profit des mesures de sûreté soit dans le cadre de l'article 41-1 du code de procédure pénale soit définitivement dans le cadre d'une composition pénale, sauf à ce que l'individu n'exécute pas intégralement les mesures décidées. Dans le second cas, il s'agit alors de mesures éducatives et de sanctions éducatives dans l'hypothèse où, faute de se voir intellectuellement imputer l'infraction commise, les autorités n'ont d'autres réponses que les articles 706-135 et 706-136 du code de procédure pénale qui prévoient de prononcer des mesures de sûreté à l'encontre d'irresponsables souffrant d'un trouble mental. Ensuite, certaines mesures de sûreté ont une vocation supplétive à la peine et s'appliquent a posteriori. Il s'agit de mesures relatives à la phase d'instruction qui garantissent l'obligation pénale de l'individu alors même que la vérité n'a pas encore été faite sur l'infraction. Il s'agit également

¹⁴³ J.-P.-C. ABBATUCCI, cités par L.-J. BARBANCON, « *La loi de déportation du 8 juin 1850 : des débats parlementaires aux Marquises* », Criminocorpus, Dossier : Les bagnes coloniaux, 2006.

¹⁴⁴ Loi du 27 mai 1885 relative aux récidivistes, JOFR du 28 mai 1885.

¹⁴⁵ P. LOGOS cité par L. RABINOWICZ : l'auteur considère que Carl Stoos a été le premier à conceptualiser législativement cette idée de mesure de sûreté. Pour autant V. l'art in Comp. P.-J. Delage, « *Fragments archéologiques de la défense sociale* » qui met en valeur le fait qu'en 1864, avant Carl Stoos, l'utilisation de la notion de « mesure de sûreté » par Bonneville De Marsanguy.

¹⁴⁶ M. Brenaut, *Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français*, thèse, Paris, 2016, p. 302.

d'infractions liées à l'inscription au fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles (FIJAIS) ou au fichier automatisé des auteurs d'infractions terroristes (FIJAIT), des surveillances de sûreté mais également des mesures sanitaires¹⁴⁷. De plus, parmi les mesures de sûreté, certaines sont qualifiées de « peines » qui ont vocation à compléter la peine principale dans une perspective de défense sociale. À titre illustratif, ces mesures de sûreté correspondent aux peines de publications ou aux mesures de sûreté dites « innomées »¹⁴⁸ de l'article 131-10 du Code pénal¹⁴⁹. Enfin, certaines mesures de sûreté visent à garantir l'obligation pénale. Précisément, elles ont vocation à assurer l'obligation pénale dans le cadre temporel de l'obligation carcérale. Elles prennent effet soit telle une modalité d'exécution de peine - comme le sursis avec mise à l'épreuve - soit en se substituant à son exécution comme les mesures probatoires accordées en contrepartie d'une anticipation de la fin de la peine.

b) Une consécration progressive des mesures de sûreté

En premier lieu, durant de nombreuses décennies, le législateur a dénié l'utilisation du terme de « mesure de sûreté » au profit d'intitulés plus ou moins similaires et voisins. En effet, à travers certaines peines complémentaires se cachaient de véritables mesures de sûreté. D'abord, la relégation, instituée par la loi du 27 mai 1885, est la première mesure de sûreté à avoir intégré le droit pénal français. Cette mesure privative de liberté était destinée à endiguer la récidive par l'éloignement des criminels les plus dangereux. A la lecture des dispositions de la

¹⁴⁷ V. Les mesures sanitaires de l'article 706-136-1 du Code pénal qui disposent que « *Lorsqu'une personne condamnée dans les circonstances mentionnées au second alinéa de l'article 122-1 du code pénal n'a pas été condamnée à un suivi socio-judiciaire, le juge de l'application des peines peut ordonner, à la libération de cette personne, si son état le justifie et après avis médical, une obligation de soins pendant une durée qu'il fixe et qui ne peut excéder cinq ans en matière correctionnelle ou dix ans si les faits commis constituent un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement* ».

¹⁴⁸ V. A. Decocq, Droit pénal général, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2016, p. 15 qui affirme que « *nombre de celles-ci portent une dénomination officielle en contradiction avec leur nature intrinsèque* ».

¹⁴⁹ Article 131-10 du code pénal qui dispose que « *Lorsque la loi le prévoit, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs peines complémentaires qui, frappant les personnes physiques, emportent interdiction, déchéance, incapacité ou retrait d'un droit, injonction de soins ou obligation de faire, immobilisation ou confiscation d'un objet, confiscation d'un animal, fermeture d'un établissement ou affichage de la décision prononcée ou diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique* ».

loi de 1885, cette mesure de sûreté peut être définie comme une sanction¹⁵⁰ « coloniale de droit commun, complémentaire, perpétuelle, et qui recevait exécution après qu'ait été exécutée la peine principale dont elle est le complément »¹⁵¹. Ensuite, bien qu'elles ne soient – elles non plus – reconnues comme de véritables mesures de sûreté par le législateur, les mesures éducatives instituées par la loi du 22 juillet 1912¹⁵² entrent parfaitement dans la catégorie juridique des mesures de sûreté. D'influence positiviste, ces mesures - contrairement aux peines - n'ont pas de finalités punitives mais visent à parvenir au relèvement du mineur par sa protection, son éducation et sa surveillance.

En second lieu, la volonté d'accroître la protection des victimes et de renforcer le traitement des individus dangereux a conduit le législateur à intégrer formellement les mesures de sûreté au sein du code pénal et du code de procédure pénale. Il a introduit le suivi socio-judiciaire relatif à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs¹⁵³ qui relèvent substantiellement de la mesure de sûreté. Également, en introduisant le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes¹⁵⁴, le législateur s'est engagé sur le chemin d'une reconnaissance des mesures de sûreté clairement admises dans le code de procédure pénale. Cette qualification de « mesure de sûreté » a d'ailleurs été confirmée unanimement par la jurisprudence¹⁵⁵. Ensuite, les mesures de sûreté ont également fait surface dans les travaux officiels réalisés au début du XXI^e siècle. En effet, les mesures de sûreté ont été au cœur des propositions des rapports officiels comme une réponse à la récidive et la dangerosité. Dans un premier temps, les travaux réalisés par la commission santé-justice sous la présidence de Jean-François Burgelin

¹⁵⁰ Le législateur n'a pas saisi l'occasion de la loi de 1885 pour qualifier la relégation de mesure de sûreté.

¹⁵¹ M. Ancel, La fin de la relégation, in Mélanges en hommage à Jean Constant, p. 8

¹⁵² L'ordonnance n°45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, JORF du 4 février 1945, p.530 : cette ordonnance élargira le champ des mesures éducatives en musclant la diversité desdites mesures.

¹⁵³ Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, JORF n°0139 du 18 juin 1998, p. 9255.

¹⁵⁴ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF n° 59 du 10 mars 2004, p. 4567, art. 58. La loi du 12 décembre 2005 a étendu le champ d'application du fichier aux auteurs d'infractions violentes.

¹⁵⁵ V. Conseil Constitutionnel, décision n°2004-492 DC du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF du 10 mars 2004, p. 4637, considérant n°74 et 91 ; Les cahiers du Conseil constitutionnel, cahier n°16, p. 47.

recommandaient la mise en place d'une mesure de suivi intervenant à la fin de l'exécution de la peine qui prenait ainsi la dénomination de « mesure de protection sociale¹⁵⁶ ». Dans un deuxième temps, le rapport d'information établi au nom de la commission des lois du Sénat par MM. Philippe Goujon et Charles Gautier¹⁵⁷ préconisait la mise en place de centres d'expertises pluridisciplinaires chargés d'évaluer, en phase présententielle et postsententielle, la santé mentale des individus poursuivies ou condamnées de chefs d'accusations graves ainsi que la création d'unités de soins dédiées aux délinquants dangereux atteints de troubles mentaux. Dans un troisième temps, la mission parlementaire confiée par le Premier ministre au Député Jean-Paul Garraud portant sur « l'évaluation de la dangerosité des auteurs d'infractions pénales atteints de troubles mentaux »¹⁵⁸ mettait en perspective la nécessité d'améliorer les conditions dans lesquelles sont réalisées les expertises d'évaluation de la dangerosité et de l'instauration d'une mesure de suivi de protection sociale en milieu ouvert et d'un centre fermé de protection sociale.

En troisième lieu, les mesures de sûreté instaurées par la loi du 12 décembre 2005 et la loi du 25 février 2008 signent incontestablement un « changement de cap assumé »¹⁵⁹ du législateur en la matière. La loi de 2005 intègre formellement, dans le code pénal et le code de procédure pénale, la qualification de « mesure de sûreté » en créant la « surveillance judiciaire des personnes dangereuses » et le « placement sous surveillance électronique mobile ». La loi de 2008 va encore plus loin en multipliant les mesures de sûreté, en généralisant le recours à la notion de dangerosité et en créant en plus de la rétention de sûreté, des mesures de sûreté visant les individus pénalement irresponsables qui présentent une dangerosité psychiatrique.

¹⁵⁶ J.-F. Burgelin, Santé, justice et dangerosités : pour une meilleure prévention de la récidive, Rapport de la Commission Santé-Justice, La documentation française, 2005.

¹⁵⁷ P. Goujon et C. Gautier, Rapport d'information sur les mesures de sûreté concernant les personnes dangereuses, Sénat, 2006.

¹⁵⁸ J-P Garraud, Réponse à la dangerosité, Rapport de la commission parlementaire sur la dangerosité et la prise en charge des individus dangereux, 2006.

¹⁵⁹ C-G. Lazerges, *L'irruption de la dangerosité dans les décisions du Conseil constitutionnel*, in La dangerosité saisie par le droit pénal.

Section 2 - L'introduction de la rétention de sûreté en droit pénal

1§- La recherche préalable d'une réponse à la dangerosité

a) Une réflexion engagée dans les rapports parlementaires

Le rapport de la Commission santé-justice présidée par Jean-François Burgelin. La commission présidée par Jean-François Burgelin a été chargée en 2005 par le gouvernement d'ouvrir une recherche visant à développer la médicalisation ainsi que le suivi judiciaire des délinquants présentant une certaine dangerosité et souffrant de trouble de la personnalité. D'une part, le rapport de cette commission préconise l'amélioration de l'évaluation de la dangerosité des auteurs d'infractions. Parmi ces propositions figurent l'amélioration des conditions de réalisation des expertises psychiatriques visant à évaluer la dangerosité à travers une meilleure formation. Egalement, la commission a proposé la création d'« un réseau national d'équipes ressources interrégionales »¹⁶⁰ composé d'experts, de magistrats et de membres de l'administration pénitentiaire pour évaluer les personnes poursuivies d'infraction les plus graves. Enfin, la commission a proposé la création d'un centre de documentation psychocriminologique visant à recenser l'ensemble des expertises psychiatriques et psychologiques effectuées par les équipes du réseau national d'« équipes ressources interrégionales ». D'autre part, la commission a proposé le renforcement de la prise en compte de la dangerosité dans le traitement judiciaire et médical des criminels. Plus précisément, dans le cas d'un condamné qui demeurerait dangereux à l'issue de la peine carcérale, la commission a proposé l'instauration d'une mesure de sûreté pour prévenir les agissements de celle-ci. En milieu fermé, elle propose la création de centres fermés de protection sociale dans lesquels les individus dangereux y seraient placés pour une durée d'un an renouvelable et accéderaient à des « actions socio-éducatives, de formation, culturelles et/ou sportives et, le cas échéant, à des soins, sous la forme de conventions passées avec des structures de proximité »¹⁶¹.

¹⁶⁰ Rapport de la Commission santé-justice, « Santé, justice et dangerosité : pour une meilleure prévention de la récidive », Documentation française, Juillet 2005, p. 35.

¹⁶¹ Rapport de la Commission santé-justice, « Santé, justice et dangerosité : pour une meilleure prévention de la récidive », Documentation française, Juillet 2005, P. 78.

Le rapport d'information de Philippe Goujon et Charles Gautier. Le rapport d'information réalisé au nom de la commission des lois du Sénat par Philippe Goujon et Charles Gautier¹⁶² visait à préconiser des mesures visant à protéger la société contre les agissements des délinquants les plus dangereux. D'une part, cette mission d'information sénatoriale a préconisé la mise en place de centres d'expertises pluridisciplinaires chargés d'évaluer, sous la houlette d'équipes pluridisciplinaires, la santé mentale des personnes poursuivies ou condamnées pour des infractions particulièrement graves¹⁶³. D'autre part, la commission a préconisé la mise en place d'unités hospitalières spécialement aménagées pour les délinquants dangereux atteints de troubles mentaux qui auraient vocation à accueillir la personne pour toute la durée de sa peine afin de « redonner du temps aux soins ». De plus, ladite commission a proposé un renforcement du suivi des personnes après leur libération à travers l'injonction de soins par le juge de l'application des peines.

Le rapport de la mission parlementaire confiée à Jean-Paul Garraud. Le rapport de la mission parlementaire portant sur l'évaluation de la dangerosité des auteurs d'infractions pénales atteints de troubles mentaux a proposé un certain nombre de propositions visant à améliorer les expertises de dangerosité et le suivi socio judiciaire des individus dangereux. D'une part, Jean-Paul Garraud propose ainsi le renforcement des conditions dans lesquelles sont réalisées les expertises. Il préconise également la création d'une école de formation des experts ainsi que la création de commissions pluridisciplinaires d'évaluation de la dangerosité qui seraient saisies par l'autorité judiciaire pour formuler un avis sur la dangerosité d'un individu mise en examen ou déjà condamné. Par ailleurs, ce rapport propose la création d'un répertoire des données à caractère personnel collectées dans le cadre des procédures judiciaires rassemblant l'ensemble des expertises. D'autre part, le Député Jean-Paul Garraud propose l'instauration d'une mesure de suivi de protection sociale en milieu ouvert et d'un centre fermé de protection sociale telle une mesure de suivi de protection sociale. Cette mesure serait prononcée pour

¹⁶² Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale par la mission d'information sur les mesures de sûreté concernant les personnes dangereuses.

¹⁶³ Sur le modèle hollandais du centre Pieter Baan qui est un centre réalisant les études de dangerosité de la personne poursuivie.

une durée indéterminée par le juge des libertés et de la détention. L'individu concerné par celle-ci serait tenu « *de respecter certaines obligations ou interdictions comparables à celles pouvant être prononcées dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire* »¹⁶⁴. Aussi, le rapport propose la création d'un centre fermé de protection sociale visant à prendre en charge les individus ayant purgé leur peine mais « *présentant une dangerosité criminologique persistante et particulièrement forte* »¹⁶⁵.

b) La lutte contre la récidive au cœur des travaux parlementaires

La lutte contre la récidive au cœur des rapports parlementaires.

Incontestablement, à la lecture de l'ensemble des rapports parlementaires relatifs à la rétention de sûreté, la lutte contre la récidive semble être l'objectif privilégié du législateur. Dès 2005, Jean-François Burgelin intitula son rapport « Santé, justice et dangers : pour une meilleure prévention de la récidive »¹⁶⁶. De plus, dès les premières lignes de son rapport, le Député Georges Fenech affirme que « *notre pays, comme l'ensemble des démocraties occidentales, est aujourd'hui confronté à un problème majeur, celui de la protection de la société, et tout particulièrement des plus jeunes, vis-à-vis des criminels les plus dangereux qui présentent une probabilité élevée de récidive* »¹⁶⁷. Dans le même esprit, leur rapport d'information sur les mesures de sûreté relatif aux personnes dangereuses de Philippe Goujon et Charles Gautier, affirme dès les premières lignes que la Cour de cassation avait « *pour mandat d'étudier, les modalités d'évaluation de la dangerosité afin de mieux prendre en compte cette dernière dans le traitement judiciaire et médical des auteurs d'infractions* »¹⁶⁸ ou encore quelques lignes après « *Il prolonge d'ailleurs la réflexion conduite en 2005 sur les conditions de mise en place du bracelet électronique mobile, à l'occasion de l'examen de la loi sur le traitement de la récidive des infractions pénales* »¹⁶⁹.

¹⁶⁴ J-P Garraud, Réponse à la dangerosité, Rapport de la commission parlementaire sur la dangerosité et la prise en charge des individus dangereux, 2006., p121.

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ J.-F. Burgelin, Op. cit.

¹⁶⁷ Rapport G. Fenech, au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, n° 497, 12 déc. 2007, p. 9.

¹⁶⁸ P. Goujon et C. Gautier, Rapport d'information sur les mesures de sûreté concernant les personnes dangereuses, Sénat, 2006, p13.

¹⁶⁹ Ibid.

La lutte contre la récidive au cœur du projet de loi. En première partie, le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental énonce que « *la rétention présentera un caractère subsidiaire. Elle ne pourra être décidée que si aucun autre moyen ne s'avère suffisant pour canaliser la dangerosité de l'individu. Elle ne pourra ainsi intervenir que si les obligations résultant de l'inscription dans le fichier national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes, ainsi que les obligations résultant d'une injonction de soins et d'un placement sous surveillance électronique mobile, prononcées dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire ou d'une surveillance judiciaire, apparaissent inefficaces pour prévenir une récidive* ¹⁷⁰ ». Ainsi, l'alinéa 1 de l'article 706-53-13 du code de procédure pénale énonce que la rétention de sûreté ne peut être prononcée qu'en cas de « *probabilité très élevée de récidive* ». Dès lors, le projet de loi qui consacre la rétention de sûreté révèle l'objectif principal de ladite mesure, à savoir la lutte contre la récidive.

La lutte contre la récidive au cœur débats parlementaires. Dans l'ensemble des débats parlementaires relatifs au projet de loi instaurant la rétention de sûreté, en séance ou en commission, les parlementaires de la majorité défendent la vocation première de ladite mesure : la lutte contre la récidive. Effectivement, le Député Thierry Mariani affirmait, en séance¹⁷¹, que le premier objectif était de maintenir les criminels pédophiles dans des centres fermés après avoir épuisé la durée de leur peine carcérale notamment lorsque ces individus présentent une menace de récidive et une particulière dangerosité. Également, dans la discussion générale, le Député Jean-Paul Garraud affirmait que « *la seule vraie question sur la rétention de sûreté est donc celle-ci : votre texte apporte-t-il des réponses efficaces contre la récidive des délinquants sexuels, dans le respect des grands principes qui fondent notre État de droit ?* »¹⁷². Très clairement aussi, la Garde des sceaux Rachida Dati affirmait que l'objectif de ce texte est de prévenir la récidive de crimes odieux par des individus reconnus dangereux avant la fin de leur peine.

¹⁷⁰ Projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental présenté par Mme Rachida Dati.

¹⁷¹ Cf le compte rendu intégral de la 2^{ème} séance du mardi 8 janvier 2008 à l'Assemblée nationale.

¹⁷² Cf le compte rendu intégral de la 3^{ème} séance du mardi 8 janvier 2008 à l'Assemblée nationale.

c) Les assises juridiques d'impératif général de sécurité

La philosophie des devoirs de l'État a connu une juridicisation évidente au nom d'un impératif général de sécurité, partie intégrante de l'*ordre public*¹⁷³. Selon un éminent auteur, « *la police administrative intervient donc pour éviter les troubles à l'ordre public, pour maintenir la discipline sociale* »¹⁷⁴. De facto, ce maintien de l'ordre public épouse le nécessaire maintien des droits et libertés des individus. Le corolaire classique de la liberté restant bel et bien l'impératif de sécurité. C'est pourquoi tant le droit interne – droit constitutionnel et droit administratif – que la Convention européenne des droits de l'homme consacre cet impératif de sécurité.

D'abord, le Conseil constitutionnel fera pour la première fois référence à la notion d' « objectif de valeur constitutionnelle » dans sa décision du 27 juillet 1982 relative à la loi sur la communication audiovisuelle¹⁷⁵. Le Conseil constitutionnel en profitera, par la même occasion, pour consacrer la sauvegarde de l'ordre public comme objectif de valeur constitutionnelle. Pour le professeur Guillaume Drago¹⁷⁶, la « sauvegarde de l'ordre public » constitue un objectif de valeur constitutionnelle qui permet au législateur d'édicter des règles spécifiques de police ainsi que des sanctions pénales appropriées mais ce qui ne libère pas la représentation nationale du respect des autres règles et principes à valeur constitutionnelle. Ainsi, cet objectif à valeur constitutionnelle ne doit pas s'analyser telle une « obligation de valeur constitutionnelle¹⁷⁷ ». Autrement dit, cet objectif ne lie pas le législateur par une obligation de résultat. Pour d'autres auteurs¹⁷⁸, les objectifs à valeur constitutionnelle trouvent à s'appliquer principalement dans la recherche de l'intérêt général décliné en préservation de l'ordre public en matière pénale. Pour autant, l'importance accordée aux valeurs libérales par notre société et notre ordre juridique suppose que les mesures de police interviennent dans toutes les hypothèses où l'ordre public est menacé. Si bien que la carence de l'autorité de police est sanctionnée par l'engagement de la responsabilité pour faute simple ou

¹⁷³ Maurice Hauriou désignait l'ordre public par une formule : « *l'ordre public, au sens de police, est l'ordre public matérielle été extérieur* », cf M.Hauriou, Précis de droit administratif, 12^{ème} éd., p. 549.

¹⁷⁴ P.-L. Fier in P.-L. Fier et J. Petit, Droit administratif, 10^{ème} éd., LGDJ, 2015-2016 p.,297

¹⁷⁵ Conseil constitutionnel, 27 juillet 1982, Loi sur la communication audiovisuelle.

¹⁷⁶ G. Drago, Contentieux constitutionnel français, 2^{ème} éd., Thémis droit, p. 289.

¹⁷⁷ M.-A. Granger, Existe-t-il un droit fondamental à la sécurité ?, RSC 2009, p.273.

¹⁷⁸ Cf B. Mathieu et M. Verpeaux, Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, p.425.

lourde. À titre illustratif, concernant le service public pénitentiaire, la jurisprudence administrative a subordonné l'engagement de la responsabilité de l'État à une faute manifeste et d'une particulière gravité¹⁷⁹. Pour autant, en matière de suicide de détenus, la haute juridiction de l'ordre administratif a admis l'engagement de la responsabilité de l'État pour faute simple¹⁸⁰. Également, le Conseil d'État a reconnu l'« obligation de prendre des mesures de police administratives initiales »¹⁸¹. Cependant, cette obligation reste très encadrée par des conditions cumulatives¹⁸² : une situation particulièrement dangereuse pour l'ordre public, le péril grave et le caractère essentiel des mesures à prendre pour le faire cesser. En matière de terrorisme, la jurisprudence a évolué également vers une responsabilité accrue de l'État. Certes, le Conseil d'État¹⁸³ a affirmé que la responsabilité de l'État ne peut être engagée sur le fondement du risque du fait d'actes terroristes. Cependant, il est tout de même possible d'engager la responsabilité de l'État pour faute. En effet, sa responsabilité peut être engagée pour réparer les préjudices matériels causés par un attentat que la puissance publique n'a su éviter. Ainsi, un courant jurisprudentiel relatif aux attentats dans l'enceinte d'aéroports s'est développé. Comme le rappelle Michaël Revert¹⁸⁴, la haute cour¹⁸⁵ de l'ordre administratif a réaffirmé le principe de responsabilité de l'État du fait de l'insuffisance des mesures de polices des aéroports et des aéronefs. Toute idée de faute lourde a été écartée s'agissant d'un acte de terrorisme sur un aérodrome par explosion d'un avion¹⁸⁶ ou d'un hélicoptère¹⁸⁷, en l'absence de menace ayant précédé l'attentat. Le professeur Didier Truchet affirme ainsi qu'une *obligation générale*¹⁸⁸ pèse sur l'État. Malgré la bonne volonté du

¹⁷⁹ Cette exigence a été remplacée par une faute lourde : CE, Ass. 10 avr. 1992, R. 171, concl. Legal.

¹⁸⁰ Conseil d'État, 23 mai 2003, Mme Chabba, R.240, AJDA 2004.157, note Albert, DA 2003.44, note Lombard, JCA 2003 .1751, note Moreau.

¹⁸¹ Il s'agit d'une expression doctrinale utilisée par F. Melleray V. « *l'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales* », AJDA 2005, p. 71, expression reprise par la haute juridiction de l'ordre administratif en 1959 dans sa décision CE 23 oct. 1959, Doublet, RD publ. 1959, p. 1235.

¹⁸² Ces conditions sont énoncées dans l'arrêt du Conseil d'État CE 23 octobre 1959, Doublet, RD publ. 1959 : « *n'est entaché d'illégalité que dans le cas où à raison de la gravité du péril résultant d'une situation particulièrement dangereuse pour le bon ordre, la sécurité ou la salubrité publique, en n'ordonnant pas les mesures indispensables pour faire cesser le péril grave, méconnaît ses obligations légales* ».

¹⁸³ Conseil d'État, 3 mars 2003 – D. 2003. 1267.

¹⁸⁴ M. Revert, La responsabilité de l'Etat n'est pas engagée dans l'affaire Merah, AJDA 2017. 1239.

¹⁸⁵ Conseil d'État, 14 mars 1979, Ministre de l'intérieur c/ Compagnie Air-Inter, concl. M. Franc, Lebon 119.

¹⁸⁶ Conseil d'État, 10 février 1982, n° 16137, SA Compagnie Air-Inter, Lebon 743.

¹⁸⁷ Conseil d'État, 11 mai 1984, n° 37612, Société anonyme Alta et société anonyme Chemt Vincent, concl. B. Genevois.

¹⁸⁸ D. Truchet, Le droit public, 2003, PUF – Coll. Que sais-je ?, p. 63.

législateur qui a entendu affirmé la sécurité comme un *droit fondamental*¹⁸⁹, ce droit n'a toujours pas été hissé au rang de principe fondamental reconnu par les lois de la République par le Conseil constitutionnel. Pour autant, force est de constater que l'impératif sécuritaire trouve un socle jurisprudentiel important.

2§- L'introduction législative de la rétention de sûreté

a) La loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental

La loi du 25 février 2008 à l'aune de l'actualité juridico-politique. Incontestablement, la rétention de sûreté est la mesure phare du code pénal français. La promulgation de cette loi ne se comprend qu'à l'aune des débats juridico politiques qui se sont tenus à la suite d'une série de crimes plus épouvantables les uns que les autres. Ces crimes perpétrés notamment par des individus souffrant de troubles mentaux avaient lourdement secoué l'opinion publique. En 2004, une infirmière et une aide-soignante de l'hôpital psychiatrique de Pau ont été sauvagement tuées par un individu malade¹⁹⁰. En 2007, un enfant avait été enlevé, séquestré et violé par un pédophile récidiviste¹⁹¹ atteint de troubles mentaux qui venait tout juste de sortir de prison sans aucun suivi. Si bien que Jenny Herrmann¹⁹² affirme avec justesse que la rétention de sûreté représente une réponse politique directe cette affaire Evrard sur laquelle la Ministre de la Justice Rachida Dati s'est explicitement appuyée durant l'examen du projet de loi¹⁹³. Effectivement, la volonté contemporaine de lutter contre la récidive conjuguée à la médiatisation d'un certain nombre de faits divers ont conduit nos gouvernants à orienter la politique pénale au service d'une lutte exacerbée contre la récidive. Georges Vigarello¹⁹⁴ affirme que « *la vision nouvelle de l'insécurité [...] où l'acte criminel de sang avec son univers marginal et vaguement cernable fait place au criminel anonyme, l'homme « irréprochable »*,

¹⁸⁹ Cf Loi n°95-73 du 21 janv. 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité (JORF n°0020, 24 janv. 1995, p. 1249 s.).

¹⁹⁰ Il s'agit de l'affaire Romain Dupuy qui avait égorgé et décapité l'un des agents.

¹⁹¹ Il s'agit de l'affaire Francis Evrard.

¹⁹² J. Herrmann, Les mesures de sûreté – Etude comparative des droits pénaux français et allemand, Thèse Strasbourg, 2015, p. 136.

¹⁹³ Notamment lors de l'audition devant la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, 11 décembre 2007, Nouvelle observateur, 26 juin 2008.

¹⁹⁴ G. Vigarello, Histoire du viol : Vie – XXe siècle, Seuil, 2000, p.31.

d'autant plus dangereux qu'il n'est pas identifiable, celui que le criminel sexuel semble le plus tragiquement représenter aujourd'hui. La violence sexuelle est bien devenue la violence de notre temps »¹⁹⁵. La rétention de sûreté apparaît ainsi comme un nouvel exemple du développement du concept de mesure de sûreté¹⁹⁶.

L'insuffisance de la réponse pénale. À l'aune de l'actualité funeste, la question du contrôle des délinquants après leur peine carcérale s'est posée avec acuité. En effet, les instruments de droit pénal ont démontré leur faiblesse et ont été jugés insuffisants¹⁹⁷. Le suivi socio-judiciaire¹⁹⁸ est alors créé par une loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs. Ladite loi implique des mesures de surveillance et d'assistance, notamment l'obligation de soins depuis une réforme du 10 août 2007 qui a généralisé l'injonction de soins dans le cadre du suivi socio-judiciaire. La loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales a élargi le champ du suivi socio-judiciaire. Désormais, en plus des infractions sexuelles, tous les enlèvements, séquestrations¹⁹⁹, actes de torture et de barbarie²⁰⁰ ainsi que la destruction volontaire de biens par explosif ou incendie²⁰¹ entrent dans le champ du suivi socio-judiciaire. Ensuite, l'inscription au Fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (FIJAIS) a été institué par une loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Cet instrument vise à recenser les personnes faisant l'objet d'une mesure ou d'une décision judiciaire pour avoir commis une infraction sexuelle. Il permet notamment de localiser les personnes inscrites en les obligeant à justifier leur adresse une fois par an et à déclarer leur changement dans les quinze jours. Son champ d'application a été étendu par la loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales à

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ H. Matsopoulou, Le renouveau des mesures de sûreté, D. 2007. Chron. 1607

¹⁹⁷ J. Pradel, Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux, Dalloz, 2008., p.1000.

¹⁹⁸ L'alinéa 2 de l'article 131-36-1 du Code pénal dispose que « *le suivi socio-judiciaire emporte, pour le condamné, l'obligation de se soumettre, sous le contrôle du juge de l'application des peines et pendant une durée déterminée par la juridiction de jugement, à des mesures de surveillances et d'assistance destinées à prévenir la récidive* »

¹⁹⁹ Articles 224-1 à 225-2 à 225-2 du Code pénal.

²⁰⁰ Article 222-48-1 du Code pénal.

²⁰¹ Article 322-18 du Code pénal.

certaines crimes particulièrement graves²⁰². En somme, ce fichier a vocation à prévenir de la récidive des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes déjà condamnés et de faciliter ainsi l'identification des auteurs de ces infractions en les localisant plus aisément. Enfin, le placement sous surveillance judiciaire est une mesure de sûreté instituée par la loi du 12 décembre 2005²⁰³. Il permet au juge de l'application des peines d'imposer à des sortants de prison notamment une injonction de soins et un placement sous surveillance électronique mobile. Cependant, cet instrument se heurte à certaines limites. Le consentement de l'individu est nécessaire dans tous les cas. Le placement ne peut être ordonné que pour une durée limitée. De plus, la faisabilité technique de la surveillance par géolocalisation doit être contrôlée. Effectivement, avant le prononcé de cette mesure, une cartographie des zones autorisées et non autorisées doit être établie ce qui suppose un éloignement minimal entre le lieu de résidence et les zones interdites. En outre, la faiblesse de ces instruments se mesure au manque de moyens humains²⁰⁴ et au mauvais vouloir du condamné qui ne respecte pas ses obligations au titre du fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes ou qui refuse simplement de se faire soigner ou de porter un bracelet électronique. Ainsi, comme l'affirme Georges Fenech dans son rapport²⁰⁵, ces différentes mesures restent insuffisantes à l'égard des personnes « *particulièrement dangereuses, dont le risque de récidive est particulièrement élevé, qui ne relèvent pas d'une hospitalisation d'office car ne souffrent pas de troubles mentaux, et qui ont purgé la totalité de leur peine* »²⁰⁶.

Les conditions objectives de la rétention de sûreté. D'abord, la rétention de sûreté telle qu'elle existe aujourd'hui ne saurait être prononcée ante delictum, en l'absence de toute infraction. Celle-ci est liée à la prononciation d'une peine carcérale. L'alinéa premier de l'article 706-53-13 du code de procédure pénale dispose que la rétention de sûreté concerne les personnes qui ont été « *condamnées à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieur*

²⁰² Il s'agit des meurtres, assassinats avec torture, les actes de barbarie, les crimes commis en état de récidive.

²⁰³ Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales.

²⁰⁴ V. Rapport J.-R. Lecerf au nom de la commission sénatoriale des lois n° 174, 23 janv. 2008, p25. L'auteur note qu'il existe actuellement 150 médecins coordonnateurs pour assurer la mise en œuvre du suivi socio-judiciaire alors qu'il en faudrait 350.

²⁰⁵ Rapport G. Fenech, au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, n° 497, 12 déc. 2007, p. 23.

²⁰⁶ Ibid, p.23.

à quinze ans pour les crimes, commis sur une victime mineure, d'assassinat ou de meurtre, de tortures ou actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration ». L'alinéa 2 dudit article énonce qu' « il en est de même pour les crimes, commis sur une victime majeure, d'assassinat ou de meurtre aggravé, de torture ou actes de barbarie aggravés, de viol aggravé, d'enlèvement ou de séquestration aggravés, prévus par les articles 221-2 et suivants du Code pénal »²⁰⁷. Dès lors, le législateur prévoit que les faits aient donné lieu à une condamnation à la réclusion criminelle d'une durée de quinze ans au moins. Ce qui constitue une conditions objective d'application de la rétention de sûreté. De plus, le législateur entend circonscrire le champ de la rétention de sûreté à des crimes ciblés tels que le crime, l'assassinat ou encore les actes de barbarie et le viol. Ensuite, la rétention de sûreté connaît plusieurs conditions d'ordre procédural. D'une part, il faut que son principe ait été expressément prévu par la Cour d'assises lors du jugement de condamnation. L'article 706-53-13, alinéa 3, du Code de procédure pénale dispose que la rétention de sûreté ne peut être prononcée que si la Cour d'assises « 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 »²⁰⁸. Il en résulte que cette formalité, bien qu'elle ne soit une simple condition procédurale qui ne lie pas le juge quant au prononcé de la rétention de sûreté, conditionne son application. D'autre part, l'article 706-53-13 du code de procédure pénale énonce que la situation des personnes concernées par la rétention de sûreté « est examinée, au moins un an avant la date prévue pour leur libération, par la commission pluridisciplinaire²⁰⁹ des mesures de sûreté afin d'évaluer leur dangerosité ». La commission procède alors, en premier lieu, à une évaluation de la dangerosité du condamné. Pour permettre cette évaluation, l'article art. 706-53-14, al. 2 du même code énonce que la commission demande le placement de la personne, pendant au moins six semaines « dans un centre 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 ».

²⁰⁷ Article 706-53-13 du code de procédure pénale.

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ Commission créée par la loi du 12 décembre 2005 sur la récidive pour formuler un avis sur le placement sous surveillance électronique mobile.

Après avoir réuni l'ensemble des éléments permettant de déceler, ou non, la « particulière dangerosité »²¹⁰ de l'individu, deux options s'offrent à elle. Soit elle estime que les conditions de la rétention de sûreté sont remplies, que l'individu présente une particulière dangerosité et conclura, par conséquent, à un avis proposant la rétention de sûreté. Soit la commission estime que les conditions de la rétention de sûreté ne sont pas remplies mais que l'individu paraît tout de même dangereux et renvoie le dossier au juge d'application des peines qui pourra ordonner un placement sous surveillance judiciaire²¹¹. Enfin, bien que la décision finale soit tributaire de l'avis favorable de la commission, la décision effective de placement en rétention de sûreté est prise par la juridiction régionale de la rétention de sûreté. Ladite juridiction est saisie par le procureur général, sur proposition de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, au moins trois mois avant la libération du condamné²¹². Par ailleurs, les juges de la haute cour de l'ordre judiciaire n'ont pas hésité à appliquer les conditions procédurales de recevabilité relatives à la déclaration de pourvoi en cassation. En effet, la Cour de cassation a affirmé à l'occasion d'un arrêt de la chambre criminelle en date du 12 décembre 2012²¹³ que « *la déclaration de pourvoi, faite par lettre, ne répond pas aux conditions exigées par les articles 576 et 577 du code de procédure pénale auxquels ne dérogent pas les articles 706-53-15 et R. 53-8-43 dudit code, applicables au pourvoi formé contre une décision de la juridiction nationale de la rétention de sûreté, que, dès lors, le pourvoi n'est pas recevable* ». Également, la haute juridiction de l'ordre judiciaire a affirmé dans un arrêt rendu le 28 mars²¹⁴ que la juridiction régionale de la rétention de sûreté ne peut prononcer une mesure de rétention de sûreté qu'après avoir vérifié que la personne condamnée a été mise en mesure de bénéficier, durant l'exécution de sa peine, d'une prise en charge médicale, sociale et psychologique adaptée au trouble de la personnalité dont elle souffre conformément aux dispositions de l'alinéa 3 de l'article 706-53-

²¹⁰ Tel qu'énoncé à l'article 706-51-13 du Code de procédure pénale : « caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'il souffre d'un trouble grave de la personnalité ».

²¹¹ L'article 706-53-14 énonce que « *si la commission estime que les conditions de la rétention de sûreté ne sont pas remplies mais que le condamné paraît néanmoins dangereux, elle renvoie le dossier au juge de l'application des peines pour qu'il apprécie l'éventualité d'un placement sous surveillance judiciaire* »

²¹² Alinéa 1 de l'article 706-53-15.

²¹³ Cass. crim., 12-12-2012, n° 12-83.240.

²¹⁴ Cass. crim., 28-03-2018, n° 17-86.938.

15²¹⁵ du Code de procédure pénale. Cela dans un considérant de principe à l'occasion duquel la Cour de cassation affirme que « *la décision de la juridiction régionale de la rétention de sûreté ne comprend aucun motif sur la nature de la prise en charge, médicale, sociale et psychologique dont a pu bénéficier M. Z au cours de l'exécution de sa peine ; que, devant la juridiction nationale de la rétention de sûreté, il a conclu à l'insuffisance de la motivation de la juridiction régionale sur ce point ; que, pour écarter son argumentation et confirmer la décision contestée, la juridiction nationale de la rétention de sûreté énonce que : "la question de la réalité de la prise en charge et des soins adaptés au trouble de la personnalité de M. Z durant le temps de sa réclusion criminelle n'ayant pas été soulevée en première instance ni lors du placement sous surveillance judiciaire ou sous surveillance de sûreté, la juridiction régionale n'avait pas à procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée et qui serait revenue à remettre en question les décisions précédentes de placement en milieu libre prises au terme de débats contradictoires* »²¹⁶.

b) La constitutionnalité de la rétention de sûreté

1° La rétention n'est pas une peine se soumettant au régime de l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

À l'occasion de sa décision du 21 février 2008 relative à la rétention de sûreté²¹⁷, le Conseil constitutionnel tente de qualifier la rétention de sûreté pour la soumettre, ou non, au régime de légalité des délits et des peines tel qu'issus de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Le Conseil constitutionnel a fait le choix, bien difficilement²¹⁸, de ne pas qualifier la rétention de sûreté de « peine ». Une telle qualification aurait, sans doute, conduit à la

²¹⁵ L'alinéa 3 de l'article 706-53-15 énonce que « *la juridiction régionale de la rétention de sûreté ne peut prononcer une rétention de sûreté qu'après avoir vérifié que la personne condamnée a effectivement été mise en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine, d'une prise en charge médicale, sociale et psychologique adaptée au trouble de la personnalité dont elle souffre* ».

²¹⁶ Cass. crim., 28-03-2018, n° 17-86.938.

²¹⁷ Décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

²¹⁸ J. Pradel, Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux, Dalloz, 2008., p.1000 : « *Cette décision fortement motivée est un chef-d'œuvre de subtilité et d'équilibrisme* » ; Gabriel Odier dénonce une « *acrobatie juridique du Conseil constitutionnel* » in G. Odier, « *rétention de sûreté : quelles mesures pour quelle politique criminelle ?* », *l'information psychiatrique* 2008/8 (Volume 84), p. 721-723.

censure de l'ensemble du dispositif de la rétention de sûreté. Dès lors, le Conseil constitutionnel affirme en son 9^{ème} considérant que la rétention de sûreté « *n'est ni une peine ni une sanction ayant le caractère de punition* »²¹⁹ et par conséquent rend la lettre de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen inopérante. Pour autant, le Conseil constitutionnel a entendu appliquer à la rétention de sûreté, une partie du régime relevant du principe de légalité des délits et des peines tels que le principe de non rétroactivité et le principe de proportionnalité du dispositif.

2° La rétention est conforme au principe de légalité des délits et des peines

La non rétroactivité de la rétention de sûreté. Certes, le Conseil constitutionnel n'a pas qualifié la rétention de sûreté de « peine » mais entend, tout de même, lui appliquer le principe de non rétroactivité. En effet, il affirme à son 10^{ème} considérant que « *toutefois, la rétention de sûreté, eu égard à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limite 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 la date pour des faits commis antérieurement* »²²⁰. Ainsi ce raisonnement jugé par certains auteurs comme « saugrenu »²²¹, a permis la censure de l'article 13 relative à la rétroactivité de la rétention de sûreté. Aussi, en rejetant la rétroactivité de ladite mesure, le Conseil constitutionnel reprend un raisonnement que Gabriel Roujon De Boubée²²² avait esquissé en affirmant que l'originalité du contenu de la rétention de sûreté commande de la soumettre au régime des peines. C'est effectivement la nature privative de la rétention de sûreté qui a guidé le raisonnement des neuf sages et ce malgré l'aspect critiquable²²³ d'un tel

²¹⁹ Décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

²²⁰ Ibid.

²²¹ P. Cassia, La Constitution malmenée, Esprit, n°5, 2008, p. 188.

²²² G. Roujou de Boubée, Les rétentions de sûreté, p464.

²²³ B. Mathieu, la non rétroactivité en matière de rétention de sûreté : exigence constitutionnelle ou conventionnelle ? À propos de la décision n° 2008-562 DC du Conseil constitutionnel, note sous Cons. Constit., décision n°2008-.562 DC du 21 février 2008, JCP G. 2008, act. 166.

sylogisme juridique, notamment en ce qu'il ne se fonde sur aucune norme de référence.

Le contrôle de proportionnalité de la rétention de sûreté. Le Conseil constitutionnel a mis en œuvre un contrôle de proportionnalité à l'égard de la rétention de sûreté. En son 13^{ème} considérant, le haut conseil affirme que « *les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi* »²²⁴. Bien que ce contrôle de proportionnalité de l'atteinte aux libertés ne soit pas original dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la singularité de celui-ci réside dans la précision du « triple test » de proportionnalité contenant l'adaptation, la nécessité et la proportionnalité du dispositif. Ce contrôle est directement inspiré de celui effectué depuis un demi-siècle par la cour constitutionnelle fédérale allemande dès lors qu'une liberté constitutionnelle est restreinte par une mesure. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a d'abord effectué un contrôle de l'adaptation en vérifiant le champ d'application de la rétention de sûreté au regard de sa finalité. En l'espèce, le champ d'application étant restreint à la commission de certains crimes - crimes donnant lieu à une condamnation d'au moins quinze ans de réclusion criminelle correspondant à des faits d'homicide volontaire, de viol, de torture et actes de barbarie et d'enlèvement et séquestration, soit commis sur des mineurs, soit commis sur des majeurs mais dans l'hypothèse où certaines circonstances aggravantes sont réunies - la mesure a été jugée par les sages adéquate compte tenu de la nature des crimes visés. De plus, l'avis préalable de la commission pluridisciplinaire qui examine, un an avant, la dangerosité de l'individu constitue « *une garantie adaptée pour réserver la rétention de sûreté aux seules personnes particulièrement dangereuses car souffrant d'un trouble grave de la personnalité* »²²⁵. Il en résulte que la rétention de sûreté remplit le critère de l'adaptation au regard de la finalité poursuivie. Ensuite, le Conseil constitutionnel opère un contrôle de nécessité de ladite mesure. D'une part, le Conseil constitutionnel affirme que la rétention de sûreté constitue une mesure nécessaire seulement « *si aucune autre mesure moins attentatoire à la liberté ne peut*

²²⁴ Conseil constitutionnel, décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, considérant n°13.

²²⁵ Conseil constitutionnel, décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, considérant n°16.

suffisamment prévenir la commission d'actes portant atteinte à l'intégrité des personnes »²²⁶. Or, étant donné que la rétention de sûreté ne peut être prononcée qu'à titre exceptionnel et qu'à la condition que la juridiction régionale de la rétention de sûreté estime que l'ensemble des autres mesures n'apparaissent pas suffisantes pour prévenir la commission des crimes énoncés à l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale. Il en résulte que ces conditions assurent que la rétention de sûreté ne sera prononcée qu'en cas de stricte nécessité. D'autre part, le haut conseil affirme que la réelle prise en charge adaptée des troubles de la personnalité de l'individu, durant sa peine, à travers des soins mais que la mise à disposition de ces soins n'a pas permis à l'individu de diminuer l'intensité de sa dangerosité. Or, étant donné qu'il appartient à la juridiction régionale de la rétention de sûreté de vérifier cette condition, la rétention de sûreté est nécessaire au but poursuivi. Enfin, le Conseil constitutionnel effectue un contrôle de proportionnalité du dispositif en vérifiant que les garanties procédurales sont proportionnées à l'atteinte à la liberté individuelle. Condition d'autant plus importante que les auteurs de la saisine ont entendu fonder leur raisonnement sur l'article 66 de la Constitution selon lequel « *Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* »²²⁷. Or, les sages ont rappelé dans un premier temps que l'ensemble du cadre procédural de la rétention de sûreté constitue des garanties propres à assurer la conciliation entre la liberté individuelle que l'article 66 de la Constitution confie à l'autorité judiciaire et l'objectif de prévention de la récidive. Garanties procédurales parmi lesquelles figurent l'avis favorable de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté après un débat contradictoire dans lequel le condamné est accompagné d'un avocat, la possibilité pour le condamné placé en rétention de sûreté puisse demander qu'il soit mis fin à cette mesure, qu'il est mis fin à la rétention de sûreté si la juridiction régionale de la rétention de sûreté n'a pas statué sur la demande dans un délai de trois mois etc²²⁸. Dans un second temps, les juges de la rue de

²²⁶ Conseil constitutionnel, décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, considérant n°17.

²²⁷ Article 66 de la Constitution de 1958.

²²⁸ Cf Conseil constitutionnel, décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, considérants. n°22 et n°23 qui évoquent également les conditions suivantes : les décisions de la juridiction régionale de la rétention de sûreté peuvent être contestées devant la Juridiction nationale de la rétention de sûreté dont les décisions peuvent elle-même faire l'objet d'un pourvoi en cassation etc.

Montpensier affirment que le juge judiciaire peut mettre un terme à la prolongation ou au maintien de la rétention de sûreté lorsque les circonstances de droits ou de faits le justifient. Il en résulte que les sages ont considéré que les garanties procédurales prévues par le législateur étaient proportionnées à l'atteinte à la liberté individuelle réalisée par le prononcé d'une rétention de sûreté.

c) La conformité à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

Sur le principe même de la mesure de détention. L'article 5§1 alinéa a de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que « *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 : s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent* »²²⁹. Or, d'une part, la Cour européenne des droits de l'homme affirme que la qualification de « condamnation » au sens de ledit article doit s'entendre comme une « déclaration de culpabilité » consécutive à « *l'établissement d'une infraction, et l'infliction d'une peine ou autre mesure privative de liberté* »²³⁰. En l'espèce, la rétention de sûreté intervient bien après une condamnation carcérale reposant sur une déclaration de culpabilité suite à la commission d'une infraction. D'autre part, quant au mot « après », il implique simplement que la condamnation doit précéder la détention. Autrement dit, la détention doit résulter de la condamnation²³¹. Plus généralement, il doit exister un « *lien suffisant entre la décision de condamnation et la privation de liberté en cause* »²³². En ce qui concerne ce « lien suffisant », la rétention de sûreté est imposée en vertu d'une condamnation. En effet, la rétention de sûreté n'est possible que si la Cour d'assises l'a expressément prévu dans la condamnation de l'individu concerné. Or, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme²³³ a admis que la mesure belge donnant la possibilité au gouvernement de prononcer une peine complémentaire est conforme aux dispositions conventionnelles de l'article 5§. Par conséquent, il ne fait pas de doute que

²²⁹ Alinéa a) de l'article 5§1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

²³⁰ CEDH, Van Droogenbroeck c/ Belgique, 24 juin 1982, § 35 ; dans le même sens V. B. c/ Autriche, 28 mars 1990, § 38, RSC 1990. 829, obs. L.-E. Pettiti.

²³¹ CEDH, B. c/Autriche, 28 mars 1990, §38 ; dans le même sens V. CEDH, Kafkaris c/ Chypre, 12 février 2018.

²³² CEDH, B. c/Autriche, 28 mars 1990, §39 ; dans le même sens V. CEDH, Kafkaris c/ Chypre, 12 février 2018.

²³³ Op cit : CEDH, Van Droogenbroeck c/ Belgique, 24 juin 1982.

l'intervention du juge judiciaire dans le prononcé de la rétention de sûreté ainsi que ses diverses garanties procédurales assoient la conventionalité de ladite mesure aux dispositions de l'article 5§1-a) de la Convention européenne des droits de l'homme. Enfin, l'alinéa 4 de l'article 5 de ladite Convention dispose 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* »²³⁴. Le contrôle sur la légalité de la détention doit relever d'un organe qui remplit les conditions d'indépendance et d'impartialité qui est doté d'un pouvoir effectif d'ordonner la libération de l'individu privé de liberté. La procédure relative au recours doit présenter les mêmes garanties que celles offertes par les tribunaux des États membres du Conseil de l'Europe au sens de l'article 6§1²³⁵. En l'espèce, un recours est bien possible devant la juridiction nationale de la rétention de sûreté composée de trois conseillers à la Cour de cassation. Cette juridiction statue par décision motivée qui peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation²³⁶. Dans un délai de trois mois à compter de la décision définitive de rétention de sûreté, l'individu concerné peut saisir la juridiction régionale de la rétention de sûreté pour mettre fin à cette mesure. Ce recours peut être renouvelé tous les trois mois et la décision de la juridiction régionale de la rétention de sûreté peut toujours faire l'objet d'un recours et d'un pourvoi en cassation²³⁷.

Sur la durée de la mesure de détention. L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme énonce que « *nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* »²³⁸. Sur le fondement de ledit article, la Convention européenne des droits de l'homme prohibe les peines indéterminées. Or, cette exigence se distingue de la possibilité de prolonger une détention aussi longtemps que la personne concernée présente une particulière dangerosité. En effet, la Cour, dans l'affaire Hussain c. Royaume Uni a reconnu que « *le motif décisif pour maintenir le requérant en détention est sa dangerosité pour la société, élément susceptible d'évoluer avec le temps. En*

²³⁴ Alinéa 4 de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme.

²³⁵ Notamment le droit à l'égalité des armes : V. CEDH, 18 Juin 1971, De Wilde, Ooms et Versyp c/ Belgique.

²³⁶ Article 706-53-16 du code de procédure pénale.

²³⁷ Article 706-53-17 du code de procédure pénale.

²³⁸ Article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

conséquence, des questions nouvelles de légalité peuvent surgir en cour d'emprisonnement et le requérant est en droit de saisir un tribunal compétent pour statuer, à intervalles raisonnables, sur la légalité de la détention »²³⁹. En l'espèce, la situation des personnes concernées par la rétention de sûreté et le réexamen annuel de la situation des personnes placées en rétention de sûreté doit être considérés comme conforme à cette jurisprudence. Damien Roets affirme qu'un « constat de violation de l'article 3 de la Convention paraît, en l'état de la jurisprudence, difficilement envisageable ».²⁴⁰

Le respect de la non rétroactivité et de la légalité des délits et des peines. L'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme énonce d'une part que « *Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise* ». La saisine du Conseil constitutionnel a abouti à invalider les dispositions de cette loi qui auraient permis de l'appliquer à des personnes condamnées pour des faits commis antérieurement. En ce qui concerne la non rétroactivité de la rétention de sûreté, le Conseil constitutionnel a indiqué que « *eu égard, à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limite et au fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction, la rétention de sûreté ne saurait s'appliquer 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* »²⁴¹. Cette censure a donc enlevé le venin de la rétroactivité de la rétention de sûreté et, par conséquent, l'a rendu conforme à l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme. En ce qui concerne la légalité des délits et des peines, la Cour considère que ce principe repose sur l'obligation pour le législateur de « *définir clairement les infractions et les sanctions qu'ils répriment* »²⁴². En effet, la légalité criminelle signifie qu' « *il ne saurait exister en guise de sanctions pénales que celles qui ont été prévues et déterminées par*

²³⁹ CEDH, 21 février 1996, Hussain c. Royaume Uni.

²⁴⁰ D. Roets, La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme, Dalloz, 2008., p. 1840.

²⁴¹ Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, Considérant 6.

²⁴² V. CEDH, Baskaya et Okçuoglu c/ Turquie, 8 juillet 1999, § 36.

la loi dans leur nature et dans leur durée »²⁴³. En l'espèce, la nature de la rétention de sûreté est déterminée par la loi à travers le concept de privation de liberté. En revanche, la question de la détermination de la durée de la rétention de sûreté peut se poser car celle-ci peut être renouvelé chaque année. Or, la Cour par un arrêt *Van Droogenbrpeck c/ Belgique* du 24 juin 1982 a affirmé qu'une indétermination relative de la sentence était conforme à la Convention²⁴⁴. Il en résulte que la rétention de sûreté est conforme aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme.

²⁴³ P. Conte et P. Maistre du Chabon, *Droit pénal général*, 7^e éd., A. Colin, 2004, n°100.

Titre 2 :

Vers une autonomie de la rétention de sûreté

La singularité juridique de la rétention de sûreté en tant que sanction pénale ne peut que nous amener à étudier son cadre juridique propice à une autonomie juridique de la rétention de sûreté (Chapitre I), cela pour mieux s'interroger sur le caractère opportun d'une telle autonomie de la rétention de sûreté (Chapitre II).

Chapitre 1- Un cadre juridique propice à l'autonomie de la rétention de sûreté

La rétention de sûreté remet en cause la notion même de la peine jusqu'à participer à la construction d'un système dualiste de la sanction pénale (Section I) se manifestant principalement par la singularité de son régime juridique sui generis propice à l'autonomie de la rétention de sûreté (Section II).

Section 1- La construction d'un système dualiste de la sanction pénale

1§- L'évolution de la peine comme socle de la sanction pénale

a) Les buts et caractéristiques intrinsèques de la peine

En l'absence de définition précise apportée par le législateur, la peine peut être déterminée par ses caractéristiques et ses buts. L'ensemble des lexiques de vocabulaires juridiques²⁴⁵ s'accordent à la définir comme un *châtiment*²⁴⁶ édicté par la loi qui à l'effet de prévenir, et s'il y a lieu, de réprimer l'atteinte à l'ordre social qualifiée d'infraction. En effet, les peines sont souvent définies par leur « *aspect matériels et moraux*²⁴⁷ », c'est-à-dire leur caractère afflictif et infamant. D'abord, la peine est intrinsèquement afflictive. Elle a vocation à être douloureuse, désagréable et pénible²⁴⁸. C'est un véritable châtement infligé au délinquant. Elle atteint la liberté, l'honneur et les droits de l'individu dans la lignée de la philosophie Kantienne selon laquelle la punition est une souffrance qui rachète un péché. Historiquement, on retrouve ce caractère afflictif dès les sociétés primitives. Dès l'antiquité, Platon²⁴⁹ affirmait que la peine devrait s'ordonner autour de la souffrance de la victime. Celle-ci ne pourrait se réparer qu'à l'aune de la souffrance

²⁴⁵ V. G. Cornu, Vocabulaire juridique, Puf, 2018, 12ème éd ; Lexique des termes juridiques, Dalloz, S. Guinchard, T. Debard, 2017-2018 qui définit la peine telle « *une sanction punitive, qualifiée comme telle par le législateur, infligée par une juridiction répressive au nom de la société, à l'auteur d'une infraction en rétribution de la faute commise, l'intimidation et la réadaptation du délinquant étant les autres objectifs* ».

²⁴⁶ Le mot « peine » vient du grec *πρόταση* qui signifie « poids ». On distingue la peine publique, qui est la sanction de caractère pénal infligée par l'Etat au délinquant, et la peine privée, qui est la sanction de caractère pénal infligée par l'Etat au délinquant, et la peine privée, qui est une sanction purement civile permettant l'attribution à la victime d'un avantage supérieur au montant de son préjudice.

²⁴⁷ R. Merle et A. Vitu, Traité de droit criminel- problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, n°655, p. 826.

²⁴⁸ B. Bouloc, *Droit pénal général*, n°506, p. 420.

²⁴⁹ V. Platon, *La République*, PEF Université, Philosophie, 2013.

infligée à son bourreau. Ce désir de souffrance et de vengeance s'est accru considérablement sous l'ancien régime avec les châtiments corporels infligés aux déviants. En 1819, le Code pénal a repris au sein de l'article 6 de son livre I les dénominations « afflictives » et « infamantes » pour désigner les peines criminelles les plus importantes. Le Code pénal de 1994 ne distingue même plus entre les peines afflictives et les peines infamantes tant les peines le sont par nature. Ensuite, la peine est intrinsèquement infamante. Ce trait de caractère inhérent à la peine traduit la volonté populaire de réprobation du condamné. C'est pourquoi, son intensité varie au gré de l'évolution des consciences publiques²⁵⁰. Ce caractère infamant manifeste également que la conduite du délinquant a été pénalisable d'un point de vu de la société et que son acte relève de l'infamie. Saleilles évoque ainsi cette volonté sociétale de déshonorer le criminel. Ce caractère infamant doit être proportionnel au caractère afflictif : plus l'infraction est grave, plus le déshonneur sera important. Dès lors, la peine repose sur un fondement moral important. Enfin, les buts poursuivis par la peine sont le reflet de ses caractères. D'une part, le but rétributif de la peine est historique. Effectivement, la peine intervient après la commission d'une infraction pénale. L'infraction pénale constituant une faute, le délinquant doit être puni pour la commission de celle-ci. La peine est alors fonction de la gravité de l'infraction. C'est la raison pour laquelle la peine est dite « tournée vers le passé ». D'autre part, la peine a aussi pour objectif d'intimider pour prévenir la commission de nouvelles infractions. Cette intimidation devient de plus en plus tangible à mesure que la menace d'un châtiment concret s'abat avec certitude sur le délinquant déterminé. L'institution de la condamnation avec sursis et ses réussites en constitue une illustration²⁵¹.

²⁵⁰ G. Levasseur, *un aspect de la loi française sécurité et liberté ; le remaniement du droit pénal spécial*, RSC 1981.

²⁵¹ Cf R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, 7ème éd, Cujas.

b) L'effritement des fonctions traditionnelles de la peine.

La citation de Rudolf Von Jhering selon laquelle « *l'histoire de la peine est celle d'une constante abolition* »²⁵² est sans doute vérifiée par les faits. Son visage s'est transformé au profit d'un adoucissement progressif de sa force punitive. Déjà, la doctrine canonique de l'emprisonnement affirmait que l'infraction est une violation du contrat social et défendait l'idée de renouer le pacte en donnant au condamné le moyen de retrouver sa place dans la société. Ce nouveau parti pris érigé au nom d'une certaine « *projet pénal républicain* »²⁵³ selon lequel la prison serait par nature criminogène et que chaque délinquant aurait vocation à sortir un jour de prison, a rendu inapplicable un certain nombre de peines carcérales. En effet, le jeu de la grâce, des réductions de peines et libérations conditionnelles, ont rendu quasi sans effet l'enfermement définitif. La fonction neutralisatrice de la peine a été, de facto, amoindrie. De plus, le caractère de châtiment et d'intimidation de la peine est vivement combattu sur le terrain scientifique, sociologique et psychologique. Certains auteurs²⁵⁴ affirment que le caractère intimidant de la peine n'est pas absolu pour la simple et bonne raison que des délinquants osent l'affronter. Ainsi, on pouvait en trouver les symptômes à travers l'intitulé des peines correctionnelles moyennes du Code pénal puis, à travers la dépénalisation et l'allègement de la répression jusqu'au nouveau Code pénal de 1994. Le caractère afflictif de la peine cède alors le champ à une fonction resocialisatrice. La peine devient aussi un vecteur de réinsertion fondée sur le principe d'individualisation de la peine. Cette idée, systématisée, jadis, par Raymond Saleilles²⁵⁵ affirme que la peine doit épouser le caractère et la psychologie du délinquant. Ce principe est fondé sur l'introduction du mécanisme des circonstances atténuantes qui permet de déroger, eu égard à la personnalité de l'accusé ou aux circonstances de l'infraction, aux peines prévues par le Code pénal. Au cours de la seconde partie du XX^{ème} siècle, une nouvelle ampleur est donnée l'individualisation des peines en introduisant dans notre arsenal législatif,

²⁵² R. Von Jhering cité par J-M Carbasse, in dictionnaire des droits de l'homme (dir.) F. Sudre, Puf, 2008, p. 755.

²⁵³ P. Lacsoumes, et P. Noel., *Au nom de l'ordre, Une histoire politique du Code pénal*, Paris, Hachette 1989 ; voir aussi : R. Badinter, *Présence de Beccaria in Beccaria, Des délits et des peines*, Flammarion, 1991, 1ère éd, 1765.

²⁵⁴ T. Sellin, *étude sociologique de la criminalité*, in « *actes du congrès international de criminologie* » de 1950, p. 109 ; *culture conflict and crime, new york, 1948, Les problèmes fondamentaux de la criminologie*, p. 51.

²⁵⁵ R. Saleilles, *L'individualisation de la peine*, Paris, Alcan, 1898.

des peines alternatives aux peines carcérales. Les peines minimales en matière correctionnelles sont alors supprimées et le principe d'individualisation des peines est explicitement consacré au sein de la section II du chapitre II du Titre III du Code pénal²⁵⁶. La consécration du principe d'individualisation de la peine s'est aussi traduite par la volonté du législateur de diversifier les réponses pénales face au phénomène criminel à travers des peines alternatives à l'emprisonnement.

2§- La consécration inévitable d'un dualisme de la sanction pénale

a) La thèse du dualisme de la sanction pénale privilégiée

1. La théorie du dualisme de la sanction pénale. Le dualisme de la sanction pénale est un système qui fait appel à la fois à des peines et des mesures de sûreté. A l'aune du développement et du renouveau des mesure de sûreté, celui-ci semble être le plus adapté. Pour reprendre les mots du Professeur Céré, « bien que controversée, la distinction entre les peines et les mesures de sûreté est alimentée par la réalité du droit positif »²⁵⁷ En effet, il est vrai qu'un état dangereux mérite d'être traité avant tout passage à l'acte et par conséquent avant toute reconnaissance d'une responsabilité mais il faut, dans le même temps, que notre arsenal permette de sanctionner ledit passage à l'acte. Une large partie de la doctrine contemporaine affirme que ce système²⁵⁸ est en réalité un système à « double voie »²⁵⁹ au sein duquel les peines et les mesures de sûreté coexistent. Celui-ci postule de facto à l'irréductibilité logique des peines aux mesures de sûreté en reposant sur l'opposition entre punition et prévention, responsabilité et dangerosité ou encore sur « une logique de gravité et une logique de risque »²⁶⁰. La question de la cohabitation entre la peine et la mesure de sûreté est ainsi posée. Deux possibilités semblent se dégager. D'une part, l'application cumulative

²⁵⁶ L'article 132-24 du code pénal dispose 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* ».

²⁵⁷ J.-P. Céré, Peine : Nature et prononcé, Dalloz, n°41.

²⁵⁸ L. Jimenez de Asua, Les mesures de sûreté. Sa nature et ses rapports avec la peine, p. 22 ; R. Merle et A. Vitu, Traité de droit criminel- Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, n° 652, p.822 s. ; B. Bouloc, Droit pénal général, n°493, p.409 ; J. Pradel, Droit pénal général, n°617 s., p. 517 s ; M.-L. Rassat, Droit pénal général, n° 482s., p. 511 s.

²⁵⁹ V. R. merle, A. Vitu, Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la Science Criminelle – Droit pénal général, tome I, n°657, p. 828 ; X. Pin « Quelques réflexions sur l'hybridation des peines », in La cohérence des châtiments, p.84 ; J. Pradel, Droit pénal comparé P. 612 ; du même auteur, Introduction général – Droit pénal général, Tome I, 1^{ère} éd., Cujas, 4^{ème} trimestre, 1977, p. 503.

²⁶⁰ J. Danet, La justice pénale entre rituel et management, PUR – coll. L'univers des normes, 2010, p. 102 s.

de la peine et de la rétention de sûreté selon deux agencements possibles. Premièrement, un agencement avec deux domaines distincts réservé à la peine et à la rétention de sûreté. Deuxièmement, un agencement selon lequel la peine pourrait se substituer à la rétention de sûreté et inversement. D'autre part, l'application alternative de la peine et de la rétention de sûreté. Dès lors, voilà qui ouvrirait la voie à de multiples agencements entre la peine et la rétention de sûreté. Premièrement, un agencement fondé sur l'application successif des deux sanctions. Deuxièmement, un agencement par lequel une sanction pourrait se substituer à l'autre. Dès lors, ce système dit « à double voie » semble se ventiler entre un dualisme de répartition, un dualisme de cumul par succession, un dualisme de cumul par adjonction ou encore un dualisme de substitution.

2. L'hétérogénéité fonctionnelle entre la peine et la rétention de sûreté.

L'hétérogénéité des fondements. L'hétérogénéité des fondements entre la peine et les mesures de sûreté rallie la majeure partie de la doctrine y compris les opposants à la thèse dualiste de la sanction pénale. Cette distinction de fondements entre la peine et les mesures de sûreté et a fortiori plus marquée entre la peine et la rétention de sûreté. Effectivement, alors que la peine repose sur la culpabilité du criminel, la rétention de sûreté repose sur sa dangerosité. La peine repose sur une faute préalable alors que la rétention de sûreté repose sur un état dangereux. La peine est, plus précisément, fondée sur la gravité de l'infraction commise : « en général, plus l'infraction est grave, plus la peine est sévère et longue » alors que « la mesure de sûreté est indifférente à la gravité de l'infraction » et « s'en tient uniquement à la personnalité du délinquant »²⁶¹. Ensuite, la peine ne peut frapper que post delictum car elle implique la conscience morale et la volonté de l'acte. Le Professeur Thomas Givanovitch évoque la « mise en garde morale »²⁶² de la peine. Au contraire, la rétention de sûreté pourra être envisagée ante delictum car elle repose sur un fondement utilitaire et est dépourvue de tout caractère moral²⁶³. De plus, la rétention de sûreté n'est pas

²⁶¹ R. Schmelck, la distinction entre la peine et la mesure de sûreté, p. 183. Rappelons toutefois que les mesures de sûreté s'opposent, elles aussi, le plus souvent une infraction préalable : la rétention de sûreté en est une parfaite illustration.

²⁶² T. Givanovitch, Les problèmes fondamentaux de droit criminel, p. 176.

²⁶³ R. Schmelck, *ibid*, p. 189.

ournée vers le passé mais vers l'avenir. La peine est tournée vers le passé car elle est intimement liée à la commission d'une infraction imputable à l'auteur contrairement à la rétention de sûreté qui est tournée vers l'avenir car elle neutralise un état de particulière dangerosité qui en est le principal fondement.

L'hétérogénéité matérielle. Selon le Professeur Givanovitch, les deux sanctions pénales se différencient principalement par leurs buts propres et impropres. Selon l'auteur, les buts propres de la peine sont la rétribution, la mise en garde morale et l'intimidation alors que les buts propres de la mesure de sûreté – et a fortiori de la rétention de sûreté – sont l'amendement et le traitement. Certes, ces deux dernières fonctions peuvent également être attribuées à la peine mais elles demeureront seulement des fonctions secondaires²⁶⁴. Le professeur Jimenez De Asua, lui, distingue la peine et la mesure de sûreté à l'aune de leur finalité de prévention générale assurée par la peine et de prévention spéciale assurée par la mesure de sûreté. Il considère ainsi que les mesures de sûreté, contrairement aux peines, ne possèdent aucun caractère dissuasif sur la société. En revanche, c'est parce qu'elles sont liées à l'état dangereux du délinquant qu'elle permet d'amoindrir le risque de récidive²⁶⁵. Autrement dit, la mesure de sûreté aurait une fonction de prévention individuelle alors que la peine aurait une fonction de prévention collective²⁶⁶.

L'hétérogénéité conceptuelle confortée par le droit européen. La différence conceptuelle entre les deux sanctions pénales renforce la nécessité de renforcer la distinction entre la peine et la rétention de sûreté. D'abord, le droit de l'Union européenne prend fréquemment en considération la notion de mesure de sûreté en tant que concept autonome et non assimilable à la peine. Effectivement, dans le cadre de sa lutte contre certaines formes de criminalité, l'Union européenne adopte des définitions communes dans ces domaines sensibles.

²⁶⁴ Thomas Givanovitch donne une définition matérielle et formelle des deux sanctions. Les peines sont « *la rétribution-mise en garde morale-intimidation, prévue dans une loi pénale, qui sont prononcées par le pouvoir public compétent à cause de l'infraction et du délinquant contre le délinquant et que celui-ci doit subir dans l'intérêt général* ». Les mesures de sûreté sont « *l'amendement, la guérison, prévus dans une loi pénale, qui sont prononcés contre l'auteur d'une infraction à cause de son état dangereux manifesté par cette infraction, et qu'il doit subir tant dans l'intérêt général que dans le sien propre* », *ibid.* p.201

²⁶⁵ L. Jimenez De Asua, la mesure de sûreté. Sa nature et ses rapports avec la peine, p. 34.

²⁶⁶ P. Chambon, *Les mesures de sûreté*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Sagot, 1925, pp. 90-109.

D'une part, le concept d' « organisation criminelle » est définie par référence aux infractions projetées et condamnables d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins quatre ans ou d'une peine plus grave²⁶⁷. D'autre part, le concept d' « activité criminelle » est définie comme tout type de participation à une « infraction grave » comprenant toutes les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an ou les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée minimale supérieure à six mois dans un État dont le système juridique prévoit un seuil minimal. Ensuite, le Conseil de l'Europe et la Cour européenne des droits de l'homme font une place considérable aux mesures de sûreté. D'une part, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a élaboré une recommandation relative aux délinquants dangereux²⁶⁸ dans laquelle il reconnaît l'existence des mesures de sûreté intitulées « mesures de sécurité ». Ladite recommandation évoque notamment la « détention préventive de sûreté » qui correspond, en droit interne, à la rétention de sûreté. Elle précise que la détention préventive de sûreté est « imposée par l'autorité judiciaire à une personne, elle doit être exécutée pendant ou après la peine carcérale conformément au droit interne ». Cette détention préventive de sûreté est assimilée à une mesure de protection publique et peut être d'une durée déterminée ou indéterminée²⁶⁹. Ladite recommandation précise également que cette mesure peut reposer aussi sur une évaluation mettant en lumière la dangerosité du délinquant et non plus seulement à partir d'une infraction commise dans le passé. Enfin, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît l'existence des mesures de sûreté qu'elle oppose aux peines. D'une part, la Cour²⁷⁰ a estimé que l'inscription au Fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes constituait une mesure de sûreté. D'autre part, elle a mis en exergue l'obligation des États de

²⁶⁷ V. Rapport explicatif sur la Convention relative aux décisions de déchéance du droit de conduire (J.O. C 211 du 23 juillet 1999, p.1).

²⁶⁸ Recommandation CM/Rec (2014) 3 du Comité des Ministres aux États membres relatives aux délinquants dangereux ; V. également CM (2014) 14 add1, 21 janvier.2014, Projet de recommandation CM/Rec(2014)3 du Comité des Ministres aux États membres relatives aux délinquants dangereux, Projet de commentaire.

²⁶⁹ Commentaires de la recommandation (CM/Rec(2014)14 add1), n°45. Il est également souligné que la détention préventive de sûreté suscite des préoccupations notables du point de vue des droits de l'homme, parce qu'elle implique la privation de liberté du délinquant au-delà de la période prévue pour la peine, en raison du risque qu'il pourrait présenter à l'avenir.

²⁷⁰ CEDH, Gardel c. France, 17 décembre 2009n n°16428/05, § 43.

protéger leurs concitoyens contre les délinquants dangereux en prenant des mesures préventives visant à protéger contre la menace d'agissements criminels²⁷¹. Finalement, la recommandation propose aux ordres juridiques internes des orientations sur les règles à observer à l'encontre des délinquants dangereux. Il convient d'en tirer les conséquences quant à la dualité de la sanction pénale avant d'en tirer un régime juridique adéquat permettant « de traiter les délinquants dangereux »²⁷².

3. L'exemple Allemand de législation dualiste

Les partisans d'une dualité de la sanction pénale s'appuient sur les législations étrangères qui ont accordé une grande place aux mesures de sûreté. En droit pénal comparé, l'expression du « principe dit de la double voie » est utilisé pour définir les législations qui autorisent le juge à condamner, dans le même jugement, à une peine privative de liberté et à une mesure de défense sociale²⁷³ à l'issue de l'exécution de la peine carcérale²⁷⁴. Le système allemand de sanctions pénales repose sur ledit système à double voie dit « System der Zweispurigkeit »²⁷⁵. Autrement dit, les peines et mesures de sûreté coexistent avec des finalités propres. Le Professeur Giudicelli-Delage rappelle que « *la peine a pour objectif exclusif de répondre à la faute, et la mesure de sûreté pour objectif exclusif de défendre la société. Rétribution pour la peine, prévention spéciale pour les mesures de sûreté et d'amélioration, ces deux voies reposent sur une séparation claire et peuvent se cumuler si l'intérêt de la société le justifie* »²⁷⁶. Ce système dualiste allemand a reçu l'approbation de la Cour constitutionnelle fédérale après plusieurs durcissements de son arsenal juridique avec notamment l'internement de sûreté. La décision de ladite cour du 5 février 2004²⁷⁷ a mis en avant la dualité de fondement et de régimes entre les peines et les mesure de sûreté : les unes étant une réponse à la culpabilité et les autres étant une réponse

²⁷¹ CEDH, Maiorano et autres c. Italie, 15 décembre 2009, n°28634/06.

²⁷² Annexe à la recommandation CM/Rec(2014)3, Partie I- Définition et principes fondamentaux, n°3.

²⁷³ D'ailleurs, la conception de la double voie est celle adoptée par une large partie des partisans du dualisme qui privilégie un système alternatif sur un système cumulatif : V. M. Ancel, La défense sociale nouvelle pp.226-227.

²⁷⁴ J. Pradel, Droit pénal comparé, p.612.

²⁷⁵ J. Leblois-Happe, Rétribution de sûreté vs Unterbringung in « die Sicherungsverwahrung : les enseignements d'une comparaison franco-allemande », AJ pénal, 2008, p. 209 et s.

²⁷⁶ G. Giudicelli-Delage, Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi, p69 et s.

²⁷⁷ BVerfG, 5 février 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133.

à la dangerosité. Le système allemand reste attaché à la peine et au principe de culpabilité mais a conscience qu'elle ne peut suffire à lutter contre toutes les formes de criminalité. C'est pourquoi la troisième section de la partie générale du code pénal allemand énonce le régime juridique de l'infraction en distinguant les peines et les mesures de sûreté énumérées au § 61. Les principes juridiques régissant les mesures de sûreté sont énoncés au titre 6 en étant séparés entre les mesures privatives de liberté²⁷⁸ et les mesures non privatives de liberté²⁷⁹. L'internement de sûreté²⁸⁰ étant ainsi la mesure centrale ayant joué un rôle fondamental dans l'expansion des mesures de sûreté. Cet instrument de droit pénal revêt une importance singulière car sa création est étroitement liée à l'introduction en droit pénal allemand du principe de la double voie. Ainsi, selon Jenny Hermann, « *l'internement de sûreté est l'emblème du principe dualiste* »²⁸¹.

b) Une remise en cause de la conception classique du droit pénal

1. Le passage d'un droit pénal de la culpabilité à un droit pénal de la dangerosité. La rétention de sûreté pourrait être considérée comme le symbole du passage de la culpabilité comme fondement classique du droit pénal à la dangerosité²⁸² comme fondement contemporain du droit pénal. Effectivement, le droit pénal est initialement fondé sur le triptyque commission d'une infraction / culpabilité / peine, qui ne laisse pas de place au déterminisme de la criminalité, alors que le fondement contemporain dangerosité / rétention de sûreté semble laissé entendre que l'on peut prédire un comportement humain²⁸³. Le Professeur Delmas-Marty alerte sur ce passage d'un droit pénal de la culpabilité à un droit pénal de la dangerosité en affirmant qu'il faut se méfier d'une « *confusion entre la notion de crime – considérée comme une transgression de la normativité comprise au sens de devoir-être - et celle de dangerosité – conçue comme un écart par*

²⁷⁸ Comme l'internement en hôpital psychiatrique (Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, § 63) ou l'internement de sûreté (Unterbringung in der Sicherungsverwahrung, 66 §).

²⁷⁹ Comme l'annulation du permis de conduire (Entziehung der Fahrerlaubnis, § 69 ou l'interdiction professionnelle Berufsverbot, § 70).

²⁸⁰ Dit « Unterbringung in der Sicherungsverwahrung »

²⁸¹ J. Herrmann, Les mesures de sûreté – Étude comparative des droits pénaux français et allemand, Thèse Strasbourg, 2015, p.82.

²⁸² Cette expression est empruntée à G. Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi », p. 69 et s.

²⁸³ M. Delmas-Marty, Libertés et sûreté dans un monde dangereux, éd du Seuil, 2010, p. 23.

*rapport à la normalité entendu comme moyenne des comportements*²⁸⁴». Également, le Professeur Herzog-Evans alerte sur l'existence de mesures de sûreté qui présentent le « risque de tout admettre au nom d'étiquettes juridiques » éloignées de la notion de « société démocratique » que retient pour sa part l'ordre juridique européen²⁸⁵.

2. Le passage d'un droit pénal de l'auteur à un droit pénal du dangereux. Comme l'énonce justement le Professeur Giudicelli-Delage, le droit pénal de la dangerosité s'autonomise de plus en plus et devient un concept délier de l'infraction pénale « *légitimant un enfermement de durée indéterminée à l'issue de l'exécution de la peine*²⁸⁶ ». Dès lors, le champ du droit pénal s'élargit pour intégrer dans sa toile non seulement des actes mais aussi des états éloignés de la culpabilité. Si bien que Mireille Delmas-Marty affirme, à ce titre, que l'expression « lutte » contre la délinquance est récurrente en législation pénale et peut laisser craindre « *que la punition du coupable cède le pas devant l'élimination de l'ennemi dangereux* »²⁸⁷. En la matière, la rétention de sûreté, en instaurant la possibilité pour le juge pénal de lui appliquer des mesures pénales alors même qu'il déclare ladite personne irresponsable, semble une ultime étape franchie

3. Le passage d'un droit pénal de la répression à un droit pénal de la précaution. Les discours et débats politiques actuels ont une tonalité de plus en plus sécuritaire qui fonde la politique criminelle contemporaine. Cette politique criminelle répond à une attente sociale accrue de sécurité. Celle-ci a accordé une large place à la prévention des risques telles que la traçabilité, la prédiction ou encore la précaution. Or, comme nous alerte le Professeur Delmas-Marty, le passage de la sûreté individuelle à la sûreté collective n'est compatible avec l'État de droit que dans les limites au droit de sanctionner. Cela risque de conduire à un passage « de la punition à la prévention, de la prévention à la précaution »²⁸⁸ puis le risque d'un passage d'un principe de précaution à un « principe de suspicion

²⁸⁴ M. Delmas-Marty, *Violences et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain*, p59 s.

²⁸⁵ M. Herzog-Evans, *Conflit de lois dans le temps et exécution des peines : un revirement de la Cour de cassation ?*, AJ pénal, 2009, p. 124.

²⁸⁶ G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal e l'ennemi*, p. 69 s.

²⁸⁷ M. Delmas-Marty, *Violence et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain*, p. 59 s.

²⁸⁸ M. Delmas-Marty, *Sécurité et dangerosité*, p. 1096. S.

généralisée »²⁸⁹. Pourtant, le principe de précaution a déjà eu l'occasion de s'exprimer en droit de l'environnement en se confrontant aux mêmes doutes et aux mêmes débats juridico-politiques. Effectivement, le principe de précaution est un principe de valeur constitutionnelle²⁹⁰ qui est resté, durant longtemps, limité à la préservation de l'environnement. Comme l'énonce l'article 5 de la Charte de l'environnement, le principe de précaution peut se définir tel un principe permettant de mettre en œuvre des procédures d'évaluation des risques et d'adopter des mesures provisoires afin d'éviter la réalisation d'un dommage²⁹¹. Le professeur Alexandre-Charles Kiss affirmait que le principe de précaution pouvait être considéré comme la forme la plus poussée de la prévention. Comme le prétend Mohammed Bedjaoui, « *le principe est simple et sage : si l'homme ne peut pas mesurer les effets négatifs possibles d'une de ses activités sur son environnement, il a le devoir de renoncer à l'entreprendre* »²⁹². Cette simplicité contraste fortement avec le contenu du principe qui est difficile à identifier – d'où les incertitudes à son sujet – et avec sa nature et sa portée qui sont très controversées. La principale critique émise à son encontre est que le risque zéro n'existant pas, son invocation intempestive risque de nuire au développement des activités économiques et, pour ses contempteurs, d'entraîner une décroissance²⁹³. Gérard Cornu définit le principe de précaution telle « *une directive de politique juridique qui, pour la sauvegarde d'intérêts essentiels (protection de la santé publique, de l'environnement) recommande (aux gouvernants en particulier) de prendre, à titre préventif, des mesures conservatoires propres à empêcher la réalisation d'un risque éventuel, avant même de savoir avec certitude (preuves scientifiques à l'appui) que le danger contre lequel on se prémunit constitue une menace*

²⁸⁹ V. Gautron, De la société de surveillance à la rétention de sûreté. Étapes, faux-semblants, impasses et fuites en avant, p. 53 s.

²⁹⁰ Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, JORF n°0051 du 2 mars 2005, p. 3697.

²⁹¹ L'article 5 de la Charte de l'environnement, dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005, définit le principe de précaution de la manière suivante : « *Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* ».

²⁹² M. Bedjaoui, L'humanité en quête de paix et de développement, Cours général de droit international public, 2004, p. 362.

²⁹³ Y. Petit, Focus « Quelques développements juridiques relatifs au principe de précaution », in Y. PETIT dir. Droit et politiques de l'environnement, 2009, Les Notices, Documentation française, p. 19.

effective »²⁹⁴. Ainsi, comme le concède le Professeur Laurence Leturmy, l'admission de la rétention de sûreté au sein du droit pénal français conduit à de nombreux bouleversements entraînant inéluctablement l'« abolition des frontières traditionnelles du droit pénal » au profit de l'émergence de « nouvelles rationalités »²⁹⁵. Pour Ludivine Gregoire²⁹⁶, cette définition peut être transposée en droit pénal dans lequel le principe de précaution serait une directive de politique criminelle qui, pour la sauvegarde de l'ordre public, recommande à titre préventif, des mesures de sûreté propres à empêcher la réalisation d'un risque de récidive éventuel, avant même de savoir avec certitude que le danger contre lequel il convient de se prémunir constitue une menace effective.

Section 2 - Un régime juridique sui generis propice à l'autonomie de la rétention de sûreté

1§ - Un régime lié à la nature sui generis de la rétention de sûreté

a) Une mesure de sûreté sui generis

1. Une mesure de sûreté privative de liberté. Ce nouvel instrument de droit pénal est formellement qualifié de mesure de sûreté par le législateur. Pourtant, elle diffère considérablement des mesures de sûreté classique quant aux contraintes imposées à l'individu concerné. Les mesures de sûreté dites classiques reposaient, au surplus, sur une restriction de liberté. Or, la rétention de sûreté franchit un nouveau degré dans l'échelle des mesures de sûreté. Il ne s'agit plus simplement d'imposer une restriction de liberté mais d'enfermer à nouveau l'individu pour une durée potentiellement illimitée. Il s'agit alors, d'une véritable mesure privative de liberté au sens de l'article 66 de la Constitution. Ensuite, la rétention de sûreté est dépendante de la peine. La rétention de sûreté ne peut, en aucun cas, être prononcée de manière autonome. En effet, ce dispositif est applicable à des personnes ayant terminés d'exécuter une peine de réclusion criminelle supérieure ou égale à 15 ans, prononcée pour un crime particulièrement

²⁹⁴ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, « précaution (principe de) », p. 785.

²⁹⁵ Le Professeur Laurence Leturmy a fait le constat selon lequel la répression de la délinquance sexuelle entraîne l'abolition des frontières traditionnelles du droit pénal et l'apparition de nouvelles rationalités qui sont peut-être cependant moins la marque d'un nouveau modèle que d'un retour à d'anciennes doctrines : L. Leturmy, « *La répression de la délinquance sexuelle* », in *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, pp. 125-147.

²⁹⁶ L. Gregoire, *Les mesures de sûreté – Essai sur l'autonomie d'une notion*, Thèse Aix-Marseille, 2014., p. 50.

grave et qui présente « une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité ». Ainsi, la rétention de sûreté est adossée à une peine. Si bien que la Cour d'assises doit l'avoir prévu dans le prononcé de la condamnation. Enfin, contrairement à la peine qui est l'aboutissement d'une déclaration de culpabilité, la mesure de sûreté a vocation à déceler une certaine dangerosité tout en ayant comme principale fonction de l'annihiler. Contrairement à la peine, la mesure de sûreté est, par essence, concernée par un potentiel passage à l'acte. C'est ainsi que ladite mesure est appliquée in concreto c'est-à-dire en prenant en compte l'individu et non pas son acte incriminable. Ce traitement de la dangerosité justifie d'ailleurs le caractère indéterminé de la rétention de sûreté qui s'applique tant que la menace de récidive est élevée. Selon le Professeur Haritini Matsoupoulou²⁹⁷, la rétention de sûreté est belle et bien une mesure de sûreté qui « *peut entraîner l'enfermement, peut-être perpétuel, d'une personne, après qu'elle ait purgé sa peine* »²⁹⁸.

2. Les conditions d'application de la rétention de sûreté. Le législateur a prévu deux séries de conditions d'application matérielles de la rétention de sûreté. D'une part, des conditions dites « objectives » relatives à la gravité des faits poursuivies. Effectivement, l'article 706-53-13 du code de procédure pénale énonce que sont concernées par ladite mesure les personnes « *condamnées à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour les crimes, commis sur une victime mineure, d'assassinat ou de meurtre, de torture ou actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration [...] Il en est de même pour les crimes, commis sur une victime majeure, d'assassinat ou de meurtre aggravé, de torture ou actes de barbarie aggravés, de viol aggravé, d'enlèvement ou de séquestration aggravé* ». Ces critères objectifs sont renforcés par des conditions dites « subjectives ». En effet, le législateur a souhaité que la rétention de sûreté s'applique aux personnes qui « *présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles*

²⁹⁷ Loi n° 2008-174 du 25 févr. 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, JO 26 févr. 2008, p. 3272 ; V. H. Matsoupoulou, Dr. pénal 2008 ; J. Pradel, Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux, D. 2008. 1000.
²⁹⁸ Ibid.

souffrent d'un trouble grave de la personnalité »²⁹⁹. Ainsi, pour qu'un individu soit visé par ladite mesure, deux conditions subjectives doivent être remplies. D'une part, l'individu doit être considéré comme dangereux en présentant une « particulière dangerosité » soit une dangerosité manifeste qui serait la résultante d'un « trouble de la personnalité »³⁰⁰. D'autre part, l'individu doit constituer un risque de récidive élevé, c'est-à-dire plus précisément une « probabilité très élevée de récidive »³⁰¹.

b) L'approche européenne de la rétention de sûreté

1. La teneur de la qualification européenne de la détention de sûreté allemande. Un certain nombre de législations européennes ont intégré dans leur arsenal législatif des mesures de sûreté privatives de liberté pouvant être assimilées à la rétention de sûreté française³⁰². Par exemple, le droit grec prévoit une rétention de sûreté dans le cadre d'une récidive par habitude. Egalement, le droit néerlandais contient un dispositif d'enfermement ordonné au titre de mesures de sûreté par l'autorité judiciaire afin de contenir les individus qui, « bien qu'ayant purgé leur peine, demeurent dangereux pour autrui »³⁰³. De même, le droit belge prévoit un système de mise à disposition du gouvernement visant à interner un individu après l'exécution de sa peine carcérale en raison du niveau de sa dangerosité³⁰⁴. La détention de sûreté allemande est le dispositif type de rétention de sûreté. Jenny Herrmann³⁰⁵ qualifie cette mesure dite, en allemand, « Sicherungsverwahrung », c'est-à-dire de détention visant les personnes pour lesquelles il résulte d'une appréciation d'ensemble portant sur leur personnalité et leurs actes qu'elles sont dangereuses pour la collectivité en raison d'une « propension » à commettre des infractions graves. Or, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé dans sa décision M. c. Allemagne³⁰⁶ que la notion de

²⁹⁹ CPP, art. 706-53-13, al. 1^{er}.

³⁰⁰ CPP, art. 706-53-13, al. 1^{er}.

³⁰¹ CPP, art. 706-53-13, al. 1^{er}.

³⁰² A. P. Sykiotou, Récidive : soigner ou punir ? Les dilemmes de la sûreté, in *Incriminer et protéger*, p. 65.

³⁰³ J.-F. Burgelin, Rapport op cit. p. 75.

³⁰⁴ CEDH, 13 octobre 2009, De Schepper c/ Belgique, req. N° 27429/07.

³⁰⁵ J. Herrmann, *Les mesures de sûreté – Etude comparative des droits pénaux français et allemand*, Thèse Strasbourg, 2015, p. 293.

³⁰⁶ CEDH, M. c. Allemagne, GC, 17 déc. 2009, n° 1959/04.

« peine » contenue à l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme a une portée autonome et, par conséquent, est libre d'apprécier si une mesure particulière s'analyse comme une « peine ». D'abord, la cour affirme que le point de départ de cette libre appréciation consiste à déterminer si la mesure en question est imposée à la suite d'une condamnation pour une « infraction ». Or, la détention de sûreté allemande comme la rétention de sûreté française, est prononcée par la juridiction pénale contre des individus condamnée pour une infraction. Ensuite, la Cour a invoqué d'une part, les disparités entre les systèmes juridiques interne en faisant références à la mesure belge de mise à disposition considérée comme une peine, et d'autre part, la rétention de sûreté française qui ne peut rétroagir malgré sa qualification en droit interne de « mesure de sûreté ». En outre, la Cour européenne des droits de l'homme s'est fondée sur la nature même de la détention de sûreté. La juridiction européenne a affirmé qu'elle entraînait une privation de liberté à l'image d'une peine d'emprisonnement. De même, elle a comparé les modalités analogues aux peines d'exécution des ordonnances de placement en détention de sûreté. Selon la Cour, « *la loi sur l'exécution des peines contenant très peu de dispositions consacrées expressément à l'exécution des ordonnances de placement en détention de sûreté, ce sont donc celles relatives à l'exécution des peines d'emprisonnement qui s'appliquent mutatis mutandis* »³⁰⁷. De plus, la Cour a écarté la qualification de mesure de sûreté complémentaire en estimant d'une part qu' « *en raison de sa durée illimitée* » cette mesure pouvait se comprendre « *comme une punition supplémentaire pour l'infraction commise et comporte à l'évidence un élément de dissuasion* »³⁰⁸ et d'autre part, que « *cette mesure paraît être l'une des plus graves de celles prévues par le code pénal allemand* »³⁰⁹. Finalement, elle a conclu sur la base de ces différents motifs que « *la détention de sûreté prévue par le code pénal doit être qualifiée de peine aux fins de l'article 7§1 de la Convention* ».³¹⁰

³⁰⁷ CEDH, M. c. Allemagne, GC, 17 déc. 2009, n° 1959/04, 127§.

³⁰⁸ CEDH, M. c. Allemagne, GC, 17 déc. 2009, n° 1959/04, 130§.

³⁰⁹ CEDH, M. c. Allemagne, GC, 17 déc. 2009, n° 1959/04, 132§.

³¹⁰ CEDH, M. c. Allemagne, GC, 17 déc. 2009, n° 1959/04, 133§.

2. L'exemple de la détention de sûreté allemande. Il est intéressant, à certains égards, de relever les éléments caractéristiques de la détention de sûreté allemande. Ladite mesure suppose, elle aussi, de satisfaire à des conditions dites « objectives » et des conditions dites « subjectives ». D'abord, en ce qui concerne l'internement de sûreté primaire, la personne doit avoir été condamnée à une peine privative de liberté d'au moins deux ans pour une infraction intentionnelle faisant partie de la liste des infractions énoncées par le § 66, alinéa 1, n° 1 StGB. De plus, il faut que l'individu ait été condamné deux fois auparavant, pour des infractions intentionnelles, à une peine de privation de liberté d'au moins un an³¹¹. Également, il doit avoir effectué une peine ou une mesure privative de liberté de deux ans avant la commission de la nouvelle infraction³¹². Ensuite, en ce qui concerne l'internement de sûreté sous réserve, la personne doit avoir été condamnée pour l'une des infractions énoncées au § 66, alinéa 3 lorsque les conditions de l'internement a priori sont satisfaites mais que la dangerosité de la personne est « incertaine »³¹³. Enfin, concernant l'internement de sûreté a posteriori, ladite mesure est applicable aux personnes libérées de l'internement en hôpital psychiatrique et suppose que la personne ait donc été internée en raison de la commission d'une infraction énoncée à l'article §66, alinéa 3 ou qu'elle ait été condamnée à une peine privative de liberté au moins trois ans. Mais la détention de sûreté allemande doit également remplir des conditions subjectives. Effectivement, l'article § 66, al. 1, n° 4 StGB énonce deux conditions cumulatives : la dangerosité et la propension. Finalement, la détention de sûreté allemande vise alors les personnes dangereuses qui ont une propension à commettre des infractions graves.

³¹¹ § 66, al. 1, n°2 StGB.

³¹² § 66, al. 1 n°3 StGB

³¹³ C'est-à-dire que la dangerosité ne peut être établie avec suffisamment de certitude au moment du jugement de la condamnation : cf article § 66, al. 1, n°3 StGB.

2§ – Un régime lié à la particularité du prononcé de la rétention de sûreté

a) Un régime lié à l'exécution de la rétention de sûreté

1. Une mesure temporellement indéterminée

Le principe d'indétermination relative des mesures de sûreté. Le principe de l'indétermination des mesures de sûreté a été systématisé par les théories positivistes. Ferri appuyait sa thèse en faisant le parallèle entre la situation du malade et celle du criminel. Il relevait que si le médecin ne pouvait pas déterminer avec précision le jour durant lequel il devrait renvoyer son patient à l'hôpital, il en était de même pour le juge à l'égard des criminels. Ce système d'indétermination se fonde sur la dangerosité de l'individu et sur son évolution. C'est pourquoi les positivistes optaient davantage pour une indétermination absolue³¹⁴. Or, une indétermination absolue de la durée desdites mesures présenterait un danger trop important pour la sûreté personnelle et serait susceptible de conduire aux anciens abus relatifs à l'arbitraire des peines³¹⁵. De plus, elle porterait une atteinte grave à la liberté individuelle pour pouvoir, in fine, aboutir à un régime juridique conforme aux droits et libertés. Cette position a été défendue par la majorité de la doctrine³¹⁶ et le choix effectué par la représentation nationale. C'est pourquoi le législateur a fait le choix de l'indétermination relative pour l'ensemble des mesures de sûreté. Soucieux de respecter la liberté individuelle, il fixe de manière stricte la durée maximale de la majorité des mesures de sûreté actuelles. Il détermine également un maximum au-delà duquel la mesure de sûreté considérée ne pourra pas être prolongée. Ainsi, les mesures éducatives à l'encontre des mineurs délinquants ne peuvent s'étendre au-delà de leur majorité³¹⁷. De même, pour l'inscription au Fichier Judiciaire Automatisé des Auteurs d'Infractions Sexuels, le législateur détermine la durée maximale qui ne

³¹⁴ V. E. Ferri, La sociologie criminelle, 3ème éd. Traduite par l'auteur, A. Rousseau, Paris, 1893, p.500

³¹⁵ J. Magnol, L'avant-projet de révision du Code pénal français, p. 14.

³¹⁶ G. Barrès, Pour une définition des mesures de sûreté, sous la dir. De Yves Mayaud, Mémoire présenté pour l'obtention du Master de Droit Pénal et de Sciences Pénales, Université Paris II Panthéon-Assas, 2011-2012, p.14.

³¹⁷ Ord. 2 février 1945, art. 17. En outre, l'article 19 de l'ordonnance du 2 février 1945 précise que le mineur pourra être placé sous le régime de la liberté surveillée « jusqu'à un âge qui ne pourra excéder celui de la majorité ».

pourra pas être dépassée³¹⁸. Également, la surveillance judiciaire connaît une limitation de sa durée car le législateur précise qu'elle ne peut excéder « celle correspondant au crédit de réduction de peine ou aux réductions de peine dont la personne a bénéficié qui n'ont pas fait l'objet d'un retrait »³¹⁹.

Une conception élargie d'indétermination relative de la rétention de sûreté. La rétention de sûreté bénéficie d'une conception large de l'indétermination relative de ladite mesure. Effectivement, la rétention de sûreté est, certes, prononcée pour une durée initiale d'un an, mais est renouvelable chaque année tant que l'intensité de la dangerosité le justifie. Le dispositif de rétention de sûreté doit se maintenir tant que la dangerosité persiste et prendre fin lorsque la dangerosité a disparu ou bien encore être remplacé par une autre mesure de sûreté moins contraignante lorsque l'intensité de la dangerosité le permet. Cette mesure ne peut donc pas être déterminée dans son quantum dès le début de son exécution. Elle peut, par conséquent, être illimitée et indéterminée. Pour autant, même si théoriquement la rétention de sûreté peut être renouvelée indéfiniment, en pratique, elle n'a pas vocation à être illimitée pour deux principales raisons. D'une part, le législateur a encadré le renouvellement du dispositif. Il doit connaître un réexamen chaque année. Trois mois avant la fin de la rétention, le juge d'application des peines doit rendre un avis sur l'opportunité de son renouvellement au procureur général auprès de la Cour d'appel conformément aux dispositions de l'article 723-37 du Code de procédure pénal. Celui-ci saisit la commission pluridisciplinaire afin qu'elle examine la situation de l'individu. Si le renouvellement de la mesure suppose un nouvel avis, la procédure est toutefois allégée au regard du placement dans le centre d'observation qui à ce stade n'est plus nécessaire. D'autre part, il va de soi que l'intensité de la dangerosité cessera, à un moment donné, d'être aussi forte que celle qui avait justifié le prononcé de la rétention. Il en résulte que l'individu sera remis en liberté totale ou partielle³²⁰.

³¹⁸ Article 706-53-4 alinéa 1 du code de procédure pénale énonce que les informations concernant la personne sont retirées du fichier, notamment, à l'expiration à compter du jour où l'ensemble des décisions enregistrées ont cessé de produire tout effet, d'un délai de trente ans, s'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni de dix ans d'emprisonnement et de vingt ans dans les autres cas.

³¹⁹ Article 723-29 du Code de procédure pénale.

³²⁰ Si l'individu présente toujours des « risques de commettre les infractions mentionnées à l'article 706-52-13 », la juridiction régionale de la rétention de sûreté pourra le placer sous surveillance de sûreté pour une durée de deux ans.

2. L'extinction des mesures de sûreté

La rétention de sûreté, à l'instar des mesures de sûreté, connaît une cause d'extinction différente de celle des peines. Effectivement, les causes traditionnelles de la peine reposent en premier lieu sur les notions de pardon et d'oubli alors que les causes d'extinction de la rétention de sûreté reposent en grande partie sur la notion de dangerosité. La cessation de la dangerosité est la cause légitime d'extinction de ladite mesure. Comme pour l'ensemble des mesures de sûreté à durée indéterminée, la dangerosité tient le rôle principal car c'est en considération de l'évolution de son intensité que la durée prévue initialement pourra être dépassée. En l'espèce, la rétention de sûreté en tant que mesure privative de liberté pour une durée indéterminée, ne trouve à s'appliquer que si elle est entourée de garantie particulière. Dès lors, le législateur a introduit une gradation de la dangerosité, la rétention de sûreté étant nécessairement associée à une "particulière dangerosité"³²¹ c'est-à-dire une dangerosité très élevée. À partir du moment où l'individu ne représente plus une particulière dangerosité, la rétention de sûreté doit prendre fin.

b) L'autonomie de la décision

1. Les juridictions compétentes

La juridiction régionale de la rétention de sûreté. L'idée de confier la décision de la rétention de sûreté à une juridiction régionale ad hoc n'est pas une idée nouvelle puisque présente dans le rapport de Jean-René Lecerf³²² qui y faisait très largement échos. Une telle juridiction devant, comme l'énonce l'article 66 de notre Constitution, appartenir à l'autorité judiciaire garante de la liberté individuelle³²³. Ladite juridiction est composée d'un Président de chambre et deux conseillers de la Cour d'appel désigné par le premier Président de la Cour pour une durée de trois ans³²⁴. Elle statue donc collégalement. Elle est composée

³²¹ Article 706-53-13, alinéa 1 du code de procédure pénale.

³²² J.-R. Lecerf, Rapport n°174 sur la rétention de sûreté et déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, février 2008, p. 37.

³²³ L'article 66 de la Constitution dispose que « *nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi.* ».

³²⁴ L'article R. 53-8-40 du code de procédure pénale précise qu'« *ils sont désignés par le premier président de la cour pour une durée de trois ans après avis de l'assemblée générale des magistrats du siège.* ».

également de trois membres suppléants désignés de la même manière et pour le même temps par le premier Président. Le Président de la juridiction régionale de la rétention de sûreté ne peut exercer la fonction de Président de la chambre d'application des peines ni celle de Président de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté³²⁵. Le parquet général assure la fonction de ministère public³²⁶.

La juridiction nationale de la rétention de sûreté. À l'image de la juridiction régionale de la rétention de sûreté, la juridiction nationale de la rétention de sûreté statue collégalement. Elle est composée de trois magistrats du siège conseillers à la Cour de cassation. Ces trois magistrats sont désignés par le premier Président du siège de la Cour de cassation³²⁷ pour une durée de trois ans. Le parquet général exerce la fonction de ministère public. Le ministère public auprès de cette juridiction est assuré par le parquet général auprès la Cour de cassation. Le greffe de cette juridiction nationale de la rétention de sûreté est assuré par le greffe de la Cour de cassation.

2. Les compétences des juridictions

La compétence exclusive des juridictions de la rétention de sûreté relative au prononcé de la rétention de sûreté. Naturellement, la juridiction régionale de rétention de sûreté et la juridiction nationale de la rétention de sûreté ont été originellement instituées pour se prononcer de manière exclusive sur l'application d'une rétention de sûreté. Exclusive en étant dotée, en la matière, d'une compétence générale non seulement pour appliquer une rétention de sûreté mais également pour la renouveler ou y mettre un terme. À l'image des juridictions intervenants dans l'exécution des peines, le Président de la juridiction régionale de la rétention de sûreté dispose d'un pouvoir général d'enquête. L'article 53-8-40 du code de procédure pénale dispose que « *le président de la juridiction régionale peut faire procéder, sur l'ensemble du territoire national, à tous examens, auditions, enquêtes, expertises, réquisitions ou vérifications utiles à l'exercice de*

³²⁵ Ibid. al 3.

³²⁶ Ibid. al 4.

³²⁷ CPP, art. 706-53-15, al. 6 et art. R. 53-8-41, al.1^{er}.

ses attributions. »³²⁸. En outre, celui-ci dispose de la compétence d'ordonner, seul, en urgence le placement de la personne en rétention de sûreté si elle a violé les obligations de surveillance de sûreté qui lui étaient imposées³²⁹.

³²⁸ Article 53-8-40 du code de procédure pénale.

³²⁹ Art. 706-53-19, al. 3 du code de procédure pénale.

Chapitre 2 - L'opportunité d'une autonomie de la rétention de sûreté

La nécessaire clarification du régime juridique de la rétention de sûreté rend inéluctable l'autonomie de la rétention de sûreté (Section I), autonomie concevable (Section II) au regard notamment de son propre fondement.

Section 1 – La nécessaire autonomie de la rétention de sûreté

1§- L'autonomie discutable de la rétention de sûreté

a) L'application des principes relatifs au prononcé de la sanction

Le principe de légalité criminelle. Comme le rappelle très justement le Professeur Pradel³³⁰, le principe de légalité criminelle s'applique à l'ensemble du droit pénal. L'adage latin « nullum crimen, nulla poena sine lege » signifie qu'il ne peut y avoir d'infraction sans qu'un texte ne l'ait prévu. Ce principe a été énoncé pour la première fois dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen à l'article 5 qui énonce que « *tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas* » et à l'article 8 selon lequel « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* ». Ce principe a également été consacré par la Constitution de 1791, la Constitution de 1793 et la Constitution de l'an III. Le Code pénal de 1810 a repris ce principe à l'article 4 en énonçant que « *nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis* ». L'article 111-3 de l'actuel Code pénal énonce que « *nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention* ». En substance, ce principe est fidèle à la thèse de Montesquieu selon laquelle « *les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.* ». Dès lors, le principe

³³⁰ J.Pradel, Droit pénal général, Cujas, 21ème éd.,2016 p. 116.

de légalité criminelle prend, historiquement, sa source en opposition à l'arbitraire des juges des tribunaux d'ancien régime. Il suppose que le législateur doit fixer et qualifier avec précision les infractions prohibées. Pour reprendre Beccaria, « *les lois seules peuvent décréter les peines des délits* ». ³³¹ Ainsi, toute peine doit nécessairement être prévue a priori dans sa nature et son quantum par un texte législatif.

L'application des principes de légalité criminelle. Le principe de légalité criminelle s'applique à la rétention de sûreté. En effet, en l'espèce, la rétention de sûreté est bien prévue par la loi ³³². Il s'agit ainsi d'un rapprochement certain avec l'application dudit principe aux peines. Pour autant, la singularité de la rétention de sûreté tient au fait qu'elle est adossée à une infraction. Dès lors, le législateur, conformément au principe de légalité criminelle est tenu de prévoir, dans la loi, la rétention de sûreté mais également la nature des infractions entraînant le prononcé de cette mesure. Or, en l'espèce, l'article 706-53-13 du Code de procédure pénal précise bien les infractions pouvant entraîner le prononcé de la rétention de sûreté. Ensuite, puisque la rétention de sûreté est fondée sur l'intensité de la dangerosité de l'individu concerné, il doit être également prévu dans la loi le degré de dangerosité déclenchant l'application de cette mesure. Or, en l'espèce, l'alinéa 1 de l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale énonce que l'individu concerné par la rétention de sûreté doit présenter « *une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive* ». Il en résulte que la rétention de sûreté est bien conforme au principe de légalité criminelle.

³³¹ C. Beccaria, Des délits et des peines, ENS Editions, 2009, 446 p., p.151.

³³² Article 706-53-13 du Code de procédure pénal.

b) L'application du principe d'égalité

Le principe d'égalité des citoyens devant la loi pénale. Le principe d'égalité des citoyens devant la loi pénale a été constitutionnellement consacré en prenant sa source dans l'article 1^{er}³³³ et l'article 6³³⁴ la déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le préambule de la Constitution de 1946 et la Constitution de 1958 consacrent également le principe d'égalité devant la loi. En droit pénal, et plus précisément en droit de la peine, les lois des 21 et 30 janvier 1790 ont consacré le principe d'égalité des citoyens devant la loi pénale. L'article 1^{er} de ladite loi dispose que « *les délits du même genre seront punis par le même genre de peine quels que soient le rang et l'état des coupables* ». Dès lors, en substance, le principe d'égalité des citoyens devant la loi pénale signifie que toutes les peines s'appliquent de manière uniforme à l'ensemble des citoyens. Par exception, le Conseil constitutionnel³³⁵ a certes affirmé que « *pour les infractions identiques la loi pénale ne saurait, dans l'édition des crimes ou des délits ainsi que des peines qui leur sont applicables, instituer au profit de quiconque une exonération de responsabilité à caractère absolu, sans par la même porter atteinte au principe d'égalité* »³³⁶. Pour autant, le Conseil constitutionnel a admis que toutefois, « *le principe d'égalité devant la loi pénale ne fait pas obstacle à ce qu'une différenciation soit opérée par le législateur entre agissements de nature différente* »³³⁷. Dès lors, le principe d'égalité des citoyens devant la loi pénale est nuancé par les juges par le principe d'individualisation de la peine.

L'application du principe d'égalité des citoyens devant la loi pénale.

Comme énoncé ci-avant, le principe d'égalité des citoyens devant la loi pénale selon lequel la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège soit qu'elle punisse, doit s'appliquer à la rétention de sûreté comme il s'applique, par principe,

³³³ L'article 1^{er} de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen énonce que « *les hommes naissent et demeurent libre et égaux en droits. Les distinctions ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* ».

³³⁴ L'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen énonce que « *la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autres distinctions que celle de leurs vertus et de leurs talents.* »

³³⁵ Conseil constitutionnel, décision n°89-262 DC du 7 novembre 1989, *Loi relative à l'immunité parlementaire*, JORF du 11 novembre 1989.

³³⁶ Ibid.

³³⁷ Ibid, Considérant 9.

aux peines. Par conséquent, la rétention de sûreté doit s'appliquer de la même manière à tous les individus qui peuvent être touchés par ladite mesure. Or, en l'espèce, à l'image de la peine, la rétention de sûreté s'applique de manière égale à l'ensemble des individus rentrant dans son champ d'application. Pour autant, en la matière, le rapprochement de la peine et de la rétention de sûreté est à relativisée. Effectivement, alors que la peine repose objectivement sur une faute pénale, l'application de la rétention de sûreté repose sur un critère de dangerosité qui peut altérer l'objectivité inhérente à l'application du principe d'égalité des citoyens devant la loi pénale.

2§-Une autonomie souhaitable au service d'une nécessaire clarification

a) L'application relative de la loi dans le temps

L'application du principe de non rétroactivité de la loi pénale à la rétention de sûreté. Le principe de non rétroactivité de la loi pénale plus sévère est un principe corolaire au principe de légalité des délits et des peines. La genèse de ce principe tient au fait qu'une infraction commise sous l'empire du droit ancien ne peut avoir pour conséquence l'application de la loi nouvelle. Dans le code pénal de 1810, l'article 4 disposait que « *nulle contravention, nul délit, nul crime ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis* ». Aujourd'hui l'article 112-1 du Code pénal énonce que « *sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis* ». En règle générale, cette règle de la non rétroactivité de la loi pénale plus sévère ne semble pas s'appliquer aux mesures de sûreté. Le fondement singulier de la dangerosité qui fonde les mesures de sûreté semble prévaloir sur le principe de non rétroactivité. Selon le Professeur Jean-Paul Céré « *le but préventif de la mesure de sûreté milite indubitablement pour une application immédiate* »³³⁸. En effet, la visée préventive des mesures de sûreté implique que leur application soit immédiate. D'autant que le législateur et la jurisprudence retiennent cette même solution pour la quasi-totalité des mesures de sûreté. En

³³⁸ J.-P. Céré, Peine. Nature et prononcé, Dalloz, janvier 2008, n°32.

ce qui concerne la rétention de sûreté, l'application du principe de non rétroactivité s'applique mais de manière, dirons-nous, relative.

L'application relative du principe de non rétroactivité de la loi pénale à la rétention de sûreté. Alors que la plupart des mesures de sûreté semblent faire l'objet d'une application immédiate eu égard à la date à laquelle elle aurait été édictées par le législateur, il semble en être autrement pour les mesures de sûreté qui impliquent une privation de liberté. Car comme l'énonce le Professeur Matsopoulou, l'application rétroactive de certaines mesures peut paraître contestable au regard des atteintes aux droits et libertés³³⁹. En ce qui concerne la rétention de sûreté, la Cour de cassation a certes approuvé que la rétroactivité de la surveillance judiciaire pouvait s'appliquer à des faits antérieurs au suivi socio judiciaire. Ce faisant, concernant la rétention de sûreté, le Conseil constitutionnel³⁴⁰ ayant décidé de lui reconnaître une « *nature privative de liberté* » liée « *à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limite et au fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction* », il en a déduit qu'elle « *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* ». Ainsi, le Conseil constitutionnel considère en effet que la gravité de l'atteinte à la liberté individuelle résultant de la rétention de sûreté interdit son application rétroactive. Dès lors, la rétention de sûreté ne peut rétroagir et ne peut s'appliquer à des faits qui auraient eu lieu sous l'empire du droit ancien. C'est pourquoi le Professeur Mayaud³⁴¹ distingue d'une part les mesures de sûreté simplement restrictives de libertés et d'autre part celles qui s'en prennent à la liberté du condamné.

b) Les symboles de l'absence d'un régime propre

L'absence d'autonomie organique de la rétention de sûreté. La base essentielle à toute autonomie en droit – à toute sanction - nécessite a priori une autonomie organique. Effectivement, puisque l'autonomie matérielle et

³³⁹ H. Matsopoulou, Le renouveau des mesures de sûreté, p. 1607 s.

³⁴⁰ Conseil constitutionnel, 21 février 2008, n° 2008-562 DC.

³⁴¹ Y. Mayaud, La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel.

fonctionnelle précèdent une autonomie organique, il est important que l'organe – au sens d'autorité ou d'institution judiciaire ou administrative- prononçant la sanction soit identifiée. En ce qui concerne la rétention de sûreté, certes une volonté d'autonomie organique avait pu être affichée à travers la création des juridictions régionales de la rétention de sûreté, pour autant, il n'en demeure pas moins que la rétention de sûreté relève également de l'autorité judiciaire elle-même. Car, en effet, pour qu'une rétention de sûreté soit appliquée, encore faut-il que la Cour d'assises l'ait expressément prévu au moment où elle a statué. Il en résulte que ladite mesure ne bénéficie pas d'une autonomie organique.

La dichotomie entre la qualification juridique de la rétention de sûreté et son régime. En droit, tout régime juridique découle de la qualification de l'objet auquel il s'applique. Ainsi, une mesure administrative sera, a priori, de la compétence de l'ordre administratif avec un régime de droit administratif qui s'appliquera. Or, en ce qui concerne la rétention de sûreté, bien que le Conseil constitutionnel ne l'ait pas qualifiée telle une peine, elle en a tiré certaines conséquences juridiques afférentes au régime de la peine. Effectivement, pour le Conseil constitutionnel, si la rétention de sûreté n'est pas une peine elle a toutefois certains traits du régime de la peine puisqu'elle « *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* »³⁴². Dès lors, le principe de non rétroactivité propre à la peine est appliqué à une autre sanction pénale – la rétention de sûreté – alors même qu'elle n'a pas été qualifiée de peine.

Section 2 – Une autonomie concevable de la rétention de sûreté

1§ – L'apparente fiabilité de l'évaluation de la dangerosité

L'évaluation de la dangerosité. Comme cela a été évoqué précédemment, la dangerosité revêt plusieurs natures différentes. Ainsi, avant d'évaluer le degré de dangerosité, il s'agit d'évaluer la nature même de la dangerosité. D'abord, en ce qui concerne l'évaluation de la dangerosité

³⁴² Conseil constitutionnel, 21 février 2008, n° 2008-562 DC.

psychiatrique, la première étape est consacrée à la formulation du diagnostic de la dangerosité de l'individu. D'une part, la dangerosité psychiatrique est identifiée à partir d'entretiens d'un psychiatre ou d'un psychologue en amont du procès³⁴³. En plus d'avoir vocation à analyser l'ensemble des personnes poursuivies, les experts peuvent enrichir leur expertise en prenant en considération les antécédents psychiatriques, statistiques et médico-légales de l'individu évalué. Effectivement, la jurisprudence a confirmé ces éléments en admettant que « *d'une part, n'excède pas les limites fixées par la loi la mission d'expertise qui, comme en l'espèce, après avoir précisé les questions techniques sur lesquelles devaient porter les vérifications des experts, indique que leur avis doit permettre au juge d'instruction de mieux apprécier les responsabilités encourues* »³⁴⁴. La deuxième étape est celle du pronostic, c'est-à-dire, conformément à l'énoncé de l'article 706-135 du code de procédure pénale, l'expert doit indiquer si les individus ont besoin de soins et s'ils mettent en danger l'ordre public. Ensuite, en ce qui concerne l'évaluation de la dangerosité criminologique, l'expert doit par définition déterminer les facteurs propres à l'individu – facteurs personnels, facteurs environnementaux etc – susceptibles de déclencher un passage à l'acte criminel à caractère récidiviste. Dès lors et contrairement à la dangerosité psychiatrique, la dangerosité criminologique se situe en aval du jugement et se ventilera en deux temps. D'une part, l'expert doit diagnostiquer la dangerosité de l'individu en conjuguant la prise en considération des troubles mentaux et la prise en considération d'éléments objectifs tels que l'âge, le sexe, la personnalité et la nature de l'acte. D'autre part, l'expert doit pronostiquer la récidive³⁴⁵.

La multitude des approches de l'expertise de dangerosité. L'expertise de dangerosité est au cœur de l'application des mesures de sûreté en générale et au cœur de l'application de la rétention de sûreté. Effectivement, lorsque la surveillance de sûreté est prononcée à la suite d'une rétention de sûreté, l'expertise doit établir que la personne « *présente des risques de commettre les*

³⁴³ J.-F. BURGELIN, Santé, justice et dangerosités : pour une meilleure prévention de la récidive, Rapport de la Commission Santé-Justice, La documentation française, 2005, p. 21.

³⁴⁴ En ajoutant « *que d'autre part, aucune affirmation de culpabilité ne saurait résulter de la mention, dans la mission d'expertise, des éléments qui fondent la demande d'avis qu'elle contient, en l'état de l'information* » : cf la décision de la Cour de cassation : Cour de cassation – Chambre criminelle – 13 avril 2005 – n° 05-80.668.

³⁴⁵ Ces deux parties du raisonnement de l'expertise sont précisées par l'article 723-31 du code de procédure pénale.

infractions mentionnées à l'article 706-53-13³⁴⁶ du code de procédure pénale ». Si la surveillance de sûreté suit un suivi socio-judiciaire ou une surveillance judiciaire, doit être constatée « la persistance de la dangerosité du condamné³⁴⁷ ». De plus, la rétention de sûreté ne doit être prononcée que si la personne condamnée présente une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive car elle souffrirait « d'un trouble grave de la personnalité³⁴⁸ ». Dès lors, selon les mesures concernées, il semble que le degré de récidive ne sont pas uniformes. En effet, la surveillance de sûreté ne peut être prononcée qu'à l'encontre d'une personne condamnée à une réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour certaines infractions visées à l'article 706-53-13 du code de procédure pénale, alors que la surveillance judiciaire ne peut être prononcée qu'à l'encontre d'une personne condamnée à une peine privative de liberté égale ou supérieure à cinq ans pour un crime ou un délit commis en récidive. Cela, avec une sorte de hiérarchie entre le degré de risque qui peut être par exemple « avérée » ou « une probabilité très élevée ». Ainsi, c'est aussi les définitions de la dangerosité qui est en jeu en donnant du fil à retordre à tout juriste. Car les frontières entre les deux types de dangerosité semblent aujourd'hui fragiles, particulièrement depuis l'introduction de la rétention de sûreté en droit interne. La question est de savoir si un trouble grave de la personnalité s'apparenterait-il à une maladie mentale ? Selon l'expert Anne Andronikov³⁴⁹, le trouble de la personnalité est une catégorie batarde qui se rapproche de la catégorie de « caractère déviant ». Ainsi, les experts doivent porter une attention particulière à ces différences de terminologie mais aussi aux différences de notions qui sont utilisées dans le cadre d'une expertise de dangerosité.

³⁴⁶ Article 706-53-19 du code de procédure pénale.

³⁴⁷ Article 723-37 et 763-8 du code de procédure pénale.

³⁴⁸ Article 706-53-13 du code de procédure pénale.

³⁴⁹ S.Chiche, Rencontre avec Anne Andronikov : peut-on prédire la récidive ? Article de la rubrique « affaires criminelles », Grands dossier n°25, dèc 2011/janv-février 2012.

2§ - Un cadre juridique protecteur par la révisibilité de la rétention de sûreté

Un concept de révisibilité initialement proposé largement issu de la doctrine positiviste. Par définition, les mesures de sûreté dont fait partie la rétention de sûreté, étant fondées sur le concept de dangerosité ne sont pas immuables et définitives. Contrairement à la peine, elles sont révisables dans leur contenu durant leur propre exécution. Effectivement, il semble logique et nécessaire que ladite mesure s'adapte au degré de dangerosité de l'individu concerné pour que l'objectif de lutte contre la dangerosité soit parfaitement rempli. Ce principe est issu de la doctrine positiviste selon laquelle le prononcé de la sanction ne devait pas épouser l'importance du crime mais plutôt le degré de la dangerosité du criminel³⁵⁰. De même, Garofalo³⁵¹ proposait de répondre à la dangerosité de l'individu en attachant la sanction au danger que représente l'individu pour la société. Cette sanction aura donc vocation à perdurer tant que la dangerosité de l'individu est élevée et, à contrario, elle cessera lorsque la dangerosité de l'individu ne sera plus avérée.

Une révisibilité permise par une indétermination relative de la rétention de sûreté. La rétention de sûreté est, a priori, appliquée pour une durée d'un an renouvelable chaque année³⁵². Pour autant, le juge peut aussi remettre en liberté l'individu concerné par ladite mesure dans l'hypothèse où ce dernier ne représente plus un risque de commettre les infractions mentionnées à l'article 706-53-13 du code de procédure pénale. Ainsi, si le même individu ne représente plus une « particulière dangerosité » le juge peut mettre fin à la rétention de sûreté.

³⁵⁰ E. Ferri, La sociologie criminelle, traduction française par l'auteur de la 3ème édition italienne, édition Rousseau 1893 p. 493.

³⁵¹ F. Digneffe, L'école positive italienne et le mouvement de la défense sociale, in Histoire des savoirs sur le crime et la peine, p. 312.

³⁵² Naturellement, si les conditions requises dans les dispositions énoncées à l'article 706-52-14 du Code de procédure pénale sont remplies.

« Je suppose que vous ne partagez pas cette sérénité vis-à-vis d'un crime que nous paierons tous par un châtement qui a des chances d'être capital » M. Vinaver³⁵³

Patrie 2 :

Vers une évolution du champ **d'application de la rétention de** **sûreté**

L'évolution de la criminalité et de la menace accrue du terrorisme nous amène à nous interroger sur l'éventuel élargissement de la rétention de sûreté sur le fondement de la dangerosité (Titre I), ainsi que sur la pertinence de la création d'une rétention de sûreté ante delictum (Titre II).

³⁵³ A. Camus et M. Vinaver, *S'engager ? – correspondance (1946-1957)*, L'arche, 2012.

Titre 1 :

L'éventuel élargissement de la rétention de sûreté **sur le fondement de la dangerosité**

La singularité de la rétention de sûreté tient à la particularité de son propre fondement. Dès lors il s'agit d'analyser la dangerosité en tant que fondement singulier de la rétention de sûreté (Chapitre I) en s'interrogeant sur la pertinence d'un élargissement de la rétention de sûreté (Chapitre II).

Chapitre 1 - La dangerosité, fondement singulier de la rétention de sûreté

Le concept de dangerosité est, avant tout, une notion protéiforme à la croisée des sciences (Section I), mais également une source d'extension du champ de la sanction pénale (Section II).

Section 1 - La dangerosité, une notion protéiforme à la croisée des sciences

1§-Une notion complexe

a) La pluralité des consécration textuelles

Une instabilité notionnelle symbolisée par la disparité des occurrences textuelles. Comme l'énonce fort justement Christine Lazergues³⁵⁴, le concept de dangerosité fait partie des concepts insaisissables et mouvants du droit. Jean Carbonnier, lui-même, affirmait que « *les modernes ont mis en forme criminologique cette méfiance ancestrale, c'est la théorie de l'État dangereux : le moindre fait symptomatique devrait être soigné, sinon puni, non pour le peu qu'il est, mais pour l'abîme qu'il dévoile* »³⁵⁵. Au XIXème siècle, le droit pénal ne faisait pas référence à cette notion de dangerosité³⁵⁶. Mais cette indifférence juridique a été bouleversée par les consécration textuelles, tant législatives que réglementaires, des mesures de sûreté qui reposent sur le concept de « dangerosité »³⁵⁷. Le terme de « dangerosité » étant d'autant plus présent au travers du dispositif de rétention de sûreté³⁵⁸. De plus, le législateur utilise la notion de dangerosité en dehors du code pénal et de procédure pénale, notamment dans le code de sécurité intérieure dans lequel il énonce la création du « fichier de

³⁵⁴ C.Lazerges, Le concept de dangerosité existe-t-il ?, Revue Après-demain, Janvier 2018.

³⁵⁵ J. Carbonnier, De peu, de tout et de rien, in Mélanges Rodière, 1982, p.47.

³⁵⁶ V. en ce sens P. Conte, Dangerosité et droit pénal, Les dangerosités. De la criminologie à la psychopathologie, entre justice et psychiatrie, Ed. John Libey, 2004, p. 71 : « *tandis que la criminologie qui arpente les mêmes territoires que le droit pénal, connaît bien la notion de dangerosité [...], au risque de surprendre, le droit pénal l'ignore ou, en tout cas, semble n'y faire aucune référence. De manière très significative, les tables alphabétiques des manuels, mais aussi des volumineux traités n'effectuent aucun renvoi à ce terme [...]* ».

³⁵⁷ En effet, les articles 131-36-10 et 131-36-12-1 du code pénal évoquent une « *expertise médicale qui a constaté la dangerosité* ».

³⁵⁸ En effet, l'article 706-53-13 du code de procédure pénale qui vise une « *particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive car elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité* ».

sécurisation des interventions et demandes particulières de protection³⁵⁹ ». Au surplus, la notion de dangerosité peut tout aussi bien concerner un individu en sa qualité de personne physique qu'un bien. D'ailleurs, la dangerosité des biens a été pris en compte par le législateur bien avant la dangerosité des personnes³⁶⁰. Certaines dispositions du code pénal, figurant notamment à l'article 131-21 dudit code, disposent qu'un bien considéré comme dangereux peut faire l'objet d'une confiscation. Enfin, la dangerosité des choses n'est pas seulement consacrée dans le code pénal et de procédure pénale. A titre illustratif, l'article L. 311-2 du code de la sécurité intérieure³⁶¹, lui, contient des dispositions relatives à l'appréciation de la dangerosité des armes.

Le risque et la dangerosité, une similarité dans le sens. Les notions de « similarité » et de « dangerosité » sont présentées comme des synonymes dans les dictionnaires de la langue française. D'une part, le risque est un danger éventuel « plus ou moins prévisible »³⁶² ou encore un « dommage plus ou moins probable auquel on est exposé »³⁶³. D'autre part, le danger est généralement défini comme ce qui constitue une menace, un risque pour quelqu'un ou quelque chose »³⁶⁴ et la dangerosité est un « fait qui peut être dangereux ou risqué »³⁶⁵. Il en résulte, en somme, que ce qui est dangereux est aussi ce qui est risqué. Le lien entre ces deux notions semble ainsi évident et se retrouve également dans le droit pénal.

³⁵⁹ L'article R. 434-17, al. 4 énonce que « *ce traitement a pour finalité de collecter les données destinées à une gestion des interventions des forces de gendarmerie adaptée [...] aux personnes dont la dangerosité ou l'agressivité, à travers des manifestations de violence physique ou verbale, a été déjà constatée lors d'une précédente intervention [...]* ».

³⁶⁰ V. En ce sens, W. Jeandier, *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., Domat Montchrestien, 1991, n°404.

³⁶¹ L'article L. 311-2 du code de sécurité intérieure énonce qu' « *en vue de préserver la sécurité et l'ordre public, le classement est fondé sur la dangerosité des matériels et des armes. Pour les armes à feu, la dangerosité s'apprécie en particulier en fonction des modalités de répétition du tir ainsi que du nombre de coups tirés sans qu'il soit nécessaire de procéder à un réapprovisionnement de l'arme* ».

³⁶² *Dictionnaire historique de la langue française*, t.3, 2012, éd. Dictionnaire Le Robert, p. 3108 ; *Le Lexis. Le dictionnaire érudit de la langue française*, p. 1652 ; *Le Petit Larousse illustré 2012*, p. 959.

³⁶³ *Le Petit Larousse Illustré 2012*, p. 959.

³⁶⁴ *Ibid*, p. 302.

³⁶⁵ *Le nouveau Littré*, éd. Garnier, 2007, p. 342.

Une apparente similarité de sens en droit pénal. Ces deux notions sont utilisées de la même manière dans les codes et dans les manuels de droit pénal. Leur association pour décrire des situations de faits est un indice qui permet de conclure à leur assimilation. Certes, le droit pénal a reconnu l'idée de risque sous la forme d'une incrimination particulière : le délit de risques causées à autrui. Pour autant, la section consacrée aux « risques causées à autrui » ouvre un chapitre dédié spécifiquement à « la mise en danger de la personne »³⁶⁶. Dès lors, la mise en danger de la personne semble être une forme de risque causée à autrui. Par conséquent et puisque le législateur ne donne pas davantage de précisions sur la teneur de ces notions, il peut être déduit que les notions de « danger » et de « risque » ont un sens similaire.

Une réelle complémentarité entre les deux notions en droit pénal. D'abord, selon l'utilisation faite de ces deux notions par les psychiatres, les criminologues ou les pénalistes, celles-ci peuvent varier. En effet, la notion de risque semble plus objective en ce qu'elle prend en compte non seulement la situation de l'individu à un certain instant mais également l'ensemble des différents facteurs extérieurs à l'individu susceptibles de le conduire au passage à l'acte. Ensuite, une différence liée à la temporalité des deux notions subsiste. Selon le Vocabulaire juridique du Professeur Cornu, ce qui est dangereux est « source de risque » ou « potentiellement dommageable »³⁶⁷. Il en résulte que le danger précède le risque ou, du moins, le risque est la conséquence du danger. La dangerosité est alors « la mesure du risque »³⁶⁸ : la mesure d'un risque de commission d'une infraction ou la mesure d'un risque de récidive. Enfin, c'est bien parce qu'un individu sera considéré comme dangereux qu'une rétention de sûreté sera prononcée à son encontre, cette dernière ayant pour principale but de prévenir le risque de récidive. En conclusion, ces deux notions sont le fruit d'une même logique de prévention mais leur rôle est différent tout en étant complémentaire. Même si leur différenciation semble délicate, elles ne doivent pas être confondues.

³⁶⁶ Code pénal, Livre Deuxième, Titre II, Chapitre III, Section I.

³⁶⁷ G. Cornu, Vocabulaire juridique, 13^{ème} ed, PUF, 2020, p. 291.

³⁶⁸ J. Danet, la dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante, Champ pénal / Pénal Field, Vol. V, 2008, n° 116 et s.

b) Les conceptions doctrinales de la dangerosité

Les différentes écoles de la dangerosité. Selon Michel Benezech, la définition médico-légale de la dangerosité n'existe pas en tant que telle car elle est liée, avant tout, à l'histoire de la matière criminologique³⁶⁹. Pour autant, le Professeur Jean-Marc Elchardus³⁷⁰ a décidé de ventiler la notion de dangerosité à travers les trois écoles : l'école néopositiviste, l'école criminaliste et l'école psychocriminologique. D'abord, l'école néopositiviste défendait le postulat selon lequel la base de toute dangerosité est le déterminisme individuel. Fondement de la doctrine de la défense sociale, l'homme dangereux doit ainsi être appréhendé sous tous ses aspects subjectifs. Ensuite, l'école psychiatrique défendait la thèse selon laquelle la dangerosité était, avant toute chose, liée à des caractères pathologiques mentales de l'individu et le risque d'un passage à l'acte incriminable. Enfin, l'école psychocriminologique défendait le postulat selon lequel la dangerosité correspond au rapport reconnu entre le sujet tel qu'il évolue dans son environnement et les troubles psychiques qu'il est susceptible de rencontrer. Dès lors, il s'agit pour ces trois écoles de pensée d'un rapport entre l'environnement de l'individu pouvant entraîner des troubles pathologiques.

La dangerosité, une approche binaire. Les différentes études menées durant le XIX^{ème} amènent à la consécration de la notion de « dangerosité » qui désigne au sens large la probabilité qu'un individu passe à l'acte : un individu est dangereux car il est susceptible de commettre une infraction ce qui justifie que lui soit imposé des mesures contraignantes indépendamment de la commission de l'infraction³⁷¹. La dangerosité introduit donc la notion de prévention et de protection de la société contre ces individus. En soit, le concept de dangerosité n'a pas à être formulé pour exister, il existe et a toujours existé dans toutes les sociétés qui ont tenté de s'en prémunir. Cependant ce concept se retrouvera progressivement

³⁶⁹ J.L Senon, Dangerosité criminologique : données criminelles, enjeux cliniques et experts, 2009/8 Volume 85, p 719-725.

³⁷⁰ A. Jutant, Le psychiatre face au concept de dangerosité, thèse, 2009.

³⁷¹ Cf Institut de criminologie de Paris, Peine, dangerosité, quelles certitudes ? essais de philosophie pénale et de criminologie, Dalloz, Paris, 2010.

dans les textes juridiques³⁷² surtout en droit pénal ce qui amène le Professeur Conte à affirmer « ouvrez le code pénal à n'importe quel endroit vous y rencontrerez un cas de dangerosité »³⁷³. Le problème de cette notion qui intègre à la fois la sociologie, le droit, la médecine et la science est que sa compréhension et sa définition varient en fonction des matières. C'est un concept qui évolue au gré des mutations économiques, morales et politiques, la dangerosité est donc variable en raison de sa grande subjectivité. Pourtant, la dangerosité des personnes est devenue une catégorie juridique alors qu'elle n'était auparavant qu'une notion psychiatrique ou criminologique débattue illustrant selon certains un mouvement de « véritable frénésie sécuritaire »³⁷⁴. Toutefois, il est fondamental de comprendre que le concept de dangerosité est appréhendé de deux manières distinctes à la fois par la doctrine et par le législateur. En effet, il y a d'une part, la dangerosité dite « criminologique » et d'autre part la dangerosité dite « psychiatrique ». Ces deux concepts sont opposés et lorsque le législateur commença à intégrer ses notions au droit, les psychiatres et les psychologues arguèrent aux juges « *la nécessité de distinguer dangerosité psychiatrique et dangerosité criminologique* »³⁷⁵.

³⁷² Notamment la loi n°2008-174 du 25 février 2008, la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 et la loi n°94-89 du 1^{er} février 1994.

³⁷³ P. Conte, Dangerosité et droit pénal, les dangerosités : de la criminologie à la psychopathologie, entre justice et psychiatrie, sous la direction de C. de Beaupaire, M. Bénézech, C. Kottler, éd. John Libbey Eurotext, 2004.

³⁷⁴ L. Mucchielli, la frénésie sécuritaire, retour à l'ordre et nouveau contrôle social, coll. « sur le vif », La découverte, Paris, 2008, p. 8.

³⁷⁵ J. Danet, la dangerosité, une notion criminologique séculaire et mutante, rapport présenté au 27^{ème} colloque de défense pénale du syndicat des avocats de France, soigner et/ou punir, à Marseille les 17 et 18 mai.

2§ La dangerosité, une notion à la croisée des sciences

a) La distinction fondamentale entre dangerosité psychiatrique et dangerosité criminologique

1. La dangerosité criminologique, un concept moderne

Le droit saisi par la matière criminologique. La dangerosité n'est pas tout à fait née de la matière criminologique³⁷⁶ mais de la psychiatrie à l'aube du XIXème siècle puis s'est développée, dans un second temps, au travers de la criminologie à la fin du même siècle. Cependant, force est de constater que la criminologie a fortement joué dans l'insertion de cette notion en droit pénal. Comme le rappelle Alain Bauer, la criminologie est avant tout une science et une discipline complexe. Si bien que cette matière se trouve à la croisée des chemins de plusieurs autres parmi lesquelles les spécialités sociologiques³⁷⁷.

Les critères de la dangerosité criminologique. Comme l'affirme le Député Georges Fenech³⁷⁸, dans son acception criminologique, la dangerosité peut se définir comme « *un phénomène psychosocial caractérisé par les indices révélateurs de la grande probabilité de commettre une infraction contre les personnes ou les biens* »³⁷⁹. Ainsi, elle se confond avec le risque de récidive. La dangerosité criminologique est fortement influencée par un ensemble de facteurs sociologiques, environnementaux et situationnels, susceptibles de favoriser le passage à l'acte : les traits de personnalité, l'âge de la personne, son profil social, son environnement immédiat. Ainsi, plusieurs critères de la dangerosité se distinguent. D'abord, le risque de récidive peut être envisagé comme le critère principal de la dangerosité criminologique. Effectivement, la dangerosité criminologique s'attache à l'acte criminogène et plus particulièrement à

³⁷⁶ Même si des auteurs affirment l'inverse dont X. Lameyre, « les dangers de la notion de dangerosité », in Peine, dangerosité, quelles certitudes ? p. 317.

³⁷⁷ En ce sens cf A. Bauer, ABC de la CRIMINOLOGIE, éd. Cerf, 2018. P. 69.

³⁷⁸ Dans son rapport : G. Fenech, rapport au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, n° 497, 12 déc. 2007, p. 14.

³⁷⁹ Définition de Christian Debuyst, issue du IIème cours international de criminologie de Paris en 1953, in Rapport d'information Assemblée nationale, n°1718, du 7 juillet 2004, sur le traitement de la récidive des infractions pénales, p. 45, citée dans le rapport de la commission santé-justice.

« l'ensemble des facteurs environnementaux et situationnels susceptibles de favoriser l'émergence du passage à l'acte »³⁸⁰. Dans une acception plus générale, le psychologue Christian Debuyst définit la dangerosité comme « un phénomène psychosocial caractérisé par des indices révélateurs de la grande probabilité de commettre une infraction contre des individus ou des biens »³⁸¹. Cette définition semble d'ailleurs être quasi unanimement adoptée³⁸². Ensuite, depuis l'insertion de la rétention de sûreté en droit pénal, la notion de dangerosité criminologique semble être utilisée pour désigner les auteurs des crimes les plus graves qui « présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive »³⁸³ car souffrant « d'un trouble grave de la personnalité »³⁸⁴. Ainsi, ces dispositions du code de procédure pénale présentent le trouble de la personnalité telle une délimitation de la dangerosité criminologique et la source privilégiée de la probabilité ou du risque de récidive.

2. La dangerosité psychiatrique, une corrélation entre criminalité et troubles mentaux

La genèse de la dangerosité psychiatrique. Initialement, la dangerosité psychiatrique est étroitement liée aux individus en situation de troubles mentaux, autrement dit, aux malades mentaux. La loi du 30 juin 1838 puis la loi du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation³⁸⁵ a formalisé l'existence d'une dangerosité psychiatrique. Celle-ci disposait que « toute personne dont l'aliénation compromettrait l'ordre public ou la sûreté des personnes »³⁸⁶ devait faire l'objet d'un placement dans un établissement d'aliénés du fait de la dangerosité imminente qu'il représentait. Cette idée a été ensuite

³⁸⁰ Définition de la Fédération française de psychiatrie et reprise par le Professeur Jean-René Lecerf dans son rapport sur la rétention de sûreté et la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental ainsi que par le Professeur Delmas-Marty, « Libertés et sûreté dans un monde dangereux », ed Seuil, 2010 p. 45.

³⁸¹C. Debuyst, Dangerosité et justice pénale, ambiguïté d'une pratique, Paris, Masson, 1981.

³⁸² Entre autres par P. Boudou et S. Chéné, « d'une société du risque à une société du danger », in Les nouvelles figures de la dangerosité p. 176.

³⁸³ Alinéa 1 de l'Article 706-53-13 du code de procédure pénale.

³⁸⁴ Ibid.

³⁸⁵ Loi n° 7443 du 30 juin 1838 puis la loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisés en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation.

³⁸⁶ Loi n° 7443 du 30 juin 1838 puis la loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisés en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation.

reprise par l'école positiviste selon laquelle les aliénées devaient être soumis « aux sanctions et mesures de droit pénal moderne, fondé sur l'état dangereux du délinquant »³⁸⁷. Enfin, la dangerosité psychiatrique, à mesure qu'elle intégra le champ pénal, a été naturellement associée à la notion de risque. Le rapport de la commission santé-justice³⁸⁸ définit la dangerosité psychiatrique comme « *un risque de passage à l'acte principalement lié à un trouble mental et notamment au mécanisme et à la thématique de l'activité délirante* »³⁸⁹ renvoyant ainsi la dangerosité psychiatrique à une maladie mentale. Finalement, la dangerosité psychiatrique est donc la source du risque et se situe dans le champ médical en renvoyant à une maladie ou, du moins, un trouble mental.

b) Les neurosciences au service de la lutte contre la criminalité

La « gestion des flux pénaux »³⁹⁰ requiert une évaluation précoce de la dangerosité des individus. L'Europe, notamment sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme³⁹¹, n'est pas en reste de cet engouement pour la détection des personnes à risque. C'est dans ce contexte que s'est présentée l'opportunité d'un recours aux données des neurosciences³⁹² notamment dans le but de contribuer à l'évaluation de la dangerosité d'une personne donnée. Depuis les premières observations en neuroanatomie, des études cherchent à démontrer qu'il existe des invariants cérébraux qui peuvent être associés aux comportements contrevenant à la loi. A titre illustratif, une équipe de chercheur américains a fait passer un examen d'IRM à des détenus et ont identifié des anomalies corticales du thalamus et de l'amygdale chez des criminels dont on suppose une difficulté à réguler les pulsions agressives³⁹³. Si bien que certaines études ont mis en évidence des dysfonctionnements cérébraux chez les psychopathes, dont le déficit émotionnel peut être relié au fonctionnement de l'amygdale et des

³⁸⁷ J. Danet et C. Sass, Le fou et sa dangerosité, un risque spécifique pour la justice pénale, p. 782.

³⁸⁸ J.-F. Burgelin, (dir.), Santé, justice et dangerosités : pour une meilleure prévention de la récidive, Rapport de la Commission Santé-Justice, La documentation française, 2005, p. 10.

³⁸⁹ Ibid.

³⁹⁰ G. Giudicelli-Delage, Un monde (simplement) habitable, in « La dangerosité saisie par le droit pénal », p. 294.

³⁹¹ La Cour européenne des droits de l'homme encourage la prévision en imposant aux Etats l'obligation d'anticiper les risques de meurtre par des individus bénéficiant d'un aménagement de peine : cf R. Parizot, Prévention de meurtre : la Cour européenne des droits de l'homme va-elle- trop loin ? D. 2013, p. 188.

³⁹² P. Larrieu, Neurosciences et évaluation de la dangerosité, Revue Interdisciplinaire d'études juridiques, 2014, n° 72, p. 1.

³⁹³ A. Raine, The psychopathology of crime, Criminal behavior as clinical disorder, Academic Press 1993.

anomalies au niveau du cortex³⁹⁴. Des facteurs chimiques peuvent également intervenir dans le passage à l'acte. Des études en neurochimie montrent ainsi qu'un déficit de neurotransmetteur peut impliquer une agressivité excessive³⁹⁵. Pour autant, on ne peut se satisfaire d'une analyse purement biologique indépendamment de l'histoire de l'individu³⁹⁶.

Section 2 - La dangerosité, source d'extension de la sanction pénale

1§ La rétention de sûreté signe d'un renouveau du concept de dangerosité

a) Une dangerosité à double détente

1. Une dangerosité fondée sur une probabilité de récidive

L'inflation législative qui s'est lentement substituée à l'inflation législative est relativement récente mais révèle, pour un certain nombre d'auteurs³⁹⁷ de la doctrine pénale française, à un retour en grâce de la notion de dangerosité, particulièrement dans le domaine de la psychiatrie et de la criminologie. En premier lieu, la condition subjective de la rétention de sûreté correspond à une particulière dangerosité caractérisée par « *une probabilité très élevée de récidive* »³⁹⁸. Dès lors, cette dangerosité doit être caractérisée par une probabilité très élevée de récidive. Les infractions redoutées et dont il s'agit de prévenir la commission sont identiques à celles qui ont justifié la condamnation prononcée. Les textes évoquent tantôt la « récidive », tantôt le risque de « commission » des infractions mentionnées. On peut donc se demander si le législateur vise uniquement la récidive légale ou plus généralement toute réitération de ces infractions. Cela dit, la distinction ne semble en réalité pas d'un grand intérêt puisqu'il s'agit, en tout état de cause, d'un simple risque – d'une projection sur l'avenir – dont on ne saura par hypothèse jamais s'il se serait véritablement réalisé

³⁹⁴ B. Rouillet, Crime et biosciences : l'exemple de la psychopathie, in « L'impact des neurosciences sur les disciplines juridiques et les autres sciences humaines et sociales », p. 85.

³⁹⁵ C. Blatier, Introduction à la psychocriminologie, p. 50.

³⁹⁶ B. Baertschi, La neuroéthique, Ce que les neurosciences font à nos conceptions morales, p. 87.

³⁹⁷ H. Bazex, P. Mbanzoulou, O. Razac, Les nouvelles figures de la dangerosité, l'Harmattan, 2008, P.7.

³⁹⁸ Article 706-53-13 du code de procédure pénal.

en l'absence de prononcé de la rétention de sûreté. En effet, une fois enfermée, la personne n'aura en principe pas l'occasion de passer à l'acte. Et si elle venait à réitérer les crimes concernés une fois libérée – pourvu qu'elle le soit un jour – les conditions de la récidive légale seraient réunies quoi qu'il en soit.

2. Une dangerosité fondée sur un trouble grave de la personnalité

En second lieu, la dangerosité doit être caractérisée par une probabilité très élevée de récidive « *parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité* »³⁹⁹. C'est-à-dire qu'il faut non seulement que les personnes concernées par ladite rétention de sûreté soient susceptibles de faire l'objet d'une thérapie. Mais il faut également que la dangerosité découle de ce trouble de la personnalité, la formulation légale « parce que » supposant un tel lien de causalité. Finalement, la dangerosité semble ainsi circonscrite aux conditions de probabilité de récidive et de troubles graves de la personnalité. Pour autant, Le critère de la dangerosité reste cependant une condition éminemment floue et subjective, impossible à circonscrire avec certitude. Qui plus est, le dispositif induit une confusion entre dangerosité criminologique et psychiatrique, en supposant qu'un trouble grave de la personnalité puisse permettre de démontrer un risque de récidive (lato sensu). La confusion est d'autant plus grande que même la notion du trouble de la personnalité ne fait pas consensus en psychiatrie. Il n'y a pas davantage d'accord entre les spécialistes sur les modalités du traitement de ce type de trouble, ni même sur la faisabilité de celui-ci. C'est donc sur une base relativement bancal que doit être réalisée l'expertise médicale et que la commission pluridisciplinaire – dont la composition et les compétences sont également critiquables – doit établir un risque très élevé de récidive.

b) Une définition hybride de la dangerosité

Alors que le concept de dangerosité semble prendre un nouveau tournant à l'aune du développement et de l'évolution substantielle des mesures de sûreté – à l'image de la consécration en droit interne de la rétention de sûreté- il semble,

³⁹⁹ Ibid.

en l'espèce, qu'il soit circonscrit à un domaine plus restreint. Autrement dit, le concept de dangerosité semble se répandre dans notre droit pénal à mesure que se répandent les mesures de sûreté mais, dans le même temps, son domaine semble de plus en plus circonscrit. Une des premières explications à ce phénomène pourrait être l'hybridation⁴⁰⁰ d'une telle mesure entre la peine et la mesure de sûreté qui amènerait le concept de dangerosité au mieux à se restreindre et, au pire, à devenir illisible. Ainsi, la rétention est hybride mais le concept de dangerosité l'est tout autant. La dangerosité est hybride car elle peut être de nature criminologique ou psychiatrique mais également car elle relève de l'appréciation de facteurs de risque construits à partir d'études statistiques et mesurés par une expertise réelle. Hybride encore en ce qu'elle est évolutive, en effet, la dangerosité doit s'envisager de manière dynamique car une personnalité dangereuse évolue et son niveau de dangerosité aussi. Finalement, la politique criminelle de ces dernières décennies réaménage considérablement le rôle du concept de dangerosité au sein du champ pénal. L'émergence de la rétention de sûreté, mesure hybride entre la mesure de sûreté et la peine, semble mettre en lumière les difficultés et les multiples approches de la dangerosité.

2 § La dangerosité comme critère de multiples infractions pénales

a) Une dangerosité dite « factuelle »

La dangerosité, fondement de différentes sanctions pénales. La réponse pénale apportée à l'acte commis par des personnes irresponsables est déjà présente dans la doctrine du XIX^{ème} siècle. Au nom de l'état dangereux, certains auteurs préconisaient la judiciarisation des actes commis par des criminels aliénés. La doctrine positiviste souhaitait ainsi traiter les « fous criminels » dans le cadre pénal mais aussi pénitentiaire. Au XX^{ème} siècle, dans le même esprit, le Professeur Donnedieu de Vabres⁴⁰¹ suggérait l'internement des aliénés criminels au nom du danger social qu'ils représentent. Ensuite, la volonté d'incrimination de la dangerosité à largement participée à l'émergence des mesures de sûreté. Cette

⁴⁰⁰ J. Danet, La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante, Champ pénal/Penal field, 2008.

⁴⁰¹ H. Donnedieu de Vabres, Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée, p 52.

émergence des mesures de sûreté étant, elle-même, motivée par une préoccupation préventive, elle se trouve ainsi justifiée par la dangerosité des comportements qui pourraient avoir de graves conséquences. C'est pourquoi l'objet même des mesures de sûretés consiste en la surveillance, l'éducation, le traitement voire la neutralisation - dans le cas de la rétention de sûreté - d'un individu dangereux. Enfin, l'émergence de peines dites « alternatives » ou « complémentaires » épouse également cette volonté de prévenir la dangerosité. Si bien que la plupart des peines complémentaires de l'article 131-10 du code pénal mais également des peines principales privatives ou restrictives de droit de l'article 131-6 du même code poursuivent le même but : la prévention de la dangerosité.

La prise en charge médicale de la dangerosité ante délictum. Dès lors que l'ordre public et la sécurité des personnes entrent en ligne de compte, la réponse médicale à travers des soins psychiatriques, la dimension sécuritaire prend une dimension particulière. D'abord, sur le fondement du concept de dangerosité, un individu peut être admis en soins psychiatriques indépendamment de la commission de l'acte criminel. Il n'est alors pas question d'une responsabilité pénale de ledit individu mais de neutraliser la dangerosité qu'il représente pour l'ordre public. L'article L 3213-1 du code de la santé publique dispose que « *le représentant de l'Etat dans le département prononce, par arrêté, au vu d'un certificat médical circonstancié pouvant émaner d'un psychiatre exerçant dans l'établissement d'accueil, l'admission en soins psychiatriques des personnes dont les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes en portant atteinte, de façon grave, à l'ordre public* »⁴⁰². Par conséquent, une personne peut être admis en soins psychiatriques sans consentement sur une décision des représentants de l'Etat si elle remplit les conditions dudit article. La jurisprudence de la haute cour de l'ordre administratif, dans une fameuse décision rendue le 9 juin 2010⁴⁰³, affirme que « *le certificat médical circonstancié ne peut émaner d'un psychiatre exerçant dans*

⁴⁰² Article L 3213-1 du code de la santé publique.

⁴⁰³ Conseil d'Etat, 9 juin 2010, Pierre A contre Préfet de la Meuse, n° 321506 : le certificat ne peut être établi par un médecin non psychiatre de l'établissement d'accueil ou par un médecin extérieur à cet établissement, qu'il soit psychiatre ou non.

*l'établissement accueillant le malade. Les arrêtés préfectoraux sont motivés et énoncent avec précision les circonstances qui ont rendu l'hospitalisation nécessaire »*⁴⁰⁴. Autrement dit, le Conseil d'État confirme qu'un certificat médical réalisé par un médecin autre qu'un psychiatre peut fonder la demande d'hospitalisation prononcée par un arrêté préfectoral. Le préfet rend donc un arrêté préfectoral motivé et circonstancié énonçant ce qui a rendu l'admission en soins nécessaires et désigne un établissement de santé qui devrait assurer la prise en charge du patient. Ainsi, l'arrêté préfectoral prend donc en considération non seulement la santé de l'individu mais également le danger qu'il représente pour l'ordre public. Ensuite, il existe une procédure d'urgence organisée par l'article L 3213-2 du code de la santé publique qui énonce que « *en cas de danger imminent pour la sûreté des personnes, attesté par un avis médical, le maire et, à Paris, les commissaires de police arrêtent, à l'égard des personnes dont le comportement révèle des troubles mentaux manifestes, toutes les mesures provisoires nécessaires, à charge d'en référer dans les vingt-quatre heures au représentant de l'État dans le département qui statue sans délai et prononce, s'il y a lieu, un arrêté d'admission en soins psychiatriques dans les formes prévues à l'article L. 3213-1* ».⁴⁰⁵ Par conséquent, ici encore, la dangerosité de l'individu atteint de troubles mentaux est appréciée en fonction du danger qu'il fait peser à la "sûreté des personnes". L'individu fait peser un danger à l'ordre public mais, cette fois-ci, de manière "imminente". Ce danger imminent doit être attesté par un avis médical qui constituera le fondement de la décision du pouvoir exécutif. En ce qui concerne la procédure, si le Maire prend une telle mesure, il doit en référer au Préfet dans les 24 heures. Ce dernier devra alors statuer sans délai et prononcer, s'il l'estime opportun, un arrêté d'admission en soins psychiatriques de manière motivée en énonçant précisément les circonstances rendant nécessaires l'admission en soins et en désignant l'établissement de santé qui devra assurer la prise en charge de l'individu.

⁴⁰⁴ Ibid.

⁴⁰⁵ Article L 3213-2 du code de la santé publique.

La prise en charge de la dangerosité post délictum. La dangerosité d'un individu peut être prise en considération après la commission de l'acte criminel et fonder ainsi l'admission en soins psychiatriques. Il existe deux types de situations : d'une part, les malades mentaux déclarés irresponsables et d'autre part, les malades mentaux détenus. D'abord, le code pénal de 1810 posait déjà le principe selon lequel le trouble mental affectant le discernement est une cause de non imputabilité de la responsabilité de l'individu concerné. Le code pénal actuel a repris ce principe à l'article 122-1⁴⁰⁶ qui, en son premier alinéa, énonce que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes.* »⁴⁰⁷. Dès lors que le juge d'instruction ou la juridiction de jugement estiment qu'il existe des charges suffisantes contre l'individu, une ordonnance ou un jugement est rendu pour permettre aux autorités judiciaires d'avertir l'autorité administrative de la nécessité de prodiguer des soins à l'individu concerné. Cela, sur le fondement de l'article L 3213-7 du code de santé publique qui dispose que « *lorsque les autorités judiciaires estiment que l'état mental d'une personne qui a bénéficié, sur le fondement du premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal, d'un classement sans suite, d'une décision d'irresponsabilité pénale ou d'un jugement ou arrêt de déclaration d'irresponsabilité pénale nécessite des soins et compromet la sûreté des personnes ou porte atteinte de façon grave à l'ordre public, elles avisent immédiatement la commission mentionnée à l'article L. 3222-5 du présent code ainsi que le représentant de l'Etat dans le département qui ordonne sans délai la production d'un certificat médical circonstancié portant sur l'état actuel du malade* »⁴⁰⁸. Ensuite, l'article 706-135 du code de procédure pénale qui énonce que « *lorsque la chambre de l'instruction ou une juridiction de jugement prononce un arrêt ou un jugement de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, elle peut ordonner, par décision motivée, l'admission en soins psychiatriques de la personne, sous la forme d'une hospitalisation complète dans un établissement mentionné à l'article L. 3222-1 du même code s'il est établi par une expertise psychiatrique figurant au dossier de la procédure que les troubles mentaux de l'intéressé nécessitent des soins et*

⁴⁰⁶ Modifié par loi n°2014-896 du 15 août 2014 - art. 17.

⁴⁰⁷ Article 122-1 du code pénal.

⁴⁰⁸ Article L 3213-7 du code de santé publique.

compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public »⁴⁰⁹ permet, à la juridiction, de prononcer elle-même l'admission de soins psychiatriques. Finalement, l'autorité judiciaire et l'autorité administrative peuvent prendre, sans le consentement de l'individu concerné, la décision d'admission de soins psychiatriques dès lors que l'individu, irresponsable pénalement, présente un danger pour l'ordre public et que son état nécessite des soins. Mais les soins psychiatriques ne sont pas réservés aux seuls irresponsables. Effectivement, ils peuvent être également appliqués à des détenus dont l'état de santé ne permet plus qu'ils soient maintenus dans un établissement pénitentiaire, toujours au nom de la dangerosité. Plus précisément, l'article D 398 du code de procédure pénale énonce que « *les détenus atteints des troubles mentaux visés à l'article L. 3214-3 du code de la santé publique*⁴¹⁰ *ne peuvent être maintenus dans un établissement pénitentiaire. Au vu d'un certificat médical circonstancié et conformément à la législation en vigueur, il appartient à l'autorité préfectorale de faire procéder, dans les meilleurs délais, à leur hospitalisation d'office dans un établissement de santé habilité au titre de l'article L. 3214-1 du code de la santé publique* »⁴¹¹. Dès lors, le préfet prononce l'admission de l'individu en soins psychiatriques sans consentement, au vu d'un certificat médical circonstancié.

L'intérêt d'une approche psycho sociale de la dangerosité. Nathalie Przygodzki-Lionet plaide pour une approche psycho sociale de la dangerosité c'est-à-dire, une approche de la dangerosité visant, au travers de cette « science des interactions »⁴¹² à discerner, par une analyse in concreto, l'individu en tant qu'être ou plus globalement en tant que membre d'une catégorie social ainsi que l'environnement dans lequel l'individu évolue. Cette approche a pour vertu de prendre en considération le rôle des causes situationnelles liées à l'individu. Pour l'auteur, l'erreur fondamentale serait de sous-estimer le rôle essentiel des causes situationnelles – c'est-à-dire juger in concreto la dangerosité de l'individu - dans

⁴⁰⁹ Article 706-135 du code de procédure pénale.

⁴¹⁰ L'article L 3214-3 du code de santé publique vise les troubles mentaux « *rendant impossible son consentement et constituant un danger pour elle-même ou pour autrui* ».

⁴¹¹ Article D 398 du code de procédure pénale.

⁴¹² N. Przygodzki-Lionet, Relations entre blâme, intention, conséquences, âge de l'agresseur et âge de la victime, chez les enfants, les adultes et les personnes âgées, Thèse, Paris V, 1996.

l'explication des évènements au profit des causes dispositionnelles -c'est-à-dire juger in abstracto la dangerosité de l'individu-.

b) La rétention de sûreté, réponse logique de la dangerosité

1. La dangerosité comme critère du risque de récidive

La loi du 25 février 2008, une première esquisse d'une définition juridique. Effectivement, comme évoqué précédemment, l'article 706-53-13 du code de procédure pénale dispose que « *à titre exceptionnel, les personnes dont il est établi, à l'issue d'un réexamen de leur situation intervenant à la fin de l'exécution de leur peine, qu'elles présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité peuvent faire l'objet, à l'issue de cette peine, d'une rétention de sûreté [...]* »⁴¹³. Cette esquisse de définition juridique et législative de la dangerosité semble être l'une des plus dense que la législation offre. En premier lieu, il semble important de souligner que cette définition incorpore l'idée de la constatation d'un risque plus que d'une simple évaluation subjective. En deuxième lieu, cette définition évoque une « *particulière dangerosité* »⁴¹⁴ donnant une teneur singulière au niveau de la dangerosité et devant être associé à la notion de « probabilité ». En troisième lieu, bien que ladite définition législative semble constituer une véritable esquisse d'une définition juridique de la dangerosité, elle semble, pour autant, liée de manière indissociable le concept de dangerosité au risque de réitération notamment du fait de troubles de la personnalité de l'individu.

La rétention de sûreté, une réponse autonome à la dangerosité. Le droit pénal de la dangerosité étant un droit complémentaire au droit dit « classique » il semble légitime qu'il comporte des mesures spécifiques. En la matière, la rétention de sûreté s'autonomise par sa spécificité de leur fondement et de leur objectif. La rétention de sûreté est fondée quasi exclusivement sur la dangerosité de l'individu et ayant pour principal objectif de prévenir la commission d'une infraction. Ainsi, la

⁴¹³ Article 706-53-13 du code de procédure pénale.

⁴¹⁴ Ibid.

rétenion de sûreté intervient donc en complément de la peine et la dangerosité se substitue à la responsabilité pénale. Effectivement, la notion de dangerosité a suscité et suscite toujours une intense réflexion chez les professionnels de la justice et les praticiens de la santé exerçant dans le domaine criminel. Si bien que les pouvoirs publics s'en sont emparés en légiférant à de nombreuses reprises. La loi du 25 février 2008⁴¹⁵ en est une illustration.

2. La peine, une sanction pénale étrangère à la notion de dangerosité

La peine, une sanction pénale déliée de la notion de dangerosité. Comme le rappelle très justement Maxime Brenaut⁴¹⁶ « *la peine est intimement et indéfectiblement liée à l'infraction* »⁴¹⁷. Autrement dit, le lien de la peine à l'infraction révèle la nature rétrospective de la peine tournée vers un acte incriminable passé : l'infraction. La peine réprimande un acte déjà commis et non pas un acte qui aurait vocation à être commis. Elle sanctionne, au nom de la société, un acte répréhensible et non pas un risque. C'est, en somme, une réponse punitive naturelle à l'infraction visant, au titre de l'exercice d'une violence légitime, à pacifier les relations entre acteurs d'un groupe social. Les caractères afflictif et infamant propres à la peine et déliés de la notion de dangerosité sont ainsi renforcés. La philosophie Kantienne définirait la peine comme une rétribution qui reviendrait naturellement à celui qui aurait commis une infraction. Il en résulte que la peine n'a pas vocation à sanctionner la dangerosité d'un individu mais bien de sanctionner un acte incriminable d'un point de vu des règles de droit qui régissent la vie en société. Au contraire, les mesures de sûretés visent à neutraliser un individu qui présente un caractère dangereux. En outre, le débat sur le sens de la peine est parfois un débat plus philosophique que juridique dans lequel il n'est pas aisé de trouver une issue univoque. En effet, si on appréhende ce débat sous le prisme de la lutte contre la récidive, l'objectif de correction du récidiviste peut prendre le pas sur le caractère rétributif de la sanction pénale. Car la lutte contre la récidive peut contraindre l'individu concerné à l'isolation le temps qu'il perde la

⁴¹⁵ Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

⁴¹⁶ V. M. Brenaut, *Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français*, thèse, Paris, 2016, p. 146-150.

⁴¹⁷ Ibid.

possibilité matérielle de récidiver. C'est ainsi que Cesare Lombroso vint à écrire que « *la récidive constitue non pas l'exception mais la règle dans la vie criminelle* »⁴¹⁸. Autrement dit, il n'est pas nécessaire d'attendre une seconde infraction – une récidive effective – pour agir au nom de la lutte contre la récidive. Ainsi, même si, à ce stade, le législateur n'a pas entendu consacrer de véritables mesures carcérales ante delictum, ont été consacrées de nombreuses mesures de sûreté visant à prévenir la récidive et sanctionner ainsi un comportement et non le résultat de ce comportement en faisant réagir la justice avant que l'atteinte aux valeurs de la société ne soit effective.

La peine, une sanction s'adaptant à l'émergence du concept de dangerosité. Au fil du temps, la peine semble voir ses fonctions originelles rétributive, punitive et d'intimidation s'effritées. Du moins, les caractères de la peine semblent évolués et promouvoir la fonction de protection de la sûreté de la société et la prévention. L'illustration révélatrice de cette évolution des fonctions de la peine est l'émergence progressive des peines complémentaires faisant office de prémisses des mesures de sûreté. De même, les alternatives à la peine ou l'émergence du sursis sont encore des illustrations des mutations fonctionnelles de la peine. Pour autant, en matière criminelle, la peine garde ses fonctions rétributives. Effectivement, pour sanctionner les infractions les plus importantes, la peine de référence est l'incarcération. En matière délictuelle, la fonction punitive de la peine s'amointrie de plus en plus en prenant davantage en considération les concepts de réinsertion et de dangerosité. Pour répondre à la dangerosité, les tribunaux correctionnels utilisent le suivi socio-judiciaire et la contrainte pénale au nom de la « probation »⁴¹⁹. De même, toujours en matière correctionnelle, le recours à l'amende semble la seule fonction rétributive qui émerge en dépit de l'incarcération. Ainsi, les autres peines relèvent quasi-exclusivement du traitement de la réinsertion et de la gestion de la dangerosité de l'individu concerné.

⁴¹⁸ E. Ferri, *Sociologie criminelle*, 1893, cité par F. Chavaud – repris de justice et incorrigibles – in F. Briegel., M. Porret (dir.), *Le criminel endurci, Récidive et récidivistes du Moyen-Age au XXème siècle*, p.251-262.

⁴¹⁹ A. Decocq, *Droit pénal général*, p.381 dans lequel il qualifie la probation telle une mesure de sûreté.

Chapitre 2 - La pertinence d'un élargissement de la rétention de sûreté

L'évolution de la criminalité moderne nous amène à affirmer la nécessaire adaptation de notre droit pénal (Section I), en analysant la pertinence juridique de l'élargissement de la rétention de sûreté (Section II).

Section 1- La nécessaire adaptation de notre droit pénal

1§ - L'évolution de la lutte contre la récidive

a) La lutte contre la récidive, une préoccupation historique

Les éléments définitoires de la récidive. Du latin *recediva* « qui retombe », il s'agit, pour Gérard Cornu⁴²⁰ « *d'un fait pour un individu qui a encouru une condamnation définitive à une peine par une juridiction française et pour une certaine infraction, d'en commettre une autre distincte soit de même nature soit de nature différente* »⁴²¹. Le fameux rapport de la commission dirigée par Marie-Elizabeth Cartier relevait que « *la récidive est à coup sûr l'un des problèmes les plus graves posés aux pouvoirs publics dans un état de droit* ». ⁴²² Un des problèmes les plus graves car traduisant l'échec des politiques pénales de lutte contre la criminalité. Effectivement, comme le souligne remarquablement Chloée Arnoux⁴²³, chacun pourra relever la dimension prométhéenne de la récidive car l'ensemble des efforts visant à tenter de dompter la nature et libérer l'humanité de son asservissement ont été vains. Selon Hegel, « *le martyr de Prométhée met en pleine lumière les conséquences douloureuses d'une libération manquée* »⁴²⁴. Pour autant, sa libération par Héraclès et la renaissance constante de son foie illustre le fabuleux esprit de résilience face à

⁴²⁰ G. Cornu, Vocabulaire juridique, 11ème éd, 2018, p.859.

⁴²¹ Ibid.

⁴²² E. Cartier, rapport à M. Le Garde des Sceaux – Commission d'étude pour la prévention de la récidive des criminels, Ministère de la justice, 1994, cité par P. Poncela – Promenade de la politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité – in J. Alvarez , H. Base , P. Razac – les nouvelles figures de la dangerosité, L'harmattan, coll sciences criminelles , école nationale d'administration pénitentiaire, 2008, p. 96-97.

⁴²³ C. Arnoux, La lutte contre la récidive : tropisme de la politique pénale contemporaine, sous la dir. de Didier Rebut, Mémoire présenté pour l'obtention du Master de droit pénal, Université Paris II Panthéon-Assas, 2011-2012.

⁴²⁴V. Œuvre d'Hegel, analysée dans l'ouvrage de H. Arvon, la philosophie du travail, 1979 cité par G.Farago (dir) – Philosophie, Terminales L-ES-S – Bréal, 2004, p.211.

son propre échec. C'est ainsi que le concept de lutte contre la récidive semble s'inscrire dans cette logique. Tout comme le fait que Prométhée refusait de se soumettre et de se plier à la tyrannie de Zeus, les pouvoirs publics se déploient pour vaincre les penchants humains criminels pour lutter fermement contre la récidive. A l'image de ce qui pourrait être une « obsession créatrice »⁴²⁵ sous-tendue par la peur mobilisatrice qu'est celle du crime. Même si le droit positif et la législation actuelle ne donne pas une définition générale du concept de récidive, l'article 132-8 du code pénal énonce que « *lorsqu'une personne physique, déjà condamnée définitivement pour un crime ou pour un délit puni de dix ans d'emprisonnement par la loi, commet un crime, le maximum de la peine de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle est la perpétuité si le maximum fixé par la loi pour ce crime est de vingt ou trente ans. Le maximum de la peine est porté à trente ans de réclusion criminelle ou de détention criminelle si le crime est puni de quinze ans* »⁴²⁶. Ainsi, ledit article permet d'appréhender le sens de la conception juridique du concept de récidive. En effet, le concept de récidive intervient lorsqu'un individu ayant commis un acte incriminable récidive après avoir été définitivement condamné pour son premier acte incriminable. Dès lors, le concept de récidive n'intervient pas uniquement après le prononcé d'une première condamnation et la commission d'une seconde infraction car un critère temporel doit être pris en compte comme un critère tenant à la nature de l'infraction. Dès le XV^{ème} siècle, le terme de « récidive » signifiait pour les membres de la magistrature « commettre un acte criminel une deuxième fois ». Au XVI^{ème} siècle, la récidive est considérée – dans le jargon juridique- comme le fait social consistant en la réitération d'un crime après avoir été jugé pour un premier crime de même nature ou de nature différente. Au XIX^{ème} siècle, le terme de « récidive » retrouve sa signification originelle, à savoir la manifestation d'un virus, d'une maladie qui avaient déjà contaminé le criminel avant qu'il ne soit une nouvelle fois contaminé. Dès lors, le prisme médical pour définir le concept de récidive précède le prisme juridique stricto sensu. C'est ainsi que le dictionnaire de la langue française d'Emile Littré⁴²⁷ propose la définition suivante de la « récidive » : « 1. *Terme de médecine. Réapparition d'une*

⁴²⁵ B. Schnapper, La récidive : une obsession créatrice au XIX^{ème} siècle – Colloque du XXI^{ème} congrès de l'Association française de criminologie : le récidivisme, 1983, cité par F. Briegel., M.Porret – Récidive, récidivistes et droit de punir – in F. Briegel., M.Porret (dir.), Le criminel endurci, Récidive et récidivistes du moyen-âge au XX^{ème} siècle – Recherches et rencontres, Publication de la Faculté de lettres de Genève, Droz, 2006, p.9-22.

⁴²⁶ Article 132-8 du code pénal.

⁴²⁷ E. Littré, Dictionnaire de la langue française, Tome V, à « Récidive », 1994, p. 5281.

maladie après le rétablissement complet de sa santé, au bout d'un laps de temps indéfini qui quelques fois se compte par année. La récurrence d'une tumeur qui avait été extirpée. 2. Action de retomber en la même faute, le même délit, le même crime »⁴²⁸. Cette métaphore filée de la maladie attachée au concept de récurrence se vérifiera au fil des années y compris dans la littérature. Effectivement, durant la période des lumières, Montesquieu, en soutenant la thèse de Platon fondée sur la thérapeutique pénale selon laquelle « *un citoyen mérite la mort lorsqu'il a ôté la vie, ou qu'il a entrepris de l'ôter. Cette peine de mort est comme le remède de la société malade* »⁴²⁹. En outre, dans l'encyclopédie des sciences, arts et métiers, Louis de Jaucourt associe la récurrence à un acte encore plus grave que le crime lui-même en affirmant que « *le degré de plus ou moins grande malice, les motifs qui ont porté au crime, la manière dont il a été commis, les instruments dont on s'est servi, le caractère du coupable, la récurrence, l'âge, le sexe, le temps, les lieux, etc. contribuent pareillement à caractériser l'énormité plus ou moins grande du crime*⁴³⁰ ». En deuxième lieu, depuis le moyen-âge, la récurrence est associée au concept d'incorrigibilité. En effet, selon le Professeur Claude Gauvard⁴³¹, la notion d'incorrigible est directement associée au concept de récurrence car l'incorrigible est l'image de l'individu vivant du crime tel un saltimbanque dangereux et contre lequel la peine ne trouve aucune efficacité. Ce terme d'incorrigibilité est également associé au champs médical car, au fil du temps, le diagnostic de l'incorrigibilité se réalisait à travers des examens cliniques⁴³² et psychologique du délinquant.

Une théorie ancienne. Pierre Bourdieu⁴³³ écrivait qu'il « *ne faut jamais prendre les concepts de l'histoire qu'avec des pincettes historiques* »⁴³⁴. C'est pourquoi, y compris en matière juridique et plus particulièrement en matière de récurrence, il semble essentiel de resituer les problématiques de droit afférentes pour mieux les apprécier. Louis André théorise à la fin du XIX^{ème} siècle les causes,

⁴²⁸ Ibid.

⁴²⁹ Platon, Gorgias, 478 d-e, traduction et notes par Monique Canto, Paris, 1987, p. 203 et Montesquieu, De l'Esprit des lois (1748), introduction et notes par Robert Derathé, XII, iv, Paris, 1973, 2 vol., I, p. 205.

⁴³⁰ Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, arts et métiers, 1751-1752, chevalier de Jaucourt, article « Crime », III, 1754.

⁴³¹ V. C. Gauvard, punir et réparer en justice du XV^{ème} au XXI^{ème} siècle, ed la documentation française, 2019.

⁴³² M. Renneville, Le criminel-né : imposture ou réalité ?, criminocorpus, revue hypermedia, autour des archives d'anthropologie criminelle, 2 janvier 2005.

⁴³³ O. Bourdieu, Sur les rapports entre la sociologie et l'histoire en Allemagne et en France, Actes de la recherche en sciences sociales, 1995, vol. 106, n°1, p. 116.

⁴³⁴ Ibid.

les effets et les remèdes à la récidive qu'il considérait comme « *la persistance dans la violation du commandement légal*⁴³⁵ », une sorte de rechute après avoir subi le châtement de la peine. Mais la récidive dénote surtout un manque d'efficacité de la répression. Il trouve à ce phénomène plusieurs explications. La principale est que la criminalité se concentre sur un nombre réduit et circonscrit d'individus⁴³⁶. De plus, l'influence des malfaiteurs d'habitude durant les périodes de détention s'exerce également en dehors de la prison.

Des fondements anciens à une répression accrue pour lutter contre la récidive. Selon les Professeurs Briegel et Porret⁴³⁷, les juges usaient du terme « récidiver » pour viser précisément le fait de perpétrer une nouvelle fois un acte incriminable ayant déjà fait l'objet d'une première sanction. Ce faisant, le terme de « récidive » n'a été consacré que tardivement en droit pénal, bien après que l'on s'intéresse à son traitement. En effet, comme le souligne très justement le Professeur Tourelle⁴³⁸, « *les premières traces d'une graduation pénale fondée sur la répétition de l'acte criminel et sur l'accumulation des châtements se rencontrent dans les pénitentiels rédigés à l'usage des moines* »⁴³⁹ au VI^{ème} siècle, dans le cadre d'une restauration de la discipline monastique. Puis, l'ordre religieux connaîtra un glissement progressif vers l'ordre laïc et les capitulaires du siècle⁴⁴⁰ suivants portèrent l'idée de hiérarchie pénale en fonction de l'accumulation des actes incriminables commis. Dès lors, à la fin du VIII^{ème} siècle⁴⁴¹, un capitulaire de Charlemagne décréta le principe suivant : « *la première fois, le voleur ne mourra pas, mais il perdra un œil, à la deuxième fois, on lui coupera le nez et à la troisième fois, il mourra* »⁴⁴². Ce principe visait, quant à lui, à restaurer l'autorité publique de plus en plus amoindrie par la féodalité. Ce n'est qu'au cours du XII^{ème}

⁴³⁵ L. André, *La récidive, théorie d'ensemble et commentaire détaillé*, Chevalier Marescq, 1892, p. 3-11.

⁴³⁶ Ibid.

⁴³⁷ V. F. Briegel – M. Porret, *Le criminel endurci. Récidive et récidivistes du Moyen Âge au XX^{ème} siècle*. Actes du colloque de l'International Association for the History of Crime and Criminal Justice tenu à Genève du 6 au 8 juin 2002, Droz, Genève, 2006, 395 p.

⁴³⁸ B. Tourelle, *Larrons incorrigibles et voleurs fameux* in F. Brigel et F. Porret (dir.), *Le criminel endurci, Récidive et récidivistes du Moyen-Âge au XX^{ème} siècle*, p. 44.

⁴³⁹ Ibid.

⁴⁴⁰ V. C. Arnoux, *La lutte contre la récidive : tropisme de la politique pénale contemporaine*, sous la dir. de D. Rebut, Mémoire présenté pour l'obtention du Master de droit pénal, Université Paris II Panthéon-Assas, 2011.

⁴⁴¹ Plus précisément, en 779.

⁴⁴² B. Tourelle, *Larrons incorrigibles et voleurs fameux* in F. Brigel et F. Porret (dir.), *Le criminel endurci, Récidive et récidivistes du Moyen-Âge au XX^{ème} siècle*, p. 45.

siècle, à travers la redécouverte du droit romain, que la récidive intéressera notamment par la volonté de réprimer plus sévèrement l'acte criminel. En effet, le droit coutumier incorpora le principe de répression graduelle dans un but purement et exclusivement punitif. Ce n'est effectivement qu'au XV^{ème} siècle que le caractère dissuasif et purificatif prospéra avec l'idée selon laquelle la justice doit donner l'exemple et « *oster les mauvais bon*⁴⁴³ ». A la toute fin du XIX^{ème} siècle, un véritable changement de perspective s'opère avec la forte influence de la doctrine positiviste selon laquelle certains hommes commettent des actes criminels non du fait d'une mauvaise utilisation de le libre arbitre mais parce qu'ils sont intrinsèquement destinés et inévitablement portés par le crime. Cela, dans une optique préventive et non plus uniquement répressive et rétributive. La doctrine de la nouvelle défense sociale portée par Marc Ancel viendra nuancer les théories positivistes tout en s'inscrivant dans leur giron. La théorie de la défense sociale développa l'idée selon laquelle le récidiviste ne représentait plus fatalement un ennemi de la société en soi mais représentait néanmoins un véritable échec de celle-ci.

Le regard de la récidive par la doctrine pénale au XIX^{ème} siècle. En premier lieu, la doctrine a porté un regard critique sur le code pénal de 1810⁴⁴⁴. Le premier auteur à s'être opposé farouchement contre les mesures infligées au récidiviste dans le code pénal a été Joseph Carnot qui accordait une plus grande valeur au droit qu'aux lois. Plus précisément, l'auteur défend une vision légaliste des peines infligées aux criminels. Les peines doivent s'attacher spécifiquement à l'acte criminel commis plutôt que s'attacher au délinquant – en l'espère au passé du délinquant – car l'enjeu est celui du respect des principes du droit pénal comme le principe du « non bis in idem » selon lequel une personne déjà jugée définitivement pour un fait incriminable ne peut être poursuivie à nouveau pour le même fait. C'est ainsi que Joseph Carnot affirme que « *Les individus qui se rendent coupables, par récidive, de crimes ou délits ne peuvent inspirer, sans doute, aucune pitié mais il faut être juste avec ceux mêmes qui ne sont dignes*

⁴⁴³ M. Plagniol, La très ancienne Coutume de Bretagne, avec les Assises, Constitution de Parlement et Ordonnances ducales, suivies d'un recueil de textes divers antérieurs à 1491 – Rennes, 1896.

⁴⁴⁴ Comme le relève fort justement Jean-Louis Halpérin : cf J-L. Halpérin, La doctrine pénaliste et la récidive au XIX^{ème} siècle in « Les récidiviste » sous la direction de J.P. Allinne et M. Soula, PUR, 2010, p. 87.

d'aucune faveur et peut-on dire qu'il soit dans le principe d'une exacte justice de leur appliquer une peine plus sévère que celle qu'ils ont encouru par le genre de crimes dont ils se sont rendus coupables »⁴⁴⁵. Le deuxième auteur à s'être insurgé contre les dispositions du code pénal en matière de traitement de la récidive est Pellegrino Rossi à travers son *Traité de droit criminel*⁴⁴⁶. Effectivement, l'auteur entend défendre, sur le plan de la justice morale, qu'il ne faudrait en aucun cas changer la nature et le genre de la peine mais, plus simplement, en augmenter le taux. Le troisième et dernier auteur à s'être opposé aux dispositions de l'ancien code pénal afférentes à la lutte contre la récidive fut Faustin Hélie qui, sur les pas de Pellegrino Rossi, défendait une vision morale plus qu'utilitariste. En effet il ne faudrait pas que la lutte contre la récidive n'aboutisse à un recul de la justice morale. Plus précisément, il ne faudrait pas que cette lutte contre la réitération de l'acte incriminable ne dépasse la limitation temporelle après laquelle la mesure cesserait d'être légitime⁴⁴⁷. Par conséquent, la loi ne devrait tenir compte d'un intervalle limité entre les deux infractions durant lequel la peine pourrait être aggravée en cas de récidive. En second lieu, la doctrine du fin XIX^{ème} siècle et début XX^{ème} siècle avait une vision aux multiples facettes des récidivistes à l'image de celle perçue et décrite par la société civile. En effet, les corps sociaux - magistrats, médecins etc – les désignés tels des « vicieux et des « rebus » et des « habitués aux bagnes ». Ces multiples qualificatifs⁴⁴⁸ révèlent l'étendu et le flou de la qualification de récidiviste par la doctrine. Ainsi, Frédéric Chauvaud⁴⁴⁹ ventile les qualificatifs relatifs aux récidivistes entre les récidivistes insaisissables et les « ramas d'hommes usés »⁴⁵⁰. D'abord, les récidivistes insaisissables seraient des « escamoteurs » c'est-à-dire une catégorie de récidivistes condamnés à quelques jours de prison pour vagabondage qui poursuivent un but criminel en toute impunité. Egalement, les récidivistes insaisissables seraient des récidivistes de papier c'est-à-dire l'image du récidiviste aussi insaisissable qu'audacieux et sadique. Au fond,

⁴⁴⁵ J. Carnot, *Commentaires sur le code pénal*, Paris, R. Warée, 1823, p. 162.

⁴⁴⁶ P. Rossi, *Traité de droit pénal*, Genève, J. Barbezet, 1829, vol. III, p. 114-118.

⁴⁴⁷ F. Hélie et A. Chauveau, *Théorie du code pénal*, Paris, Legrand et Descauriot, 1837, vol. I, p. 13-28.

⁴⁴⁸ B. Schnapper, « La récidive, une obsession créatrice au XIX^{ème} siècle », *Rapport au XXI^{ème} congrès de l'Association française de criminologie*, 1982.

⁴⁴⁹ F. Chauvaud, *Les repoussés de la vie : carnassiers, paresseux, sournois et pitoyables. Imaginaire et représentations du récidiviste (1840-1940)*, in *Les récidivistes sous la direction de J-P. Allinne et M. Soula*, PUR, 2009, p. 71.

⁴⁵⁰ *Ibid.*

il s'agit d'un récidiviste presque invisible qui échappe à l'ensemble des poursuites. Ensuite, les récidivistes « irrécupérables » qui bénéficient d'une indulgence coupable. Certains s'apparentent à des êtres déçus, c'est-à-dire des individus devant lesquels la loi est inefficace et que la prison ne semble pas avoir le pouvoir de corriger. D'autres sont considérés comme des « seconds couteaux », autrement dit comme des personnages de second plan. Ces conditions permettent de distinguer la notion de « réitération »⁴⁵¹ de celle de « récidive ». Ce concept issu de la loi du 12 décembre 2005 a été consacré notamment par le législateur pour donner à une situation de fait la qualification juridique qui constituait un vide en droit interne, source d'insécurité juridique. Car contrairement à la sociologie, le droit pénal distingue la récidive légale et la réitération. A titre illustratif, Emile Durkheim affirme qu'en sociologie « *il n'est pas nécessaire que l'acte qui émane du patient ait été l'antécédent immédiat de la mort pour qu'il en puisse être regardé comme l'effet* »⁴⁵². Dès lors, le champ de la récidive est bien plus large que la définition consacrée par la loi. En toute état de cause, la récidive légale et la réitération sont marquées par un élément de convergence essentiel, le fait que l'individu qui comparait devant le juge se présente devant lui pour la seconde fois et a donc reçu une première condamnation pénale.

La consécration de la notion de réitération en droit interne. Le Professeur Jacques-Henri Robert affirme qu'entrent dans le champ de la réitération les individus ayant commis un acte criminel mais dont la qualification de récidive serait « *avortée car manquant à la condition de spécialité ou à la condition de délai mais qui comporte tout de même le prononcé d'une condamnation devenue définitive* »⁴⁵³. Le rapport⁴⁵⁴ de Pascal Clément et Gérard Léonard énonce que, dans le silence de la loi, « *la réitération d'infractions est une hypothèse dont le régime juridique se déduit dans le silence de la loi, ce qui n'est guère satisfaisant et source de confusion* » avant de préciser que la réitération, au sens judiciaire, concerne le cas par lequel « *une personne a déjà été condamnée définitivement et qu'elle commet une nouvelle*

⁴⁵¹ Expression consacrée à l'article 3 de la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales.

⁴⁵² E. Durkheim, *Le suicide, étude de sociologie*, éd PUF, 1897.

⁴⁵³ J.-H. Robert, *les murailles de sillicium*, RDP 2006, n°2, étude, paragraphe 5.

⁴⁵⁴ P. Clément – G. Léonard, *Rapport d'information en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 4 mars 2004 sur le traitement de la récidive des infractions pénales*, 7 Juillet 2004.

infraction mais dans des conditions ne correspondant pas au cadre de la récidive légale »⁴⁵⁵. En ce qui concerne les conséquences juridiques de la réitération ledit rapport affirme qu'elle « *autorise le cumul des peines sans limite, sans constituer pour autant une circonstance aggravante à l'instar de la récidive légale* »⁴⁵⁶. Dès lors, les auteurs apportent une proposition de qualification légale du concept de réitération qui sera reprise quasiment stricto sensu dans la loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales selon laquelle il y a « *réitération d'infractions pénales lorsqu'une personne a déjà été condamnée définitivement pour un crime ou un délit et commet une nouvelle infraction qui ne répond pas aux conditions de la récidive légale* ». ⁴⁵⁷ Si cette définition conjuguée à celle de la récidive légale permet d'appréhender, à travers un champs large, la quasi-totalité des actes incriminable à caractère récidiviste, le régime juridique entre la réitération et la récidive légale n'en est pas moins identique. En l'espèce, l'article 132-16-7 du code pénal énonce que « *les peines prononcées pour l'infraction, commise en réitération se cumulent sans limitation de quantum et sans possibilité de confusion avec les peines définitivement prononcées lors de la condamnation précédente* »⁴⁵⁸. Bien que le régime de la réitération diffère de celui de la récidive légale, il n'en est pas bien moins sévère pour une partie de la doctrine française. La doctrine française s'écharpe précisément sur le cumul non-plafonné et donc sans limitation de quantum des peines. Si bien que le Professeur Darssonville affirme que « *la mince nuance qui les – évoquant ainsi les régimes juridiques – oppose rend inappropriée l'application d'un système distinct de peines à leur rencontre* »⁴⁵⁹.

Le traitement de la récidive au XIXème et XXème siècle. En premier lieu, le projet de code criminel de 1801 est intéressant en ce qu'il a fortement influencé l'élaboration et la philosophie du code pénal de 1810. Ainsi, le soupçon de la récidive a justifié le rétablissement de « la marque » qui est une peine complémentaire adossée à la peine principale du bannissement ou de l'enfermement justifiée par la perversité même de l'individu ayant commis l'acte criminel. La marque a pour but premier de châtier le criminel en lui infligeant une

⁴⁵⁵ Ibid, p. 12.

⁴⁵⁶ Ibid. p.12.

⁴⁵⁷ Retranscrits aujourd'hui comme tel à l'article 132-16-7 du Code pénal.

⁴⁵⁸ Ibid.

⁴⁵⁹ A. Darssonville, La réitération, ou de la consécration légale d'une notion hybride, 2006, p. 2116.

douleur physique sur son corps, de dissuader le criminel de récidiver mais aussi d'exclure le criminel dangereux de la société. Ce traitement de la récidive sera fortement remis en cause à l'aune de l'émergence des idées des lumières et plus précisément du courant utilitariste mené par Jérémie Bentham qui dans son œuvre⁴⁶⁰ fameuse affirme que « *les mutilations sont sujettes à une grande objection sous le rapport de l'économie. Si leur effet est de priver l'individu de moyens de gagner sa vie, et qu'il n'ait pas de quoi substituer, la conséquence est qu'il faut le laisser périr ou fournir à son entretien. Le laisse t'on périr, la peine n'est plus celle qu'ordonne le législateur, c'est une peine capitale. Fournit-on à son entretien, ce sera aux dépens de ses amis ou des institutions de charité ou aux frais du public et dans tous les cas, perte pour l'Etat.* »⁴⁶¹. C'est ainsi que nous comprenons que l'auteur n'est pas foncièrement et catégoriquement opposé à ce type de châtement mais considère simplement qu'il faut les réserver aux cas les plus graves. Pour autant, en 1802, la marque sera réintroduite comme sanction et continuera de figurer dans le code pénal de 1810 telle une peine complémentaire à la peine principale du récidiviste dangereux. Ce n'est qu'en 1832 que le législateur abolira définitivement ladite sanction pénale du fait de son inefficacité et de sa cruauté singulière. En deuxième lieu, de la troisième République naîtra une armature pénale empreinte de l'idéologie républicaine. Celle-ci sera fondée sur des enjeux liés à la répression, la prévention mais aussi la réhabilitation. La notion de dangerosité se développera particulièrement dans le domaine de la criminologie à mesure du développement conséquent des connaissances en matière scientifique et en matière de techniques d'analyses de la criminalité. De plus, le phénomène initialement judiciaire de la récidive se déplace sur le terrain social. En la matière, les théories déterministes de Lacassagnes⁴⁶² émergent. En troisième lieu, les républicains ont décidé d'adopter une nouvelle sanction pénale pour lutter contre la récidive et assurer le maintien de l'ordre public. La loi du 27 mai 1885 instaure la relégation qui permet de condamner les multirécidivistes à la relégation à vie en Guyanne ou en Nouvelle Calédonie de sorte à ce que le condamné, à la sortie de sa peine, ne puisse « *contaminer le corps social*

⁴⁶⁰ J. Bentham, *Théorie des peines et des récompenses*, selon la traduction de T. Dumont, 3^{ème} édition, tome 1, p. 112-114.

⁴⁶¹ Ibid.

⁴⁶² Ces théories sont développées notamment dans A. Lacassagne, *Préface*, E. Laurent, *Les habitués des prisons de Paris*, Masson, 1890.

national »⁴⁶³. Cette nouvelle mesure est symbolique d'un certain basculement d'une politique pénale non plus strictement et uniquement fondée sur l'emprisonnement. En parallèle, la loi du 14 août 1885 relative aux moyens de prévention contre la récidive est adoptée dans un but de réhabilitation des individus ayant commis un acte incriminable à travers de la libération conditionnelle ou du patronage. Cette loi relative à la relégation s'est accompagnée du développement d'un nouvel outil : le casier judiciaire. Effectivement, la relégation repose essentiellement sur l'utilisation du casier judiciaire car la simple existence de celui-ci contraignait le juge à reléguer ou non l'individu ayant commis l'acte incriminable. Ainsi ce casier judiciaire avait deux principales fonctions, celle d'archiver la réputation et le passif du délinquant peu importe sa situation géographique ou ses déplacements ainsi que d'appliquer les peines relatives à la récidive telle que la relégation.

b) La lutte contre la récidive, une préoccupation contemporaine

La recherche d'une théorisation empirique de la récidive. À la fin du XX^{ème} siècle et à l'aube du XXI^{ème} siècle un corpus de travaux empiriques fait lentement son apparition. En premier lieu, un certain nombre d'auteurs se sont lancés dans une réflexion conceptuelle de la récidive. Pierre Landreville⁴⁶⁴ appréhende la récidive comme un concept protéiforme dont les éléments définitoires varient au gré des législations successives. Mais l'auteur ne s'arrête pas là. En effet, Pierre Landreville décrypte précisément la dichotomie entre d'une part la notion fonctionnelle et pratique de la récidive, c'est-à-dire la réitération d'un comportement incriminable, et d'autre part, la législation qui ne prend seulement et quasiment exclusivement les condamnations. En deuxième lieu, une partie de la doctrine française a très largement remis en question la définition et la signification même du concept de récidive. A titre illustratif, Jean-Michel Le Boulaire et Claude Faugeron⁴⁶⁵ considèrent que le concept de récidive aurait une

⁴⁶³ M. Kaluszynski, *le criminel à la fin du XIX^{ème} siècle : autour du récidivisme et de la loi du 27 mai 1885. Un paradoxe républicain*, sous la direction de A. Gueslin, D. Kalifa, Les exclus en Europe, vers 1830-vers 1930 Les Editions de l'Atelier, 1999.

⁴⁶⁴ P. Landreville, *La récidive dans l'évaluation des mesures pénales*, *Déviance et société*, vol 6, n°4, p375-388. 1982.

⁴⁶⁵ J-M. Le Boulaire et C. Faugeron, *Quelques remarques à propos de la récidive*, *Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales*, C.N.R.S, 1992, p. 5.

vertu fonctionnelle en constituant un outil de mesure de l'échec de la prison. Plus précisément, les auteurs estiment que l'on mesure l'utilité et l'efficacité des mesures pénales à la mesure du taux de récidive. En somme, plus la récidive recule plus l'arsenal pénal est efficace. À contrario, plus le taux de récidive progresse plus la récidive mesure l'échec de la législation pénale en vigueur. En troisième lieu, un corpus de travaux et réflexions théoriques sur la récidive se développeront. L'étude de Patrick Colin⁴⁶⁶ s'inscrit dans la continuité d'une première enquête quantitative sur la récidive pénitentiaire menée par un collectif interprofessionnel qui a administré un questionnaire aux détenus de la maison d'arrêt de Strasbourg en étudiant les contextes de la multirécidive des détenus de courtes peines pour atteinte aux biens.

La lutte contre la récidive ou les prémisses de la prise en compte accrue de la dangerosité. Le parallèle entre la notion de récidive et la notion de dangerosité a été originellement réalisé par le criminologue Jean Pinatel et le Professeur Pierre Bouzat dans leur fameux Traité de droit pénal et de criminologie. Traité dans lequel ils affirmaient que « *l'aggravation de la peine imposée au récidiviste ne repose pas sur la justice mais sur l'utilité sociale. La société se défend plus énergiquement contre un récidiviste parce qu'il s'est révélé particulièrement dangereux* »⁴⁶⁷. C'est la thèse développée par les positivistes, parmi lesquels Garofalo, selon laquelle la récidive serait la résultante d'une dangerosité particulière de la part de celui qui choisit de se maintenir dans la criminalité. Face à ce phénomène, une réponse pénale est alors nécessaire. Dès lors, la réaction pénale sera plus sévère que pour le premier acte de criminalité car celui qui a fait le choix de récidiver une fois aura plus de chance de récidiver une seconde fois. Pour reprendre Sénèque, « *un premier crime présente toujours un sentier plus facile pour arriver à de plus grands forfaits* »⁴⁶⁸. Ainsi, l'histoire montre que le législateur s'est, pour la plupart du temps, montré davantage sévère envers les récidivistes⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ P. Colin, La multirécidive pénitentiaire : analyse sociologique des contextes de la multirécidive pénitentiaire chez des hommes condamnés à de courtes peines pour atteintes aux biens, Thèse, 1998.

⁴⁶⁷ P. Bouzat et J. Pinatel, Traité de droit pénal et de criminologie, n°667, p. 663.

⁴⁶⁸ Sénèque, Agamemnon, env. 60 ap. J.-C.

⁴⁶⁹ En ce sens V. J.-P. Allinne, Récidive, risque, dangerosité, la fin du paradigme réhabilitatif, in Les Récidivistes Représentations et traitement de la récidive XIXe-XXIe siècle sous la direction de J.-P. Allinne et M. Soula, coll. « Histoire », PUR, 2010, p25-66.

2§ - La mutation de la criminalité

a) Une criminalité moderne, prémisse à de nouvelles figures de la dangerosité

1. La dangerosité carcérale des individus

La dangerosité des individus incarcérés. La dangerosité carcérale est certes plus circonscrite que la dangerosité criminologique ou psychiatrique car le danger concerné touche à la sécurité des personnes en détention y compris le délinquant incarcéré lui-même. En tout état de cause, comme le rappelle très justement le Professeur Paul Mbanzoulou⁴⁷⁰, il faut d'une part prendre en compte l'évaluation de la dangerosité pénitentiaire des détenus et d'autre part évaluer la dangerosité criminologique des délinquants incarcérés concernés par un potentiel aménagement de leur peine carcérale. D'autant que le milieu carcéral est dangereux par nature et par essence. Pour s'en convaincre, il suffit de s'en remettre à la décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1994⁴⁷¹ qui affirme que « *l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion* ».

Les détenus particulièrement signalés. L'approche privilégié en milieu carcérale consiste à collecter les informations en amont pour anticiper les risques et la dangerosité de certains détenus. A titre d'exemple, les détenus particulièrement signalés représentent une dangerosité importante en prison. Ils sont ainsi inscrits au fichier spécial de la répression du banditisme en raison des risques qu'ils représentent pour l'ordre public au regard des liens entretenus avec une association de malfaiteurs ou la probabilité d'agression et d'évasion. Il suffit d'ailleurs d'analyser les critères⁴⁷² d'inscription au fichier des détenus

⁴⁷⁰ P. Mbanzoulou, Quelles approches pénitentiaires de la dangerosité des détenus ? , Colloque « les nouvelles figures de la dangerosité », dir. P. Mbanzoulou, H. Bazex, O. Razac et J. Alvarez, coll. L'harmattan, 2008.

⁴⁷¹ Décision n° 93-334 DC du 20 janvier 1994, Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale.

⁴⁷² Circulaire R0025 du 19 mai 1980.

particulièrement signalés pour comprendre la place consacrée à l'évasion comme ressort à la dangerosité carcérale. En effet, ce fichier rassemble les détenus appartenant à la criminalité organisée mais n'ayant fait l'objet d'aucun commencement d'exécution d'évasion, les détenus signalés pour des évasions ou des commencements d'exécution d'évasion sans violence, des détenus dont la potentielle évasion pourrait avoir des conséquences graves sur l'ordre public, les détenus appartenant à la criminalité organisée ou aux mouvances terroristes mais n'ayant pas fait l'objet d'un commencement d'exécution, les détenus appartenant à la criminalité organisée ou aux mouvances terroristes ayant déjà fait l'objet d'un signalement par l'administration pénitentiaire constatant un projet d'évasion en cours, les détenus susceptibles de grande violence ayant déjà commis des actes de barbarie au sein d'un établissement pénitentiaire, les détenus appartenant à la criminalité organisée ou à des mouvances terroristes ayant fait l'objet d'un commencement d'évasion et enfin, les détenus appartenant à la criminalité organisée ou à des mouvances terroristes ayant déjà réussi une évasion. L'ensemble de ces détenus font dès lors l'objet d'une surveillance singulière⁴⁷³.

L'impact de la criminalité contemporaine sur la dangerosité carcérale.

Une évolution considérable a été constatée ces dernières décennies en matière de criminalité⁴⁷⁴. Effectivement, sont apparues progressivement de nouvelles filières de criminalité à l'instar de la traite d'êtres humains, de trafic de drogues, du terrorisme ou encore de contrefaçons. D'abord, l'essor de la contrefaçon a été largement industrialisée par la mondialisation qui a constitué le lit de nombreux réseaux criminels⁴⁷⁵. Ensuite, même si le trafic de stupéfiant peut être considéré comme une sorte de criminalité traditionnelle, il a aussi largement bénéficié de l'ouverture des frontières et des échanges. Il a ainsi connu une évolution organisée en flux transfrontaliers de plus en plus importants. Enfin, le terrorisme contemporain a également émergé en étant désormais multinational mais surtout propagandiste y compris et surtout dans les centres pénitenciers qui font

⁴⁷³ Selon une note des services de la direction de l'administration pénitentiaire relative aux mesures de sécurité il appartient au chef d'établissement d'apprécier la dangerosité des détenus concernés.

⁴⁷⁴ Cf. G. Mennetrier, Sécurité Femmes. Traité des femmes à des fins d'exploitation sexuelle et coopération transfrontalière, Paris, Forum Européen pour la Sécurité Urbaine, 2000 ; J. Alvarez, Approche locale de la criminalité organisée : liens entre petite criminalité et grande criminalité dans des quartiers dit en difficulté de l'Europe, Forum européen pour la Sécurité Urbaine, 2000.

⁴⁷⁵ Le Monde, La contrefaçon est devenue une activité majeure des mafias, 15 décembre 2007, p.14.

désormais face à un nouveau défi, celui de la montée de la dangerosité d'individus « djihadisés ». Cette évolution a eu un impact considérable sur l'approche de la dangerosité en milieu carcéral.

La dangerosité carcérale des détenus djihadisés. La religion, en l'espèce l'islamisme, est effectivement un vecteur considérable d'engagement dans la violence au nom de l'islam⁴⁷⁶. La prison devient petit à petit un terreau propice aux germes de vocations terroristes ayant une cause, l'islam radical. Ce lieu est avant tout propice à l'exploitation stratégique pour réaliser de nouvelles recrues et constitue une caisse de résonance facile à des causes religieuses. Le constat selon lequel l'incarcération induit, de facto, une intensification de la vie religieuse pour de nombreux détenus d'impose. Effectivement, d'une part, l'islam peut apparaître, en certaines situations, le ciment d'une solidarité collective et le ferment d'une contestation même de l'ordre carcéral. D'autre part, l'univers carcéral est un terreau propice à la religion assimilée comme un élément pacificateur. Ceci se traduit notamment par la place que tiennent les aumôniers dans le dispositif carcéral. Ainsi, une nouvelle figure de la dangerosité émerge, celle de la dangerosité carcérale d'individus en voix de djihadisation plus habituellement qualifié de « dangerosité radicale »⁴⁷⁷. Une figure de la dangerosité d'autant plus complexe que l'univers carcéral ne sait pas quel sens donner à leur incarcération. Khaled Kelkal est la figure illustrative d'un tel processus. Ce jeune délinquant de la banlieue lyonnaise aura découvert l'islam en prison avant de participer à la vague d'attentats commis sur le territoire français en 1995. Il est ainsi devenu l'incarnation du fléau et des conséquences de l'islam carcéral. Pour autant, le domaine d'une telle dangerosité revêt des contours parfois un peu flou. À titre d'exemple, elle concerne à la fois les détenus déjà engagés dans le phénomène de djihadisation mais également ceux en proie à le devenir. En toute état de cause, il existe bel et bien un profil moderne de détenus djihadisés qui ne répond pas aux mêmes caractéristiques que le modèle traditionnel comme le décrit si bien Farah Khosrkhaver⁴⁷⁸ en évoquant des individus « radicalisés

⁴⁷⁶ Cf. C. Galembert, C. Béraud, C. Rostaing, Islam et prison : liaisons dangereuses ? Le Seuil, revue pouvoirs p.67.

⁴⁷⁷ Ibid.

⁴⁷⁸ F. Khosrkhavar, Nouveau paradigme de radicalisation en prison, Cahier de la Sécurité et de la justice n°30, 2014, p.12.

introvertis ». Autrement dit, des individus qui tendent à dissimuler leur foi et leur pratique religieuse pour échapper à la vigilance de l'administration pénitentiaire. Leur profil individuel est multiple et très souvent fragile psychologiquement et moralement, souffrant même, pour certains d'entre eux, d'une déficience mentale. En résumé, la chercheuse Ouisa Kies⁴⁷⁹ affirme que « *l'Etat islamique propose aujourd'hui ce qu'Al Quaida n'a jamais réussi à proposer : le rassemblement de ceux qui considèrent que l'islam et le monde arabe sont méprisés depuis la deuxième guerre en Irak et ces salafistes quiétistes qui ont voulu combattre sans forcément désirer mourir* »⁴⁸⁰. Ainsi, Farah Khosrkhaver distingue plusieurs profils d'individus incarcérés djihadisés ou en voie de djihadisation. D'abord, l'auteur distingue le jeune de banlieue marqué par sa haine envers la société française dont l'appréciation peut être considérée comme « objective » au regard du traitement dont il estime être la victime et le jeune dont le mépris relève souvent du fantasme paranoïaque et victimaire. Enfin, l'individu ayant un besoin d'encadrement moral relevant psychologiquement d'un déficit éducatif lié à l'absence du père.

Les détenus condamnés pour des faits de terrorisme. 50% des détenus condamnés pour des faits de terrorisme sortiront de prison en 2020. D'ici 2022, 75% des condamnés pour terrorisme auront purgé leur peine⁴⁸¹. Or, un certain nombre d'indices permettent de déceler le caractère dangereux des individus condamnés pour terrorisme et arrivant au terme de leur peine carcérale. D'abord, un dernier fait divers démontre que de tels individus peuvent présenter une dangerosité certaine, y compris au sein de l'univers carcéral. En effet, en 2019, un détenu qui avait été condamné en 2017 pour participation à une association de malfaiteurs en vue de commettre un acte terroriste, a frappé les deux agents avec un pie de table de la cellule⁴⁸². Ensuite, des exemples précis de récidive de la part d'individus déjà condamnés pour des faits de terrorisme sont connus. A titre

⁴⁷⁹ D. Bouzar, C. CAUPENNE, S. Valsan, La métamorphose opérée chez le jeune par les nouveaux discours terroristes, Recherche-action sur la mutation du processus d'endoctrinement et d'embrigadement dans l'islam radical, Recherche-action menée par le Centre de Prévention contre les Dérives Sectaires liées à l'Islam, novembre 2014.

⁴⁸⁰ Ibid.

⁴⁸¹ Y. Braun-Pivet, rapport sur la proposition de loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine, 2020.

⁴⁸² La Provence, *deux surveillants agressés à la prison du Havre par un détenu condamné pour terrorisme*, 2019.

d'exemple, les deux auteurs de l'attaque de Charlie Hebdo avait déjà purgé leur peine pour association de malfaiteurs en lien avec une entreprise terroriste. De même pour les individus qui après leur libération, sont partis rejoindre une organisation terroriste à l'étranger pour ensuite rentrer en France comme Mohammed Merah. Également, des individus qui ont été arrêtés après l'exécution de leur peine carcérale pour avoir projeté une attaque⁴⁸³. Dans le même esprit, les études du centre des études de sécurité viennent appuyer cette tendance⁴⁸⁴. Cette étude met en perspective dans un échantillon donné, les prévenus partis en Syrie après avoir purgé leur peine de prison pour association de malfaiteurs en lien avec une entreprise terroriste. À l'image de « gros poissons⁴⁸⁵ » tel que Boubakeur El Hakim qui avait été condamné dans l'affaire de la filière des Buttes Chaumont pour avoir combattu en Irak dans un groupe lié à Abou Moussab Al Zarquaoui et pour avoir incité plusieurs jeunes français à rejoindre cette zone de guerre⁴⁸⁶. En 2008, une peine de sept ans d'emprisonnement lui avait été infligée mais à sa libération, il est parti en Tunisie pour participer à des attentats avant de rejoindre Daech en Syrie.

2.L'évaluation de la dangerosité des individus à l'issue de leur peine carcérale dans le cadre de la rétention de sûreté

L'évaluation de la dangerosité à l'issue de la peine carcérale dans le cadre de l'application de la rétention de sûreté. Malgré l'absence d'un cadre légal inscrit dans le code de procédure pénale, la Cour d'assises doit tout de même se livrer à une appréciation in concreto de la dangerosité du détenu, dans le cadre d'une procédure d'application de la rétention de sûreté. Cela dans une visée bien précise, celle de définir le prononcé d'une rétention de sûreté à l'issue de la peine carcérale de l'individu concerné. En ce qui concerne la procédure d'évaluation de la dangerosité, l'individu concerné doit être examiné par la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, au moins une année avant se date de

⁴⁸³ L'Express, *projet d'attentat à Paris : qui est Youssef Ettaoujar, l'un des quatre interpellés ?* 2016.

⁴⁸⁴ M. Hecker, 137 nuances de terrorisme. Les djihadistes de France face à la justice, Focus stratégique, n°79, Ifri, avril 2018.

⁴⁸⁵ Sur la métaphore de la pêche en matière de lutte contre le terrorisme, voir M. Trévédic, *Au cœur de l'antiterrorisme*, Paris, J.C Lattès, 2011, p. 41.

⁴⁸⁶ M. Hecker, 137 nuances de terrorisme. Les djihadistes de France face à la justice, Focus stratégique, n°79, Ifri, avril 2018, p.35.

libération. Celle-ci réalise une évaluation pluridisciplinaire de la dangerosité de l'individu incarcéré et rend une expertise médicale. Cette évaluation se réalise dans un service spécialisé spécifiquement chargé de l'évaluation et de l'observation des détenus comme l'énonce clairement les alinéas un et deux de l'article 706-53-14 du code de procédure pénale. Ensuite, la commission pluridisciplinaire rend un avis motivé indiquant si l'individu concerné représente une « particulière dangerosité ». Ainsi, l'observation et l'évaluation de ces divers éléments servent à décider la mise en application concrète de la rétention de sûreté à l'issue de la peine carcérale de l'individu. Matériellement, cette évaluation de la dangerosité repose, notamment depuis la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté, sur l'expertise médicale réalisée par deux experts sur proposition de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté.

La référence à la personnalité dans la notion de « troubles ». Selon le vocabulaire juridique du Professeur Cornu, le trouble est avant toute chose « une atteinte à la paix publique ou à l'exercice d'un droit individuel »⁴⁸⁷. En droit pénal, cette notion de « trouble » est utilisée dans la formule de « trouble psychique » que l'auteur définit comme « *un trouble de l'esprit ou du comportement qui, selon qu'il abolit ou seulement qu'il altère le discernement ou le contrôle des actes, exclut ou permet au juge d'atténuer la responsabilité pénale de celui qui est atteint au moment où il agit, cause d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité* »⁴⁸⁸. En médecine, et plus particulièrement en psychiatrie, le concept de « trouble » renvoie à l'entrave au bon fonctionnement de la santé mentale. Plus précisément le concept de « trouble » renvoie au dysfonctionnement de ce que l'Organisation Mondiale de la Santé définit comme ce qui permet de « *parvenir à état complet de bien-être physique, mental et social, l'individu ou le groupe, doit pouvoir identifier et réaliser ses ambitions, satisfaire ses besoins et évoluer avec son milieu ou s'y adapter. La santé est perçue comme une ressource de la vie quotidienne, et non comme but de la vie ; c'est un concept positif mettant l'accent sur les ressources sociales et personnelles, et sur les capacités*

⁴⁸⁷ G. Cornu, Vocabulaire juridique, P.U.F., 11^{ème} éd. 2016..

⁴⁸⁸ Ibid.

physiques »⁴⁸⁹. Ainsi, cette définition démontre une nouvelle fois que la subjectivité s'emparera, de facto, de l'évaluation globale de la dangerosité de l'individu incarcéré en intégrant en son sein un premier élément d'ordre médical concernant les maladies mentales, un deuxième élément d'ordre social concernant les relations à autrui et enfin un troisième élément d'ordre psychologique lié au stress. Dans le même esprit, la référence à la personnalité de l'individu est éloquent. Effectivement, les définitions attribuées dans le domaine médicale rendent les contours de ce concept parfois obscurs. Le dictionnaire français de la médecine le définit telle « *une synthèse de tous les éléments qui concourent à donner à un individu sa conformation morale propre* »⁴⁹⁰. Comme le résume Elizabeth Demont, la personnalité regroupe tous les éléments relatifs à l'adaptation de l'individu dans son environnement⁴⁹¹. Autrement dit, la faculté de se comporter d'une manière ou d'une autre et de choisir une conduite plutôt qu'une autre⁴⁹². Ainsi, le trouble de la personnalité doit bien être distingué du trouble psychique, plus particulièrement dans le cadre de l'application de la rétention de sûreté. Ces deux concepts ne sont pas utilisés en droit pénal pour considérer une même question car les troubles psychiques visent les questions de droit relative à l'imputabilité alors que les troubles de la personnalité visent à s'interroger sur l'application effective de la rétention de sûreté. C'est ainsi que le trouble psychique est analysé en amont du jugement pour déterminer si les faits reprochés à l'individu jugé lui sont totalement imputables alors que le trouble de la personnalité est uniquement pris en compte en aval, c'est-à-dire après le jugement relatif à l'imputabilité des faits reprochés. En l'espèce, la prise de décision concernant l'application de la rétention de sûreté implique que l'individu concerné par ladite mesure ait été condamné à, au moins, quinze ans d'emprisonnement. L'exigence dudit quantum implique, de fait, que l'intéressé a été reconnu pénalement responsable du crime commis. Il en résulte que l'appréciation du trouble grave de la personnalité intervient donc bien en aval contrairement à l'appréciation du trouble psychique.

⁴⁸⁹ C'est ainsi que l'OMS définit la notion de « santé mentale » lors de Charte d'Ottawa pour la promotion de la santé le 21 novembre 1986.

⁴⁹⁰ P. PICHOT, Le concept de trouble de la personnalité, in « Les troubles de la personnalité », A. FELINE, J.-D. GUELFI et P. HARDY, Flammarion, 2006, pp. 18 à 34.

⁴⁹¹ E. Demont, La psychologie, Ed. Sciences Humaines, 2009, p. 197.

⁴⁹² R. Gassin, S. Cimamonti et P. Bonflis, Criminologie, Précis Dalloz, 7e éd., 2011, p. 524, n°584.

L'évaluation de la dangerosité psychiatrique et criminologique. En ce qui concerne l'évaluation de la dangerosité psychiatrique, les psychiatres repèrent les dysfonctionnements intellectuels et cognitifs ainsi que l'ensemble des éléments psychopathologiques établissant un diagnostic de pathologie mentale ou des troubles de la personnalité⁴⁹³. La haute autorité de santé, elle, recommande ainsi une évaluation visant à rechercher des maladies mentales graves en cas de conduites de types « *devant des symptomatologies atypiques comportant notamment des troubles des conduites antisociales* »⁴⁹⁴. Cela, bien que ces troubles peuvent aussi se manifester par la consommation de substances toxiques. C'est pourquoi, la haute autorité de santé affirme que « *plus le nombre de co-morbidités est important, plus le risque de violence chez les personnes ayant des troubles schizophréniques ou de l'humeur est élevé. Il convient donc de rechercher systématiquement les co-morbidités dans une approche globale et dynamique de la personne* »⁴⁹⁵. En ce qui concerne l'évaluation de la dangerosité criminologique, le psychiatre devra faire l'analyse globale de la dangerosité de l'individu à l'aune d'un certain nombre d'informations comme les soins entrepris, la volonté d'insertion sociale, ses relations et liens avec l'extérieur etc. Pour ce faire et pour fiabiliser au maximum cette évaluation in concreto de la dangerosité de l'individu, l'expertise prend en considération des facteurs de risques statiques permettant de quantifier un risque et qui correspondent à des données qui n'ont pas vocation à connaître un changement : le divorce des parents, l'âge du premier délit etc. A ces facteurs de risques statiques s'ajoutent les instruments actuariels dynamiques laissant une appréciation subjective au psychiatre, permettant un suivi global de l'individu sur un temps donné.

La nécessité d'un cadre légal d'évaluation de la dangerosité à l'issue de la peine carcérale. Si le concept de dangerosité est l'objet de nombreux débats houleux au sein de la doctrine, son évaluation n'en est pas moins contestée et rend le critère de dangerosité une condition équivoque et subjective. D'autant qu'il ne s'agit non pas de savoir s'il y a dangerosité ou non mais, plus précisément, de

⁴⁹³ S. Baron Laforêt, L'expertise psychiatrique et l'évaluation de la dangerosité pour la JRRS rétention de sûreté, AJ Pénal 2014 p.111

⁴⁹⁴ HAS, Recommandation n° 11.

⁴⁹⁵ HAS, recommandation n° 5.

jauger⁴⁹⁶ cette dangerosité. Plus que jamais, il semble nécessaire qu'un cadre juridique d'évaluation de la dangerosité voit le jour au nom de la sécurité juridique. En premier lieu, les expressions « dangerosité criminologique » et « dangerosité psychiatrique » n'apparaissent pas dans la loi et créent ainsi une confusion. En deuxième lieu, la loi ne définit aucune des notions qu'elle vise telles que « les troubles psychique ou neuropsychiques⁴⁹⁷ », « les troubles mentaux⁴⁹⁸ » et « les troubles graves de la personnalité⁴⁹⁹ ». À titre illustratif, les troubles de la personnalité en matière de rétention de sûreté ne font l'objet d'aucune précision dans la loi. Les travaux parlementaires sur l'article 706-53-13 du code de procédure pénale révèle que les « troubles graves de la personnalité » désigne « *les formes de psychopathologie les plus sévères qui ne s'assimilent pas à une maladie mentale*⁵⁰⁰ » que revêtent « *ces criminels heureusement peu nombreux qui parfaitement lucides au moment de l'acte criminel, lui dénie ensuite toute forme de gravité au point, pour certains, d'affirmer qu'ils sont prêts, dès leur libération, à le répéter*⁵⁰¹ ». En troisième lieu, le législateur omet de se prononcer sur le fait de savoir si la commission pluridisciplinaire doit se prononcer sur le trouble grave de la personnalité qui constitue par ailleurs une condition de fond de l'application de la rétention de sûreté.

b) L'insuffisance des mesures visant à lutter contre les nouvelles figures de la dangerosité

La dangerosité, une notion contemporaine. La dangerosité est aussi une notion contemporaine et ce à plusieurs titres. D'abord, son concept est intimement lié à l'affrontement des politiques pénales dans les années 1970's entre les partisans de l'assouplissement constant du régime de détention et la multiplication des peines de substitution – à travers des mesures telles que la réduction des peines, la semi-liberté ou encore des permissions de sortie- et les partisans de la

⁴⁹⁶ V.-J.-H. Robert, Rapport de la Commission d'analyse et de suivi de la récidive, 2007, p.45 : évoque une « *approche pragmatique de la dangerosité criminologique amenant à circonscrire trois profils : faible dangerosité ou dangerosité quasi nulle, dangerosité moyenne, dangerosité forte* ».

⁴⁹⁷ Code pénal, art 122-1.

⁴⁹⁸ Code de procédure pénale, Titre XXVIII.

⁴⁹⁹ Code de procédure pénale, art 706-56-13.

⁵⁰⁰ J.-R. Lecerf, la rétention de sûreté et déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », février 2008, p.29.

⁵⁰¹ Ibid, p.29.

neutralisation des individus incarcérés considérés comme dangereux. C'est l'apparition de la période de sûreté consacrée en droit interne par la loi du 22 novembre 1978 selon laquelle il devient possible de neutraliser un individu incarcéré et considéré comme dangereux à travers une période de sûreté conjuguée à un suivi socio-médical. Ensuite, le concept de dangerosité est contemporain en ce qu'il est lié à la grande prise de conscience, dans les années 1990's du besoin de traitement de la récidive suite à de multiples faits divers qui marquèrent fortement l'opinion publique et qui amenèrent la création d'une commission d'étude pour la prévention de la récidive des criminels placés sous la présidence du Professeur Marie-Elizabeth Cartier. Cette commission proposa, par ailleurs, la création d'un suivi pour les condamnés sortants de prison considérés comme dangereux.

La prévention de la dangerosité. La subjectivité accrue du Code pénal étant largement admise, il prohibe de nombreux comportements à caractère dangereux. Effectivement, initialement, le fondement de la responsabilité correspond au rassemblement d'un des trois éléments : un dommage, un acte et un lien de causalité. Or, le Code pénal entend progressivement sanctionner la potentialité du dommage plutôt que l'effectivité du dommage. À titre illustratif, l'article 121-4 du Code pénal énonce que « *est auteur de l'infraction la personne qui : 1° Commet les faits incriminés ; 2° Tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit.* »⁵⁰². Ainsi, la répression demeure étrangère au résultat dommageable de l'acte. Au contraire, la répression d'un comportement dangereux ou d'un comportement dans un but de nuire correspond, de facto, à la prévention d'un dommage. L'auteur doit alors être sanctionné à la même hauteur que si le dommage avait eu lieu. C'est la consécration de la subjectivité du droit pénal à des fins préventives. Si bien qu'un certain nombre d'auteurs parmi lesquels le Professeur Philippe Conte évoque l'émergence d' « *infractions préventives*⁵⁰³ ». Ces infractions visant à dissuader le délinquant de recommencer un tel acte incriminable qui pourrait, en cas de récidive, avoir un résultat nuisible et entraîner par conséquent un dommage réel. Jean-Yves Maréchal utilisera à ce

⁵⁰² Article 121-4 du code pénal.

⁵⁰³ V. P.Conte, Droit pénal général, Dalloz, 2018, pp. 185-186.

sujet l'expression de « répression préventive »⁵⁰⁴ visant à réprimer des comportements présentant une certaine forme de dangerosité. Il s'agit ainsi d'anticiper par la répression de ces comportements la réalisation d'un dommage potentiel.

Le concept de « tentative » comme illustration classique de l'émergence d'un droit pénal de la dangerosité. La tentative est consacrée en droit interne à l'article 121-5 du code pénal qui dispose que « *la tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur.* »⁵⁰⁵. Dès lors, il n'y a en aucun cas la consommation de l'infraction mais un commencement d'exécution de celle-ci. La deuxième caractéristique importante de la tentative tient au fait que l'auteur n'a pas arrêté son entreprise criminelle de son gré mais y a été empêché par un facteur extérieur ou tout simplement par une impossibilité matérielle. Ainsi, la prise en compte de la dangerosité avant toute commission matérielle de l'acte et donc toute appréciation du dommage causé est manifeste. Là encore, chacun peut constater la coloration subjective d'un tel concept en droit pénal. Peu importe le résultat final et le dommage causé, l'état dangereux de l'individu concerné est réprimé.

La faiblesse des mesures judiciaires de lutte contre la dangerosité. Au XIX^{ème} siècle, le droit de la récidive s'est développé dans le cadre d'une politique criminelle visant à lutter contre les délinquants dits d' « habitude ». Le magistrat Eric Camous⁵⁰⁶ définit la « récidive » comme la situation d'un individu condamné définitivement, pénalement à une peine, qui commet un nouvel acte incriminable. La notion de récidive, comme évoqué précédemment, a pris un certain écho auprès de l'opinion publique lors des faits divers dans lesquels des délinquants sexuels libérés étaient, de nouveau, passés à l'acte. Ainsi, en réaction, le personnel politique prit conscience qu'il ne suffisait pas de punir, pour protéger la société, en infléchissant la politique criminelle vers une lutte accrue contre la réitération d'actes incriminables une

⁵⁰⁴ J.Y- Marechal, La privation de soins ou d'aliments : une infraction de prévention ? , D. 2006, p. 2446

⁵⁰⁵ Article 121-5 du code pénal.

⁵⁰⁶ V. E. Camous, Un droit de la récidive en quête de cohérence, Revue Droit pénal n° 2, Février 2009, étude 3.

fois la peine purgée par l'individu concerné. En premier lieu, les mesures de sûreté de lutte contre la récidive basée sur la culpabilité de l'individu concerné ne paraissent pas à la hauteur des nouveaux enjeux inhérents à la criminalité contemporaine. D'abord, à l'image des fonctions afflictives de la peine, les mesures judiciaires fondées sur la culpabilité de l'individu prennent très largement en compte le passé judiciaire de dudit délinquant. L'idée du législateur est alors de personnaliser et d'adapter la sanction en prenant en considération les actes incriminables passés du délinquant. Cela, pour lutter contre la récidive du délinquant. Dès lors, l'article 132-40 du code pénal énonce qu' « *après le prononcé de l'emprisonnement assorti du sursis avec mise à l'épreuve, le président de la juridiction notifie au condamné, lorsqu'il est présent, les obligations à respecter durant le sursis avec mise à l'épreuve et l'avertit des conséquences qu'entraîneraient une condamnation pour une nouvelle infraction commise au cours du délai d'épreuve ou d'un manquement aux mesures de contrôle et aux obligations particulières qui lui sont imposées* »⁵⁰⁷. Autrement dit, ledit article énonce la possibilité pour le juge, de prononcer une peine de sursis avec une mise à l'épreuve. Dans ce cadre, l'article 131-36-9 et l'article 131-36-13 du code pénal permettent d'imposer à l'individu concerné par le suivi socio-judiciaire des mesures de surveillance visant à lutter contre la récidive. De plus, la loi du 12 décembre 2005⁵⁰⁸ prévoit la surveillance judiciaire qui consiste à imposer, à la sortie de prison, des mesures d'accompagnement et de contrôle. Également, la loi du 9 mars 2004⁵⁰⁹ énonce la possibilité pour le juge d'inscrire l'individu sur des fichiers spécifiques tels que le Fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles⁵¹⁰ ou le Fichier national automatique d'empreintes génétiques⁵¹¹. En second lieu, les mesures judiciaires de lutte contre la récidive fondée sur la dangerosité du délinquant ne semblent pas non plus être à la hauteur des nouveaux enjeux liés à la criminalité nouvelle. La loi du 25 février 2005 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental s'inscrit dans cet esprit d'une prise en compte accrue du spectre de la dangerosité.

⁵⁰⁷ Article 132-40 du code pénal.

⁵⁰⁸ Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005.

⁵⁰⁹ Article 706-53-1 et suivants du code pénal.

⁵¹⁰ Fichier qui ressenne tous les condamnés pour une infraction de l'article 706-47 du code de procédure pénale.

⁵¹¹ Fichier qui ressenne les ADN des condamnés notamment en matière d'infractions de mœurs.

L'insuffisance des mesures visant à lutter contre la dangerosité accrue d'individus incarcérés djihadisés. L'évolution des profils des individus incarcérés n'as pas été anticipée ni par l'administration pénitentiaire ni tout à fait d'ailleurs par le renseignement pénitentiaire. D'abord, en ce qui concerne les fouilles, le cadre juridique a été modifié⁵¹² pour s'étendre aux lieux et renforcer la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement. Bien que cette modification a été motivée par le climat d'insécurité croissante, elle n'en n'a pas pour le moins été concluante⁵¹³. Ensuite, la mise en place en octobre 2014, au sein de la direction de l'établissement de Fresnes, de l'unité de prévention du prosélytisme. Effectivement, le but originel de cette entreprise était de limiter les tendances au prosélytisme de certains détenus et contenir la présence de détenus incarcérés pour faits de terrorisme. Le critère principal du regroupement des détenus au sein de cette unité était celui de la mise en cause et ne permettait donc pas le regroupement de détenus djihadisés mais incarcérés pour des faits de droit commun. Enfin, selon le Professeur Jean-François Gayraud⁵¹⁴, les nouveaux profils de terroristes ont connu comme principal incubateur la prison, lieu dans lequel s'est mêlé progressivement la délinquance de droit commun à des individus radicalisés. Si bien que, désormais, il existe une véritable centralité en milieu carcéral de la menace représentée par des détenus de droit commun en voie de radicalisation ou déjà radicalisés. Sans nul doute, une fois ces individus sortis de prison, l'hybridation carcérale influencera forcément leurs trajectoires criminelles⁵¹⁵.

⁵¹² Plus précisément, le cadre juridique a été modifié par la loi du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et le financement avec désormais un nouvel alinéa 2 qui dispose que « *lorsqu'il existe des raisons sérieuses de soupçonner l'introduction au sein de l'établissement pénitentiaire d'objets ou de substances interdits ou constituant une menace pour la sécurité des personnes ou des biens, le chef d'établissement peut également ordonner des fouilles dans des lieux et pour une période de temps déterminés, indépendamment de la personnalité des personnes détenues. Ces fouilles doivent être strictement nécessaires et proportionnées. Elles sont spécialement motivées et font l'objet d'un rapport circonstancié transmis au procureur de la République territorialement compétent et à la direction de l'administration pénitentiaire* ».

⁵¹³ Ministère de la Justice, Discours de Monsieur le garde des Sceaux, les enjeux de la sécurité pénitentiaire, Ouverture du séminaire national des cadres pénitentiaires, École militaire

⁵¹⁴ J-F.Gayraud, Le profil hybride des auteurs d'attentats : de la délinquance au terrorisme, ed Seuil, 2019 p.235

⁵¹⁵ Ibid.

Section 2- La pertinence juridique de l'élargissement de la rétention de sûreté

1 § L'opportunité juridique d'une réforme législative

a) L'approche constitutionnelle

1. La position du conseil constitutionnel relative à la constitutionnalité de la rétention de sûreté.

La constitutionnalité de la rétention de sûreté. Dans une fameuse décision du 21 février 2008⁵¹⁶, les juges constitutionnels ont considéré que la rétention de sûreté était conforme à la Constitution. En ce qui concerne d'abord la conformité du projet de loi aux articles 9 et 66 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a considéré, d'une part, « *que la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté ne sont pas des mesures répressives ; que, dès lors, le grief tiré de la violation de la présomption d'innocence est inopérant* »⁵¹⁷, et d'autre part, que « *qu'il incombe en effet au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, ainsi que la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire ; que les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi* »⁵¹⁸. Dès lors, le Conseil constitutionnel a entendu faire usage de son contrôle de proportionnalité de l'application de la rétention de sûreté après avoir rappelé, comme à l'accoutumé, les libertés constitutionnellement reconnues en droit interne telles que la liberté d'aller et venir ainsi que la liberté individuelle. Ce contrôle de proportionnalité de l'atteinte aux droits et libertés fondamentalement reconnus en droit interne n'est pas nouveau dans la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel comme l'a largement démontré les diverses études de sa jurisprudence sur le sujet du professeur Xavier Philippe⁵¹⁹. Pour autant,

⁵¹⁶ Conseil constitutionnel, 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

⁵¹⁷ Ibid, Considérant 12.

⁵¹⁸ Ibid, Considérant 13.

⁵¹⁹ X. Philippe, Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, Economica, Paris, 1990.

ce contrôle prend désormais une autre dimension en se ventilant en trois étapes, à l'image du contrôle de proportionnalité exercé par la cour constitutionnelle allemande : le contrôle de l'adaptation, le contrôle de la nécessité puis enfin le contrôle de proportionnalité au sens stricte du terme. En somme, il s'agit d'un triple test de proportionnalité.

L'utilisation approximative du triple test de proportionnalité. Le triple test de proportionnalité doit amener à un raisonnement permettant de conclure à la proportionnalité de la mesure concernée – en l'espèce, de la rétention de sûreté – de manière claire et précise. Cependant, depuis la décision du Conseil constitutionnel relative à la rétention de sûreté, la référence formelle au « triple test de proportionnalité » n'a pas été systématique. De plus, les juges constitutionnels ont, de fait, alimenté un certain nombre de confusions terminologiques et épistémologiques quant aux trois notions du contrôle de proportionnalité, entraînant ainsi une source d'insécurité juridique autour de celui-ci. D'une part, les juges de la rue de Montpensier n'ont entendu développer le contrôle de proportionnalité qu'en seulement deux considérants. D'autre part, les juges n'utilisent pas la notion de triple test de proportionnalité dans ses motifs. Par conséquent, il semble difficilement lisible, à la première lecture de la décision, de comprendre dans quels considérants sont formellement développés les trois étapes du contrôle de proportionnalité, à savoir le contrôle de l'adaptation de la mesure, le contrôle de nécessité de la mesure et le contrôle de proportionnalité – au sens stricte du terme – de la rétention de sûreté. Cette confusion ne semble pas nouvelle. Effectivement, celle-ci apparaît également dans les diverses décisions du Conseil constitutionnel relatives à l'état d'urgence. Précisément, dans la décision du 22 décembre 2015⁵²⁰ relative aux assignations à résidence, le Conseil constitutionnel affirme, dans un premier temps, au quatrième considérant que « *la liberté individuelle, dont la protection est confiée à l'autorité judiciaire, ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire ; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis* »⁵²¹. Pour autant, le conseil constitutionnel ne ventile son argumentation qu'en deux considérants suivants qui concluent à la proportionnalité de la restriction sans développer de manière distincte les trois étapes du raisonnement

⁵²⁰ Conseil constitutionnel, n°2015-527 QPC, 22 décembre 2015, M. Cédric D.

⁵²¹ Conseil constitutionnel, n°2015-527 QPC, 22 décembre 2015, M. Cédric D, Considérant 4.

afférentes au triple test de proportionnalité de la mesure concernée. De même, le Conseil constitutionnel opère la même méthode de raisonnement à l'occasion de la décision du 19 février 2016⁵²² relative aux perquisitions administratives. Dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité des dispositions concernées à l'article 1 et 16 de la déclaration de 1789, les juges ventilent leur raisonnement en six considérants sans aucune référence aux termes du triple de contrôle de proportionnalité.

2. La teneur d'une réforme législative visant à étendre le champ d'application de la rétention de sûreté.

L'opportunité juridique d'une réforme législative par une loi ordinaire. Comme nous l'avons observé précédemment, la rétention de sûreté conserve un champ d'application relativement restreint. Effectivement, l'article 706-53-13 du code de procédure pénale énonce les différents crimes devant être commis pour que la rétention de sûreté soit applicable à l'individu concerné. Il résulte dudit article que les individus condamnés et incarcérés pour des faits de terrorisme – apologie du terrorisme ou crime à caractère terroriste – n'entrent pas dans le champ d'application de la rétention de sûreté. Et, de facto, la législation en vigueur ne couvre pas l'ensemble du champ afférent à la dangerosité d'individus arrivant au terme de la durée de leur incarcération. Or, 75%⁵²³ des condamnés pour des faits de terrorisme sortiront de prison d'ici 2022 et inquiètent à ce titre les services pénitentiaires. Malheureusement, la problématique est multiple car plus de 500 détenus prévenus ou déjà condamnés pour des faits relatifs à une qualification pénale d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste sont particulièrement suivis par l'administration pénitentiaire du fait de leur dangerosité. De même en ce qui concerne les détenus condamnés certes pour des faits de droit commun mais qui, au cours de leur incarcération, ont connu une phase de radicalisation en prison et qui font l'objet, à ce titre, d'un suivi par les services pénitentiaires. En effet, comme le relève Mme Adeline Hazan⁵²⁴, la surpopulation carcérale est un facteur de risque pour la radicalisation, plus précisément « *l'importance de la surpopulation carcérale, dont les*

⁵²² Conseil constitutionnel, n°2016-236, QPC, 19 février 2016.

⁵²³ J. Eustache-Brinio, rapport au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion de la proposition de loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine, 22 juillet 2020.

⁵²⁴ Contrôleur général des lieux de privation de liberté, avis du 11 juin 2015 sur la prise en charge de la radicalisation islamiste en milieu carcéral.

pouvoirs publics semblent avoir pris la mesure mais sans y apporter de réponses suffisantes, a un impact direct sur les conditions de prise en charge des personnes détenues ; promiscuité, cohabitation de personnes détenues plus ou moins ancrées dans un processus de délinquance, pratiques de « caïdat » et pressions sur les plus faibles, absence d'accès au travail et de chances de réinsertion. Les phénomènes de prosélytisme s'y développent à l'évidence beaucoup plus facilement. Ce lien de causalité n'est pas suffisamment pris en compte par les pouvoirs publics dans la réflexion sur la radicalisation en milieu carcéral. »⁵²⁵ Dans le même esprit, Claire de Galembert affirme en les termes ci-après que la prison constitue un véritable terreau au terrorisme : « *la prison fait effectivement partie des lieux potentiellement propices à l'extension d'une cause terroriste*⁵²⁶ ». En tout état de cause, tous ces individus ne peuvent entrer, a priori et au vu de la législation actuelle, dans le champ d'application de la rétention de sûreté. Dès lors, une modification de la législation en vigueur aurait vocation à élargir le champ d'application de la rétention de sûreté. Il suffirait, le cas échéant, que le parlement adopte une loi ordinaire visant à modifier la loi du 25 février 2008⁵²⁷. Plus précisément, une loi ordinaire visant à modifier l'article 706-53-13 du code de procédure pénale qui fixe les conditions matérielles et objectives d'application de la rétention de sûreté. Cela, pour ajouter à la liste des types de crimes qui entrent dans le champ d'application de la rétention de sûreté, l'ensemble des incriminations pour des faits de terrorisme.

b) L'opportunité juridique nuancée d'une telle réforme législative.

L'inconséquence juridique de la qualification de la rétention de sûreté.

Comme évoqué précédemment, bien que le haut conseil – comme le législateur d'ailleurs - ait retenu la qualification de « mesure de sûreté » pour la rétention de sûreté, il n'a pas tiré toutes les conséquences afférentes au régime juridique des mesures de sûreté. Ainsi, le Conseil constitutionnel a affirmé que la rétention de sûreté ne pouvait pas être rétroactive de la manière suivante : « *la rétention de sûreté, eu égard à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limite et au fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction, ne saurait être appliquée à des personnes condamnées avant la*

⁵²⁵ Ibid.

⁵²⁶ C. Galembert, C. Béraud, C. Rostaing, *Islam et prison : liaisons dangereuses ?* revue pouvoir, 2016 p. 68

⁵²⁷ Loi n°2008-174 du 25 février 2008.

publication de la loi ou faisant l'objet d'une condamnation postérieure à cette date pour des faits commis antérieurement »⁵²⁸. Il en résulte donc que la rétention de sûreté ne peut être appliquée à des faits commis antérieurement à l'entrée en vigueur de ladite mesure en droit interne. Et ce, contrairement à la position de la haute cour de l'ordre judiciaire qui assume d'appliquer le régime juridique aux mesures de sûreté qu'elle qualifie comme telle. La Cour de cassation s'est donc prononcée en faveur de la rétroactivité de la surveillance judiciaire par un arrêt du 21 janvier 2009⁵²⁹. A l'occasion de cet arrêt, la Cour de cassation a ainsi considéré que « *le placement sous surveillance judiciaire peut être ordonné à l'encontre d'une personne condamnée à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à dix ans pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru ; qu'il en est ainsi alors même que le crime ou le délit aurait été commis avant l'entrée en vigueur des dispositions ayant instauré le suivi socio-judiciaire* »⁵³⁰. Dès lors, la portée pratique d'une telle réforme législative est, de facto, réduite par le caractère non rétroactif de la rétention de sûreté. La mesure ne pourrait donc trouver une application effective aux individus déjà incarcérés faisant l'objet d'une particulière dangerosité du fait de leur radicalisation ou de leur engagement au sein d'entreprises terroristes passées.

La volonté de clarification de la Cour de cassation quant à l'application dans le temps des mesures de sûreté. En premier lieu, la haute cour de l'ordre judiciaire a rendu un arrêt qui a été la source d'étonnements au sein la doctrine française. Effectivement, la chambre criminelle de la Cour de cassation, par un arrêt rendu le 21 janvier 2009, a affirmé que « *le principe de légalité des délits et des peines visé à l'article 112-1, alinéa 2, du code pénal fait obstacle à l'application immédiate d'une procédure qui a pour effet de faire encourir à une personne des peines prévues à l'article 706-136 du code de procédure pénale que son état mental ne lui faisait pas encourir sous l'empire de la loi ancienne applicable au moment où les faits ont été commis* »⁵³¹. Dès lors, la Cour de cassation considère que les mesures de sûreté consacrées à l'article 706-136 du Code de procédure pénale épouserait le régime juridique de la peine c'est-à-dire qu'elles ne s'appliqueraient pas de manière rétroactive. Cela, alors même que, excepté la rétention de sûreté, les juges, le

⁵²⁸ Conseil constitutionnel, décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, considérant 10.

⁵²⁹ Crim. 21 janvier 2009, pourvoi n° 08-83.372, Bull. crim. n°23.

⁵³⁰ Ibid.

⁵³¹ Crim. 21 janvier 2009, pourvoi n°08-83.492, Bull.crim.

législateur et l'ensemble de la doctrine s'accordent sur l'application immédiate des mesures de sûreté. De plus la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré opportun de requalifier de « peine » une mesure qualifiée, a priori, de « mesure de sûreté » par le législateur lui-même. Ainsi, une telle décision paralyse de facto l'application desdites mesures de sûreté. En deuxième lieu, la Cour de cassation énonce dans un arrêt en date du 16 décembre 2009 d'une part que « *les dispositions du premier de ces textes prescrivant que seules peuvent être prononcées les peines légalement applicables à la date de l'infraction ne s'appliquent pas aux mesures de sûreté prévues, en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, par les articles 706-135 et 706-136 du code de procédure pénale issus de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008* »⁵³² et d'autre part que « *selon le second de ces textes, sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur les lois fixant les modalités de poursuites et les formes de la procédure* »⁵³³. Ainsi, cet arrêt apporte deux clarifications quant au régime juridique de la rétention de sûreté. D'abord, cette décision permet de clarifier la nature juridique desdites mesures de sûreté susvisées respectivement aux articles 706-135 et 706-136 du Code de procédure pénale. Les juges confirment la qualification du législateur en affirmant que celles-ci sont des mesures de sûreté. La confirmation de la nature juridique de telles mesures permet ainsi d'en déterminer plus précisément son régime juridique. D'autre part, cette décision de la haute cour de l'ordre judiciaire permet de clarifier l'application du principe de l'application dans le temps des mesures de sûreté. Ainsi, sur le fondement de l'article 112-1 du Code pénal, la Cour de cassation affirme que le principe de non rétroactivité de la loi dans le temps ne s'applique pas aux mesures de sûreté. Il en résulte que les mesures de sûreté semblent avoir une existence législative et juridique autonome tant dans leur qualification que dans leur régime juridique propre.

L'hypothèse juridique de la rétroactivité de la rétention de sûreté. Certes les neuf sages du Conseil constitutionnel ont considéré que l'originalité des caractéristiques de la rétention de sûreté tant dans son contenu que dans son application commande de la soumettre au régime des peines et, par conséquent, de la soumettre à la règle de non rétroactivité de la loi pénale. Cela, conformément à

⁵³² Crim. 16 décembre 2009 pourvoi n°9-85.153, Bull.crim.

⁵³³ Ibid.

l'article 112-1 du code pénal selon lequel « *sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis. Peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date.* »⁵³⁴. Toutefois, les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes. Toutefois, une lacune dans le raisonnement des juges de la rue de Montpensier permet d'entrevoir une opportunité d'application effective de la rétention de sûreté à des faits commis antérieurement à la législation afférente. En effet, le Conseil constitutionnel semble avoir omis, dans sa décision, l'hypothèse dans laquelle la rétention de sûreté serait prononcée à la suite d'une violation des obligations relatives à la surveillance de sûreté. Or, le mécanisme de surveillance de sûreté est, lui, directement rétroactif et directement applicable même pour des faits ayant été commis antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente législation. Il en résulte donc que le mécanisme relatif à la surveillance de sûreté permet de neutraliser la non rétroactivité de la rétention de sûreté. La rétention de sûreté pourra, selon nous, être appliquée rétroactivement

La rétroactivité de la rétention de sûreté allemande. Une étude de droit comparé permettrait de constater que la non rétroactivité de la rétention de sûreté peut s'apparenter à une anomalie du droit positif français. Effectivement, le dispositif pénal analogue allemand - l'internement de sûreté - déroge au principe de rétroactivité. La Cour constitutionnelle fédérale allemande a clairement refusé d'appliquer le principe de non rétroactivité de la loi dans le temps à l'internement de sûreté allemand dans un arrêt du 5 février 2004. Dans cet arrêt, la haute cour a en effet considéré au troisième considérant que « *le champ d'application de l'article 103 de la loi fondamentale allemande ne s'applique qu'aux mesures qui constituent une réaction souveraine et désapprouvée de l'État à un comportement illégal et coupable et qui, en raison de ce comportement, imposent une sanction visant à sanctionner la culpabilité* »⁵³⁵. Autrement dit, dès lors que la détention de sûreté allemande est fondée sur la dangerosité et non pas la culpabilité de l'individu concerné par ladite mesure, elle n'est pas soumise au principe de non rétroactivité énoncé à l'alinéa 2 de l'article 103 de la

⁵³⁴ Article 112-1 du code pénal.

⁵³⁵ BVerfG, 5 février. 2004, 2 BvR 2020/01, n°157.

loi fondamentale. Cependant, la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme a sanctionné la Cour fédérale allemande au sujet de l'application rétroactive de la détention de sûreté allemande. Effectivement, à l'occasion d'un arrêt du 17 décembre 2009⁵³⁶, la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme a condamné l'application rétroactive de la détention de sûreté allemande par la Cour fédérale allemande en affirmant notamment que « *d'après le Gouvernement, la juridiction de jugement ayant ordonné le placement du requérant en détention de sûreté sans indiquer de limite de durée, la prolongation de cette mesure ne se rapporte qu'à l'exécution de la sentence rendue. La Cour n'est pas convaincue par cet argument. Ainsi qu'elle l'a déjà dit⁵³⁷, à l'époque où le requérant a commis son infraction, il découlait de l'ordonnance de placement en détention de sûreté émise par la juridiction de jugement, combinée avec l'article 67d § 1 du code pénal alors en vigueur, que le requérant ne pouvait être maintenu en détention de sûreté au-delà d'une limite de dix ans. La prolongation de la détention de sûreté du requérant par les tribunaux de l'exécution des peines à la suite de l'amendement de l'article 67d du code pénal ne concerne donc pas seulement l'exécution de la peine infligée au requérant conformément à la loi applicable au moment de la commission de l'infraction. Il s'agit au contraire d'une peine supplémentaire qui a été prononcée contre lui rétroactivement, en vertu d'une loi entrée en vigueur après que le requérant eut commis une infraction⁵³⁸. »*. Dès lors, toute disposition plus dure pour le condamné ne peut lui être appliquée rétroactivement sous peine de ne pas être conforme aux dispositions de l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme selon lequel « *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.* »⁵³⁹. Il en résulte que la politique jurisprudentielle européenne semble épouser la politique jurisprudentielle française.

⁵³⁶ CEDH, M. c. Allemagne, 17 décembre 2009, n°19359/04.

⁵³⁷ Ibid, paragraphes 99-101 et 123.

⁵³⁸ Ibid

⁵³⁹ Article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme.

2§- La nécessité d'un cadre juridique propre à la rétention de sûreté

a) L'absence d'une théorie constitutionnelle générale relative à la rétention de sûreté

1. L'absence d'une théorie constitutionnelle constante relative à la qualification juridique de la rétention de sûreté.

La qualification implicite et a contrario de la rétention de sûreté. Comme nous l'avons constaté ci-avant, bien que la jurisprudence du Conseil constitutionnel ait tranché, tant bien que mal, la qualification juridique de la rétention de sûreté, il n'en demeure pas moins que le risque d'insécurité juridique est important. En effet, le Conseil constitutionnel a utilisé une formulation négative, une formulation a contrario, pour définir juridiquement la nature de ladite rétention de sûreté. Selon le haut-conseil, la rétention de sûreté « *n'est ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition* »⁵⁴⁰. Par conséquent, il est clair que la rétention de sûreté n'est pas une peine. Pour autant, il semble moins aisé pour le Conseil constitutionnel de se prononcer précisément sur la nature juridique de la rétention de sûreté. Si bien que ce dernier établit difficilement un faisceau d'indices sur le fondement de certains critères pour la rechercher. Le premier critère est la nature préventive de la mesure en affirmant que la rétention de sûreté « *a pour but d'empêcher et de prévenir la récidive par des personnes souffrant d'un trouble grave de la personnalité* »⁵⁴¹. Le deuxième critère est celui du fondement de la dangerosité sur lequel repose la rétention de sûreté. En ce sens, le Conseil constitutionnel affirme que la rétention de sûreté « *repose non sur la culpabilité de la personne condamnée par la Cour d'assises, mais sur sa particulière dangerosité appréciée par la juridiction régionale à la date de sa décision* »⁵⁴². Fort de ces deux critères, il en résulte que la rétention de sûreté s'inscrit dans la logique juridique des mesures de sûreté. Les commentaires de la décision du Conseil constitutionnel l'attestent. Plus précisément, les commentaires sous la décision du Conseil constitutionnel affirment que « *la rétention de sûreté se situe en réalité dans la prolongation d'une série d'autres mesures qui sont, incontestablement, des mesures de sûreté : aux termes de l'article 706-53-14, la Commission pluridisciplinaire des*

⁵⁴⁰ Conseil constitutionnel, décision n°2008-562 DC du 21 février 2008.

⁵⁴¹ Ibid.

⁵⁴² Ibid.

mesures de sûreté propose la rétention de sûreté lorsque les obligations résultant de l'inscription dans le fichier national automatisé des infractions sexuelles ou violentes ou les obligations résultant d'une injonction de soins ou d'un placement sous surveillance électronique mobile apparaissent insuffisantes. La rétention de sûreté s'inscrit dans cette ligne : c'est un degré supplémentaire dans la panoplie des mesures de sûreté. Dès lors que la rétention de sûreté et, a fortiori, la surveillance de sûreté qui peut être prononcée sans même que la juridiction de jugement ait prévu un quelconque réexamen au moment de la condamnation) ne constituait pas une peine, le Conseil a écarté l'ensemble des griefs fondés sur la méconnaissance de l'article 8 de la Déclaration de 1789. À défaut de caractère punitif, le grief tiré de la violation de la présomption d'innocence était également inopérant. »⁵⁴³ Pour autant, le Conseil constitutionnel ne qualifie juridiquement en aucune mesure la rétention de « mesure de sûreté ». Il en résulte que la jurisprudence constitutionnelle relative à la rétention de sûreté dessine les critères de ce qui pourrait s'apparenter à une « mesure de sûreté » par opposition aux sanctions de nature purement punitive. Au fond, les juges ne consacrent pas de définition de la rétention de sûreté. Pour autant, ils définissent la différence qui distingue la peine, la rétention de sûreté et la mesure de sûreté ayant le caractère d'une punition à travers un faisceau de critères. Cette jurisprudence reflète alors l'absence d'une théorie constitutionnelle générale sur la rétention de sûreté, et, a fortiori, sur sa nature et son régime juridique.

Le respect par le Conseil d'État de l'autorité de la qualification du Conseil constitutionnel. Conformément à l'article 62 de la Constitution de 1958, la haute juridiction de l'ordre administratif a entendu respecter l'autorité de la décision du Conseil constitutionnel relative à la qualification de la rétention de sûreté⁵⁴⁴. En l'espèce, le Conseil d'État affirme que « *le placement sous surveillance de sûreté ne constitue par lui-même ni une peine, ni une sanction au sens des stipulations de l'article 7 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que, par suite, le moyen tiré de ce que l'application immédiate aux condamnés, quelle que soit la date de commission des faits ayant donné lieu à condamnation, des dispositions relatives à la surveillance de sûreté instituées par la*

⁵⁴³ Les cahiers du Conseil constitutionnel, cahier n°24, p. 4.

⁵⁴⁴ Conseil d'État, 26 novembre 2010, n°323694, recueil Lebon. Cette décision a été critiquée notamment par le Comité contre la torture des Nations Unies.

loi, contreviendrait au principe de non rétroactivité des peines et des sanctions énoncé par cet article doit être écarté »⁵⁴⁵. En ce qui concerne le raisonnement de la haute cour de l'ordre administratif, les juges affirment que la rétention de sûreté – comme la surveillance de sûreté – « repose non sur la culpabilité de la personne condamnée par la Cour d'assises, mais sur sa particulière dangerosité, appréciée par la juridiction régionale à la date de sa décision, dont les effets sont limités dans le temps ; qu'il a pour but d'empêcher et de prévenir la récidive par des personnes souffrant d'un trouble grave de la personnalité »⁵⁴⁶. Dès lors, le Conseil d'État a entendu respecter l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel.

2. Les contours d'une théorisation par le Conseil constitutionnel

La tentative de théorisation à travers le concept de « sanction ayant le caractère d'une punition ». Le Professeur Robert affirme que « *seul le Conseil constitutionnel sait en quoi consistent les sanctions ayant le caractère d'une punition* »⁵⁴⁷. Dans le même esprit critique, le Professeur Dreyer affirme que « *le Conseil constitutionnel n'a pas pour objectif de défendre les principes libéraux à la base du droit pénal mais de concilier ces principes avec d'autres impératifs qu'il rattache à la défense d'un nébuleux intérêt général* ».⁵⁴⁸ Et pour cause, les critères distinctifs entre rétention de sûreté et sanction punitive sont parfois sujets à une utilisation par opportunité et peuvent présenter, à certains égards, une source d'insécurité juridique. D'une part le degré de sévérité de la mesure ne semble pas représenter un indice juridique fiable. En effet, la rétention de sûreté est la mesure de sûreté la plus restrictive de liberté – par son caractère privatif de liberté et son caractère potentiellement illimité- mais n'est pas pour autant considérée comme une mesure de sûreté. D'autre part, le critère relatif à juridiction qui prononce la sanction ne semble pas plus opérant juridiquement. Effectivement, un certain nombre de mesures de sûreté sont prononcées par des juridictions pénales alors que d'autres mesures de sûreté telle que la rétention de sûreté sont prononcées par des juridictions spécialisées. Par ailleurs, la jurisprudence du Conseil constitutionnel utilise des

⁵⁴⁵ Ibid.

⁵⁴⁶ Ibid.

⁵⁴⁷ J.-H. Robert, « La punition selon le Conseil constitutionnel », cahier du conseil constitutionnel, n°26, Dossier : la Constitution et le droit pénal, août 2009.

⁵⁴⁸ E. Dreyer, Droit pénal général, LexisNexis, 4ème éd., 2016.

terminologies changeantes pour qualifier les mesures de sûreté. Parfois, le Conseil constitutionnel utilise la qualification de « modalité d'exécution de la peine, ou de « mesure de police » ou encore qu'il ne s'agit « ni d'une peine ni d'une sanction punitive ». De même, Conseil constitutionnel peut s'abstenir de confirmer la qualification législative de la mesure sans pour autant la contredire. C'est précisément le cas pour la rétention de sûreté.

L'apport de la jurisprudence européenne dans la qualification juridique de la rétention de sûreté. Le point commun entre la politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel tient au fait que les juges tiennent une approche substantielle et non une approche formelle de la sanction. Cela, pour en tirer des conséquences quant au régime des droits et libertés applicables à ladite sanction. Pour autant, les juges de la Cour strasbourgeoise ont soumis la détention de sûreté allemande au principe de non rétroactivité de la loi pénale, non pas en raison de l'aspect matériel de la détention de sûreté allemande mais tout simplement en raison de sa qualification formelle de « peine »⁵⁴⁹. C'est d'ailleurs pourquoi le Professeur Dreyer⁵⁵⁰ dénonce l'incohérence du Conseil constitutionnel qui bien qu'aboutissant à la même conclusion concernant la non rétroactivité de la rétention de sûreté française ne la qualifie pas pour autant de peine. Cette différence d'approche entre les deux juridictions pourrait tenir à ce que la Cour européenne des droits de l'homme s'attache en priorité au respect des garanties afférentes aux droits et libertés alors que le Conseil constitutionnel s'attache en priorité à la validité de la sanction au regard du bloc de constitutionnalité. Cette différence d'approche a amené la doctrine pénale à considérer que « *le Conseil constitutionnel est peut-être le gardien de la Constitution mais pas le gardien des droits de l'homme* »⁵⁵¹. Autrement dit, l'incohérence de la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel en ce qui concerne la qualification de la sanction et son régime applicable peut-être source d'insécurité juridique particulièrement concernant le respect des droits et des libertés fondamentalement reconnus. Pour autant, il semble important de préciser qu'un certain nombre d'approches convergentes existent entre les deux juridictions. Parmi elles, le Conseil constitutionnel tout comme la Cour européenne des droits de l'homme

⁵⁴⁹ CEDH, M. c. Allemagne, 17 décembre 2009, GC, n°19359/04.

⁵⁵⁰ E. Dreyer, Un an de droit européen en matière pénale, Droit Pénal, 2010, n°4, chron. 3.

⁵⁵¹ E. Dreyer, Le Conseil constitutionnel et la « matière pénale ». La QPC et les attentes déçues, La Semaine juridique. Édition générale, no 37, 12 septembre 2011, p. 1615.

censurent les dispositions qui ne présentent pas les garanties suffisantes tant d'un point de vue constitutionnelle que d'un point de vue conventionnel.

b) La dangerosité, une notion à l'évaluation incertaine

1. A la recherche d'une évaluation fiable

Une fiabilité relative de la technique d'évaluation de la dangerosité. Comme l'affirme la psycho-criminologue Michèle Deslmas Agrapart l'évaluation de la dangerosité peut paraître parfois pour un « *exercice d'équilibriste qui requiert modestie et prudence car il n'existe pas de critères scientifiques de prédiction de la dangerosité*⁵⁵² ». Alors, chacun peut comprendre aisément la fiabilité relative de la technique même d'évaluation de la dangerosité. Cette difficulté peut être constatée à plusieurs égards. D'abord, cette difficulté est directement liée à des conditions expérimentales qui ne sont pas aisées. D'une part, comme le relève l'ensemble des rapports parlementaires, très peu de professionnels et experts sont formés à l'évaluation de la dangerosité qui implique une pluridisciplinarité. Ainsi, le rapport du Député Georges Fenech⁵⁵³ relève, sur la bases des travaux de Jean-François Burgelin⁵⁵⁴ que « *parmi les propositions figurent notamment l'amélioration des conditions de réalisation des expertises psychiatriques : le rapport préconise une meilleure formation des experts et l'augmentation de leur rémunération* »⁵⁵⁵. D'autre part, étant donné qu'une telle évaluation ne repose pas stricto sensu à une analyse scientifique, l'expert peut tout à fait connaître une erreur lors de son analyse in concreto de la dangerosité de l'individu concerné. En effet, contrairement à la culpabilité, la dangerosité ne peut présenter un visage binaire. Un individu est condamné car coupable ou relaxé car innocent. Mais un individu peut être plus ou moins dangereux. La dangerosité peut supporter d'ailleurs plusieurs degrés. Ainsi, la subjectivité d'une

⁵⁵² M. Agrapart-Delmas, La dangerosité criminologique : un concept à la mode, in Peine, dangerosité, quelles certitudes ?, p. 206.

⁵⁵³ G. Fenech, Rapport relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, 2007, p. 11.

⁵⁵⁴ J.-F. Burgelin, Rapport de la commission santé, justice et dangerosités : pour une meilleure prévention de la récidive, La documentation française, 2005.

⁵⁵⁵ G. Fenech, Op. cit.

telle analyse peut faire diverger les expertises des professionnels en évaluant la dangerosité d'un seul et même individu⁵⁵⁶.

Les risques juridiques inhérents à une telle notion. Le droit peut être considéré à certains égards comme une science fondée sur des textes plus ou moins précis mais palpables. En revanche, le droit peut faire preuve d'insécurité juridique lorsqu'il incorpore dans son corpus des notions ou concepts non juridiques. Le concept de dangerosité en fait bien évidemment parti et est ainsi source d'insécurité juridique. Autrement dit, plus le juge fonde sa décision sur des concepts mouvants et extra-juridiques, plus il s'expose à une interprétation pouvant être biaisée. En effet, dans le cadre de l'évaluation de la dangerosité, le juge peut fonder sa décision sur ce qui est appelé les « preuves de conscience⁵⁵⁷ ». Ainsi, l'intime conviction des juges étant fondée sur une expertise, celle-ci peut être subjective. Par définition, l'expertise ne constitue pas une vérité scientifique mais implique, comme le fait remarquer le Professeur Pradel, « *un choix, un avis*⁵⁵⁸ ». Certes, l'alinéa 3 de l'article 167 du code de procédure pénale⁵⁵⁹ énonce le droit, pour la défense, de demander une contre-expertise comme tel. Il n'en demeure pas moins que de telles expertises semblent prendre la force probante pour le moins égale à celle des procès-verbaux. Ainsi se pose la question de savoir si le juge, en invitant l'expert à faire son analyse du degré de dangerosité de l'individu, ne lui demanderait-il pas de se prononcer de manière indirecte à donner un avis juridique à partir duquel sera lié le sort de l'individu concerné. Cette source d'insécurité juridique doit alors amener le juge à utiliser rigoureusement le triple contrôle de proportionnalité de la rétention de sûreté.

2- La nécessaire utilisation rigoureuse du contrôle de proportionnalité

Les vertus juridiques du triple contrôle de proportionnalité. L'utilisation stricte du triple test de proportionnalité présente plusieurs vertus. La première vertu d'un tel raisonnement du juge est, sans conteste, celle d'un retour à une forme de rationalité juridique. La deuxième vertu tient à la précision d'un tel contrôle de proportionnalité en

⁵⁵⁶ Voir A. Coche, La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal, *Études de droit français*, p. 326.

⁵⁵⁷ R. Garraud, *Précis de droit criminel*, Sirey, 1912, p. 632.

⁵⁵⁸ J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, 2003, 4^{ème} ed, n°20.

⁵⁵⁹ L'article 167 du code de procédure pénale énonce que « *dans tous les cas, le juge d'instruction fixe un délai aux parties pour présenter des observations ou formuler une demande, notamment aux fins de complément d'expertise ou de contre-expertise.* ».

ce que les éléments du triple contrôle de proportionnalité analyse précisément l'ensemble des prismes et des contours de la mesure de sûreté. Chaque élément est analysé de manière chirurgicale : l'efficacité de la mesure, la restriction des libertés ou encore le but poursuivi par ladite mesure. En somme, ce triple contrôle de proportionnalité permet, selon le Professeur Jean-Marc Sauve, « *d'exercer de manière plus fine et plus ciblée le contrôle de la décision administrative contestée*⁵⁶⁰ ». Effectivement, ce contrôle de proportionnalité appliqué rigoureusement dans l'ordre – c'est-à-dire après s'être posé la question d'une part de savoir si d'autres mesures aussi efficaces et moins contraignantes pouvaient être prises et d'autre part de savoir si ladite mesure pouvait restreindre plus légèrement les droits et libertés de l'individu - permet d'opérer un véritable filtre. La troisième vertu du triple contrôle de proportionnalité est de mettre des limites aux risques de dérives arbitraires inhérents à de telles mesures privatives de liberté.

Un raisonnement ventilé en trois étapes, source de rationalité dans le contrôle et l'appréciation du juge. Les divers éléments afférents au triple contrôle de proportionnalité sont précisément étudiés et, dès lors, les développements et la motivation des décisions seront davantage étoffés. Même si, comme nous l'avons évoqué précédemment, le Conseil constitutionnel n'a pas précisément utilisé le triple test de proportionnalité, il n'en demeure pas moins qu'une application rigoureuse permettrait d'approfondir le raisonnement du juge constitutionnel qui serait ventilé en trois étapes. En premier lieu, le juge doit opérer un contrôle de l'adaptation c'est-à-dire le contrôle, d'une part, de la conciliation entre l'exercice des droits et libertés avec les objectifs légitimes poursuivis par le législateur et, d'autre part, l'efficacité de la mesure par rapport à l'objectif poursuivi. En ce qui concerne le contrôle de la mesure au regard de l'objectif poursuivi, le juge contrôle l'aptitude de celle-ci à réaliser l'objectif poursuivi⁵⁶¹. De plus, toujours dans le cadre du contrôle de l'adaptation, le juge a vocation à vérifier l'existence d'un risque de trouble à l'ordre public. En deuxième lieu, le juge doit opérer un

⁵⁶⁰ J.-M. Sauvé, Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés, Intervention à l'Institut Portalis, Aix-en-Provence, 17 mars 2017.

⁵⁶¹ En la matière, le Conseil d'Etat affirme dans son arrêt CE, 21 décembre 2012, Société Groupe Canal Plus que « *l'obligation de distribuer une proportion minimale de chaînes indépendantes n'aura pas pour effet d'inciter les éditeurs de chaînes indépendantes n'aura pas pour effet d'inciter les éditeurs de chaînes indépendantes d'autres distribution, mais au contraire, compensera les effets de la puissance d'achat de la société Groupe Canal Plus sur les marchés intermédiaires et réduira sa capacité à verrouiller l'accès des éditeurs de chaînes à la clientèle* ».

contrôle de la nécessité de la mesure concernée en recherchant l'existence de mesures alternatives moins contraignantes. C'est ainsi que la Cour administrative d'appel de Versailles a considéré dans un arrêt du 14 mars 2017⁵⁶² que les diverses alternatives existantes à la mesure qui avait été prise par la collectivité territoriale n'auraient pas permis de faire cesser les atteintes sonores bien qu'elles soient moins attentatoires aux droits et libertés. Ainsi la même juridiction a recherché l'ensemble des mesures alternative comme tel, dans un sixième considérant, en affirmant que *« si la société requérante fait valoir qu'il pouvait être remédié aux nuisances constatées par des mesures moins contraignantes que celle adoptées, l'installation d'un sas d'entrée et l'inversion des entrées de l'établissement n'étaient pas, compte tenu du délai de réalisation de tels travaux d'aménagement, de nature à faire cesser les nuisances sonores constatées à bref délai ; que, de même, la restriction du champ d'application de la mesure aux jours de semaine n'était pas de nature à remédier de façon adéquate aux nuisances dès lors que les plaintes des riverains concernaient pour l'essentiel les troubles occasionnés par le fonctionnement de l'établissement le week-end ; que l'installation d'un limiteur de volume sonore n'était pas davantage de nature à remédier aux nuisances sonores générées par les clients de l'établissement à l'extérieur de celui-ci ; qu'enfin, la circonstance, à la supposer avérée, que la limitation de l'heure de fermeture de l'établissement soit susceptible d'empêcher l'équilibre des comptes de la société n'est pas de nature à faire regarder la mesure comme non proportionnée au but recherché, compte tenu de sa durée limitée et de l'importance et de la persistance des nuisances engendrées par l'activité exploitée ; que, par suite, la mesure édictée par le maire de Chambourcy était adaptée, nécessaire et proportionnée à sa finalité »*⁵⁶³. En troisième lieu, le juge doit opérer un contrôle de proportionnalité au sens stricte en vérifiant si l'atteinte portée par la mesure concernée aux droits et aux libertés. Il s'agit principalement pour le juge d'examiner l'ensemble des garanties procédurales dans le cadre de l'application de la mesure pour mettre en perspective la proportionnalité ou non de l'atteinte aux droits et libertés par rapports à l'objectif poursuivi.

⁵⁶² CAA Versailles, 14 mars 2017, Commune de Chambourcy.

⁵⁶³ Ibid.

Les limites à l'application du triple contrôle de proportionnalité par le juge. Une partie de la doctrine semble mettre en doute l'efficiace et l'effectivité des vertus d'un tel contrôle. Effectivement, le Professeur Jean-Marc Sauve nuance considérablement l'application du triple test de proportionnalité en affirmant que ce changement de contrôle de proportionnalité « *est plus formel que substantiel, dès lors que le Conseil d'État opérait déjà un contrôle resserré en matière de restriction des droits et libertés*⁵⁶⁴ ». Certes, un tel contrôle n'est pas inconnu des hautes juridictions, mais il n'en demeure pas moins que la formalisation explicite des trois étapes du contrôle emporte, de facto, un certain approfondissement dudit contrôle. Chaque étape du contrôle correspondant à un contenu singulier et circonscrit. Ces trois étapes forment aussi une certaine unité. Dès lors, il semblerait, en tout état de cause, que le triple contrôle de proportionnalité ne peut que venir renforcer le contrôle classique de proportionnalité. Une partie de la doctrine française en conviendra, il ne s'agit en aucun cas « *non plus d'un alignement cosmétique sans effets jurisprudentiels concrets*⁵⁶⁵ », loin de là.

⁵⁶⁴ J.M. Sauve, Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés, Intervention à l'Institut Portalis, Aix-en-Provence, 2017.

⁵⁶⁵ M. Guyomar, X. Domino, Le passeport biométrique au contrôle, empreintes et clichés, AJDA, 2012, p.35.

Titre 2 :

La pertinence de la création d'une rétention de sûreté ante delictum

La pertinence de la création d'une rétention de sûreté ante delictum doit s'analyser comme la recherche d'une réponse pénale à la menace terroriste (Chapitre I), sans omettre le prisme constitutionnel de la consécration juridique d'une rétention de sûreté ante delictum (Chapitre II).

Chapitre 1 – La recherche d’une réponse pénale à la menace terroriste

Face à la recrudescence de la menace terroriste, tout à chacun peut constater les réponses imparfaites de notre arsenal juridique (Section I), plus précisément, la menace d’individus identifiés comme dangereux représente, de fait, un angle mort juridique (Section II).

Section 1 – Lutte contre le terrorisme, des réponses spécifiques imparfaites

1§ - Les incriminations pénales sui generis dérogatoires au droit commun

a) Des réponses juridiques singulières prononcées par l’ordre judiciaire

1. Le nécessaire élargissement des actes de terrorisme

Le législateur a entendu se fonder sur des infractions existantes dans la législation en vigueur de droit commun pour les élargir à travers des incriminations dérogatoires. L’intérêt d’une telle entreprise résidait dans la nécessité d’appréhender le terrorisme dans sa complexité et sa diversité criminologique. Dès lors, l’article 421-1 du code pénal renvoie à une diversité de crimes et délits de droit commun qui, en raison de leur commission dans un contexte terroriste, seront qualifiés d’incriminations terroristes. C’est ainsi que ledit article énumère une liste limitative de ces incriminations pouvant être considérés comme ayant un caractère terroriste. L’article 421-1 du code pénal énonce ainsi que « *constituent des actes de terrorisme, lorsqu’elles sont intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l’ordre public par l’intimidation ou la terreur les infractions suivantes : 1° Les atteintes volontaires à la vie, les atteintes volontaires à l’intégrité de la personne, l’enlèvement et la séquestration ainsi que le détournement d’aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport, définis par le livre II du présent code ; 2° Les vols, les extorsions, les destructions, dégradations et détériorations, ainsi que les infractions en matière informatique définis par le livre III du présent code ; 3° Les infractions en matière de groupes de combat [...] 4° Les infractions en matière d’armes, de produits explosifs ou de matières [...] 5° Le recel du produit de l’une des infractions prévues aux 1° à 4° ci-dessus ; 6° Les infractions de blanchiment prévues au chapitre IV du titre II du livre III du présent code ; 7° Les délits d’initié prévus à l’article L. 465-1*

du code monétaire et financier. »⁵⁶⁶. En ce qui concerne les atteintes à la personne, l'article 421-1 du code pénal se fonde sur les atteintes volontaires à la vie ainsi qu'aux atteintes volontaires à l'intégrité de la personne. Ensuite, concernant les atteintes aux biens, le même article évoque les vols ainsi que les extorsions, destructions, dégradations et détériorations. Enfin, le même article mentionne également des incriminations relatives aux atteintes à la nation, à l'État et à la paix publique. Globalement, la volonté préventive est très nette. Il s'agit de prévisions d'infractions « obstacles ». Autrement dit, il s'agit d'incriminations visant à sanctionner un comportement susceptible de conduire à la commission d'infractions plus importantes et plus graves.

2. Le contexte terroriste comme la circonstance dérogante

La qualification de « terroriste » au sens de l'article 421-1 du code pénal.

La qualification de « terroriste » au sens de l'article 421-1 du code pénal pour une infraction n'est possible que lorsque celle-ci a été commise dans un contexte de terrorisme. C'est-à-dire que la commission de ladite infraction doit avoir eu lieu *« intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur »*⁵⁶⁷. Dès lors, le juge doit établir, dans son raisonnement juridique, l'existence d'un lien entre l'acte intentionnellement commis et une finalité propre à cet acte consistant à troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou par la terreur. C'est ainsi que la chambre criminelle de la Cour de cassation affirme que *« pour se déclarer incompétents les juges, après avoir observé que l'article 2 de la loi du 30 décembre 1986 mentionne que, lorsqu'un accusé est renvoyé devant la cour d'assises, la chambre d'accusation peut être à nouveau saisie afin de constater que les faits entrent dans le champ d'application de l'article 706-16 du code précité, comme étant en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, énoncent qu'il résulte de ces dispositions que la juridiction qui doit être une nouvelle fois saisie pour compléter son arrêt est celle qui a prononcé la mise en accusation et le renvoi »*⁵⁶⁸. En ce qui concerne précisément la

⁵⁶⁶ Article L 421-1 du code pénal.

⁵⁶⁷ Ibid.

⁵⁶⁸ Cass. Crim. 7 mai 1987, bull. crim. n°186.

notion d' « entreprise », le Professeur Renoux⁵⁶⁹ affirme dans les cahiers du Conseil constitutionnel que celle-ci implique que l'infraction constatée ait été commise dans un cadre plus général. Autrement dit, la notion d'entreprise est exclusive de toute idée d'improvisation et suppose « *des préparatifs et un minimum d'organisation, une certaine préméditation [...] une organisation d'où le hasard est exclu*⁵⁷⁰ ». Dès lors, de facto, le champ de l'incrimination s'étend non plus à la commission de l'acte en tant que tel mais à la prévention d'un acte susceptible d'être provoqué et entraîné la terreur. L'article 421-1 du code pénal permet donc d'appréhender tout comportement susceptible de présenter un lien avec le terrorisme.

La notion d'entreprise individuelle ou collective. La notion d'entreprise est pour le moins une notion protéiforme aux contours imprécis. Telle que mentionnée à l'article 421-1 du code pénal, ladite notion semble devoir être comprise comme l'exigence d'une certaine préparation de projet en amont de sa mise à exécution. Une circulaire avait d'ailleurs été prise pour préciser que « *la notion d'entreprise est exclusive de toute idée d'improvisation ; elle suppose des préparatifs et un minimum d'organisation*⁵⁷¹ ». L'ancien Garde des Sceaux, Albin Chalandon, fait également de la notion d'entreprise un « *dessein formé ou plan concerté se traduisant par des efforts coordonnés en vue de l'objectif à atteindre*⁵⁷² ». La politique jurisprudentielle de la haute cour de l'ordre judiciaire abonde dans le même sens. En effet, la première chambre civile de la Cour de cassation a affirmé que « *constituent des actes de terrorisme les infractions spécifiées par la loi du 9 septembre 1986, lorsqu'elles sont en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ; que la cour d'appel, qui a justement retenu qu'un tel acte implique " un minimum d'organisation " et qui a, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, relevé que l'acte non revendiqué dont avaient été victimes les consorts [...]*⁵⁷³ ». Ainsi, les actes de terrorisme

⁵⁶⁹ T.S. Renoux, Juger le terrorisme ?, Cahiers du Conseil constitutionnel n°14.

⁵⁷⁰ Déclarations du garde des Sceaux, Albin Chalandon, à l'Assemblée nationale et au Sénat, JO, 8 août 1986, p. 4125 et p. 3795. Circulaires du garde des Sceaux, ministre de la justice, en date des 10 oct. 1986 et 27 mars 1987 ; V. T. Renoux, L'indemnisation publique des victimes d'attentats, p. 21 et s.

⁵⁷¹ Circulaire du garde des Sceaux, Ministre de la justice, 10 octobre 1986.

⁵⁷² A. Chalandon, JOAN, Débats, 8 août 1986, p. 4125.

⁵⁷³ Cass. 1^{ère} civ. 17 octobre 1995, n° 93-14.837.

supposent alors un minimum de préparatifs et d'organisation, ils sont en réalité la résultante d'une stratégie établie en amont.

L'entreprise collective ou le modèle préventif de lutte contre l'organisation terroriste. C'est sous la forme de l'entreprise terroriste que l'arsenal juridique pénal s'est organisé pour lutter contre le terrorisme et, plus généralement, le crime organisé. Cette notion d' « entreprise terroriste » a été déclarée conforme à la Constitution de 1958⁵⁷⁴. Le Conseil constitutionnel a, en effet, estimé que « *la première condition fixée par la loi, qui renvoie à des infractions qui sont elles-mêmes définies par le code pénal ou par des lois spéciales en termes suffisamment clairs et précis, satisfait aux exigences du principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines ; que, de même, la seconde condition est énoncée en des termes d'une précision suffisante pour qu'il n'y ait pas méconnaissance de ce principe* »⁵⁷⁵. Dès lors, en résumé, pour qu'un acte terroriste puisse être qualifié comme tel, il est désormais nécessaire que le juge établisse un lien entre la commission de l'acte et une stratégie collective terroriste ainsi que la finalité propre à cet acte ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation et la terreur. En outre, comme le propose le Professeur Yves Mayaud, le critère déterminant⁵⁷⁶ le sens de la notion même d'entreprise devrait être le critère « individuel » ou « collectif ». Effectivement, en ce qui concerne le critère individuel, il déterminerait la préméditation alors que le critère collectif déterminerait un contexte de criminalité organisée. Enfin, le contexte terroriste ajoute un élément de matérialité supplémentaire à la nature de l'incrimination. Même si, en la matière, la doctrine pénale interne ne semble pas faire consensus sur ce point.

L'association terroriste comme infraction type. L'article 421-2-1 du code pénal consacre le volet terrorisme de l'association de malfaiteur en énonçant que « *constitue également un acte de terrorisme le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents* »⁵⁷⁷. La singularité de l'incrimination de terrorisme par association est de criminaliser une simple préparation d'une infraction le fait de participer à un groupement ou une entente

⁵⁷⁴ Conseil constitutionnel, décision n°2017-625, QPC, M. Amadou S.

⁵⁷⁵ Ibid, Considérant 10.

⁵⁷⁶ Y. Mayaud, le terrorisme par entreprise individuelle sous contrôle constitutionnel, Dalloz, 2017, p. 1134.

⁵⁷⁷ Article 421-2-1 tel qu'issu de la loi du 22 juillet 1996.

dans le but de fomenter un délit ou un crime terroriste. La justification d'une telle singularité est d'abord préventive. Effectivement, le but principal de l'incrimination d'association de malfaiteurs étant d'empêcher la commission d'un acte criminel⁵⁷⁸ et de lutter contre la dangerosité d'une telle association. C'est pourquoi, une grande partie de la doctrine pénale interne comme le Professeur Jean Pradel⁵⁷⁹ ou le Professeur Yves Mayaud⁵⁸⁰ qualifie l'association de malfaiteurs comme une infraction-obstacle. Par conséquent, le terrorisme par association constitue alors une infraction essentiellement d'intention sur lequel se concentre, à des fins préventives, principalement la répression.

L'entreprise individuelle, une qualification juridique s'adaptant à l'ubérisation⁵⁸¹ du terrorisme. Si historiquement les actes terroristes sont pour la majorité d'entre eux des entreprises collectives, nous assistons ces dernières années à la recrudescence du terrorisme dit « solitaire ». Effectivement, l'évolution de la menace terroriste et la commission effective d'actes terroristes par des « loups solitaires »⁵⁸² - pour reprendre le concept consacré – le législateur a entendu s'adapter à cette nouvelle menace en adaptant l'entreprise terroriste à l'entreprise d'un seul et unique individu. Dès lors, la loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014 dite loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme instaure un article 421-2-6 du code pénal qui énonce que « *constitue un acte de terrorisme le fait de préparer la commission d'une des infractions mentionnées au II, dès lors que la préparation de ladite infraction est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* »⁵⁸³ . Ainsi, le champ de l'entreprise terroriste est élargi au-delà de l'entreprise collective en incriminant la préparation d'une infraction en lien avec une entreprise individuelle. Cette préparation se caractérise d'abord par le fait de détenir, de se procurer, de tenter de se procurer ou de fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui. Ensuite, cette préparation se caractérise matériellement par l'un des faits suivants. En premier lieu, recueillir des renseignements sur des lieux à fin d'y

⁵⁷⁸ J-P. Doucet, Les infractions de prévention, Gaz. Pal. 1973 II Doct. P. 764.

⁵⁷⁹ J. Pradel, Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal, D. 1987, chron. 39 et 42, n°6.

⁵⁸⁰ Y. Mayaud, Droit pénal général, op. cit.

⁵⁸¹ A. Bauer, « On assiste à une ubérisation du terrorisme », Le Point, 17.06.2016

⁵⁸² H. Moutouh, loup solitaire, in dictionnaire du renseignement, 2018, p.517.

⁵⁸³ Article 421-2-6 du code pénal.

entamer une action ou sur des personnes dans le but de leur porter atteinte. En deuxième lieu, s'entraîner ou se former au maniement des armes ou à toute forme de combat, à la fabrication ou à l'usage de produits dangereux notamment explosif incendiaire. En troisième lieu, consulter régulièrement des sites internet ou posséder des documents pouvant constituer l'apologie du terrorisme ou pouvant provoquer de facto à la commission d'un acte terroriste. En quatrième lieu, d'avoir séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes. Finalement, sur le modèle juridique de l'association de malfaiteurs, l'entreprise individuelle de terrorisme permet de sanctionner préventivement, en amont de la commission de l'acte terroriste, un comportement individuel pouvant provoquer un résultat dangereux. Finalement, la qualification pénale de l'entreprise individuelle de terrorisme ne peut être prononcée par le juge qu'à travers la cumulation d'une condition objective – c'est-à-dire que l'individu soit en relation avec une entreprise individuelle - et d'une condition subjective -c'est-à-dire que l'individu concerné ait pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur. En ce sens, la circulaire du 10 octobre 1986 relative à la mise en œuvre des dispositions de la loi du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat avait précisé que le concept d'entreprise individuelle impliquait l'existence d'« *un dessein formé ou d'un plan concerté se traduisant par des efforts coordonnés en vue de l'objectif à atteindre* ».

La constitutionnalité de l'entreprise individuelle de terrorisme. Pour une partie de la doctrine pénale interne, cette qualification d'entreprise individuelle de terrorisme entre en confrontation avec un certain nombre de grands principes du droit pénal dont le principe de légalité des délits et des peines ainsi qu'au principe de présomption d'innocence. C'est ainsi que le Professeur Cristina Mauro⁵⁸⁴ affirme que « *d'une part, la définition de ce type d'infraction risque de présenter un caractère équivoque portant atteinte au principe de légalité des délits et des peines. D'autre part, ce type d'infraction risque de porter atteinte au principe de présomption d'innocence : comment prouver l'élément intentionnel en dehors d'un commencement d'exécution sinon en se fondant sur les actes préparatoires eux-mêmes ? A défaut de pouvoir prouver l'intention de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur par d'autres moyens, on sera tenté de l'établir à partir du fait de détenir des objets de*

⁵⁸⁴ V. C. Mauro, Une nouvelle loi contre le terrorisme : quelles innovations ? , À propos de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014, La Semaine juridique – Édition générale, n° 48, 24 novembre 2014, p. 1203.

*nature à créer un danger pour autrui et de se rendre en Syrie ou de consulter des sites internet sur le Djihad : journalistes et chercheurs pourraient alors être les premiers suspects ! »⁵⁸⁵. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de trancher ce sujet dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité à travers un raisonnement en trois temps. En préambule, les juges ont repris l'argumentation classique afférent aux principes de nécessité et de proportionnalité des peines après avoir cité l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon lequel « *la loi ne doit pas établir que des peines strictement et évidemment nécessaire, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* ». En premier lieu, le Conseil constitutionnel a jugé dans une décision du 7 avril 2017 que le législateur n'a pas vocation à faire fit du principe de nécessité des délits et des peines et ainsi sanctionner la seule intention criminelle en affirmant précisément que « *si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue. Le législateur ne saurait, sans méconnaître le principe de nécessité des délits et des peines, réprimer la seule intention délictueuse ou criminelle* »⁵⁸⁶. En deuxième lieu, les juges de la rue de Montpensier ont jugé que la preuve de l'intention de l'individu concerné de préparer une infraction en relation avec une entreprise individuelle terroriste ne saurait résulter des seuls et uniques faits matériels retenus comme actes préparatoires en affirmant que « *la preuve de l'intention de l'auteur des faits de préparer une infraction en relation avec une entreprise individuelle terroriste ne saurait, sans méconnaître le principe de nécessité des délits et des peines, résulter des seuls faits matériels retenus comme actes préparatoires* »⁵⁸⁷. Dans le même sens, le Conseil constitutionnel a pointé la spécificité des infractions préparées par l'auteur des faits en affirmant que « *le législateur a limité le champ du délit contesté aux actes préparatoires à la commission d'une infraction portant atteinte à la personne humaine et s'inscrivant dans une volonté terroriste* »⁵⁸⁸. Cela, à travers une politique jurisprudentielle constante du Conseil constitutionnel selon laquelle « *la gravité toute particulière que revêtent par nature les actes de terrorisme dans le cadre de l'examen d'un grief tiré de**

⁵⁸⁵ C. Mauro, JCP, 24 novembre 2014, n°48, 1203.

⁵⁸⁶ Considérant 10 de la décision n° 2017-625 QPC du 7 avril 2017.

⁵⁸⁷ Considérant 16 de la décision n° 2017-625 QPC du 7 avril 2017.

⁵⁸⁸ Ibid.

*la méconnaissance du principe de nécessité et de proportionnalité des peines »⁵⁸⁹. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a entendu rappeler, en l'espèce, que les actes préparatoires ont vocation à corroborer l'intention terroriste. Également, le Conseil constitutionnel a jugé qu'un des faits matériels retenus comme pouvant caractériser un acte préparatoire pouvait mener à une répression manifestement excessive, puisque relative à une intention pour laquelle ne s'est pas encore opéré le basculement vers la préparation d'une action terroriste. Enfin, le Conseil constitutionnel a entendu « retirer le venin de la loi », pour reprendre l'expression consacrée par Georges Vedel, en censurant partiellement certaines dispositions de la loi. En effet, le Conseil constitutionnel a jugé que le terme « rechercher » ne pouvait faire partie des faits matériels retenus et constituant un acte préparatoire. Cela, en affirmant précisément que « *le fait de rechercher des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui sans circonscrire les actes pouvant constituer une telle recherche dans le cadre d'une entreprise individuelle terroriste, le législateur a permis que soient réprimés des actes ne matérialisant pas, en eux-mêmes, la volonté de préparer une infraction* »⁵⁹⁰.*

b) Des réponses juridiques singulières prononcées en amont de la commission de l'acte par l'ordre administratif

1. Des réponses juridiques restrictives de liberté

L'interdiction administrative d'entrée sur le territoire français. La loi du 13 novembre 2014⁵⁹¹ a introduit en dans l'arsenal juridique interne l'interdiction de territoire. Effectivement, l'article L. 214-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dispose que « *tout ressortissant d'un État membre de l'Union européenne, d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse ou tout membre de la famille d'une telle personne peut, dès lors qu'il ne réside pas sur le territoire national, faire l'objet d'une interdiction administrative du territoire lorsque sa présence en France constituerait, en raison de son comportement personnel, du point de vue de l'ordre ou de la sécurité publics, une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt*

⁵⁸⁹ Décision DC n°96-377 du 16 juillet 1996, Considérant 23.

⁵⁹⁰ Ibid.

⁵⁹¹ Loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014.

fondamental de la société »⁵⁹². Cette loi a été adoptée par le Parlement pour adapter la législation relative à la lutte contre le terrorisme afin de prendre en considération des évolutions inquiétantes qui concernent la nature des actes et le comportement des auteurs. Ainsi, elle visait à renforcer les moyens de lutte contre l'endoctrinement et les campagnes à caractère terroriste, tant sur le plan de la procédure pénale qu'en matière de police administrative. Cela, dans un contexte de recrudescence des actes terroristes. Dès lors, l'interdiction de territoire est prononcée par le Ministre de l'intérieur. Lorsque la décision a été prise et notifiée à l'intéressé, il bénéficie d'un délai d'un mois pour quitter le territoire national. De même, l'autorité administrative peut, au moment où elle le souhaite, abroger l'interdiction administrative du territoire français⁵⁹³.

L'interdiction de sortie du territoire français. La loi du 13 novembre 2014⁵⁹⁴ a introduit dans l'arsenal juridique interne une interdiction nouvelle de sortie du territoire national. L'article L 224-1 du code de la sécurité instaure une interdiction de sortie du territoire à raison de déplacements à l'étranger visant à participer à des activités terroristes ou un déplacement sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes. Comme l'énonce l'extrait du compte rendu du Conseil des ministres du 9 juillet 2014, l'interdiction de sortie du territoire fera obstacle à ce que des nationaux utilisent leur déplacement sur des théâtres de guerre pour s'aguerrir en matière de lutte armée. Dès lors, cette disposition complète l'interdiction de sortie du territoire des mineurs prévues par le décret du 28 mai 2010⁵⁹⁵ selon lequel les titulaires de l'autorité parentale peuvent s'opposer à la sortie du territoire de leur enfant n'ayant pas atteint la majorité. Cette décision d'interdiction de sortie du territoire dure maximum 6 mois. Il est à observer que l'interprétation jurisprudentielle de ce texte peut s'avérer devenir une source d'insécurité juridique. D'une part, la qualification de « raisons sérieuses » est laissée à la libre interprétation du Ministère de l'intérieur. D'autre part, cette source d'insécurité juridique liée à une telle interprétation est exacerbée par la notion de « théâtre d'opérations de groupements terroristes ». De plus, l'individu frappé par une telle décision est l'objet d'une présomption de terrorisme, par conséquent, la charge de la preuve lui revient pour prouver par tout moyen que son déplacement n'a rien à voir avec une entreprise ou une action terroriste. Comme pour toute décision

⁵⁹² Article L. 214-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

⁵⁹³ Article L. 214-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

⁵⁹⁴ Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014.

⁵⁹⁵ Décret n° 2010-569 du 28 mai 2010.

administrative similaire l'individu concerné peut, dans un délai de deux mois à compter de sa notification, la contester devant le tribunal administratif du chef-lieu compétent pour demander l'annulation de cette décision.

L'assignation à résidence. L'assignation à résidence consiste à interdire à un individu de quitter un territoire circonscrit sauf exceptions prononcées par la décision de justice prononçant l'assignation à résidence. Celle-ci peut être prononcée contre un individu dont il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement présente une menace pour la sécurité et l'ordre public. De même en droit des étrangers, l'article L 563-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers dispose que *« l'étranger astreint à résider dans les lieux qui lui sont [...] qui a été condamné à une peine d'interdiction du territoire pour des actes de terrorisme prévus au titre II du livre IV du Code pénal ou à l'encontre duquel un arrêt d'expulsion a été prononcé pour un comportement lié à des activités à caractère terroriste peut, si la préservation de la sécurité publique l'exige, se voir prescrire par l'autorité administrative compétente pour prononcer l'assignation à résidence une interdiction de se trouver en relation, avec certaines personnes nommément désignées dont le comportement est lié à des activités à caractère terroriste »*⁵⁹⁶. Dès lors, l'assignation à résidence peut intervenir en amont et en aval de l'interdiction de séjourner sur le territoire national français. En effet, l'assignation à résidence peut précéder l'exécution d'une peine d'interdiction du territoire suite à la commission d'un acte à caractère terroriste et précéder l'exécution d'une mesure d'expulsion prononcée par l'autorité administrative en cas de suspicion de la commission d'un acte à caractère terroriste.

L'assignation à résidence durant l'état d'urgence. Quelques heures après les attentats terroristes, le 14 novembre 2015, le gouvernement a déclaré l'état d'urgence par le décret n° 2015-1475 du 14 novembre 2015 signé par le Président de la République. Le projet de loi prorogeant ledit état d'urgence a été adopté en première lecture à l'Assemblée nationale le 19 novembre 2015. Ce projet de loi modifie en substance le régime de l'assignation à résidence en laissant, dans sa formulation juridique, une marge plus importante à l'appréhension de menaces devenues diffuses. Ainsi, l'article 6 de la loi du 3 avril 1955⁵⁹⁷ relative à l'état d'urgence dispose que « *Le*

⁵⁹⁶ Article L 563-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers.

⁵⁹⁷ Loi modifiée par loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 - art. 2.

ministre de l'intérieur peut prononcer l'assignation à résidence, dans le lieu qu'il fixe, de toute personne résidant dans la zone fixée par le décret mentionné à l'article 2 et à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre public »⁵⁹⁸. En outre, le nouveau texte prévoit plusieurs nouveautés. D'une part, le Ministre de l'intérieur peut faire conduire la personne assignée sur le lieu de l'assignation à résidence par les services de police ou les unités de gendarmerie. D'autre part, l'assignation à résidence eut également être astreinte à demeurer dans le lieu d'habitation déterminé par le Ministre, pendant la plage horaire qu'il fixe, dans la limite de 12 heures par 24 heures. Par ailleurs, le texte prévoit pour le Ministre la possibilité de prescrire l'obligation de se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie, selon une fréquence à déterminer dans la limite de trois présentations par jour, en précisant si cette obligation s'applique les dimanches et jours fériés ou chômés ainsi que la remise à ces services du passeport ou de tout document justificatif de l'identité, avec délivrance en échange d'un récépissé. Le Ministre de l'intérieur peut également interdire à la personne assignée à résidence de se trouver en relation, directement ou indirectement, avec certaines personnes dont il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre public.

2. Les réponses procédurales, l'exemple de la perquisition

Les perquisitions. La perquisition est un outil juridique, une mesure d'enquête visant à rechercher des éléments de preuve d'une infraction ou des indices au domicile d'une personne concernée, d'un local d'une entreprise ou dans l'ensemble des lieux où des éléments de preuves pourraient se trouver. Celles-ci peuvent se dérouler lors d'une enquête préliminaire sur une décision du juste des libertés et de la détention. Naturellement, l'accord de la personne concernée par la perquisition n'est pas requis pour procéder à une perquisition et celle-ci est réalisée sous le contrôle d'un magistrat⁵⁹⁹. La loi du 13 novembre 2014 a permis d'étendre le champ de la perquisition en autorisant les perquisitions informatiques à distance⁶⁰⁰. En la matière,

⁵⁹⁸ Ibid.

⁵⁹⁹ Article 706-92 du code de procédure pénale.

⁶⁰⁰ Pour ce faire, le législateur a modifié l'article 57-1 du code de procédure pénale qui énonce que « *les officiers de police judiciaire ou, sous leur responsabilité, les agents de police judiciaire peuvent, au cours d'une perquisition effectuée dans les conditions prévues par le présent code, accéder par un système informatique implanté sur les lieux où se déroule la perquisition à des données intéressant l'enquête en cours et stockées dans ledit système ou*

par un arrêt du 14 novembre 2018, la chambre criminelle de la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser un certain nombre de points sur l'exploitation de données saisies au cours d'une perquisition administrative. D'une part, la haute juridiction de l'ordre judiciaire a tranché une question de compétence en affirmant que « *le législateur a entendu donner, dès le 31 octobre 2017, jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle de procédure, compétence au juge judiciaire pour autoriser, à la demande des autorités administratives, l'exploitation des données saisies dans le cadre d'une perquisition effectuée sous le régime antérieur* »⁶⁰¹. D'autre part, la chambre criminelle de la Cour de cassation a approuvé les motifs de l'ordonnance visant à autoriser l'exploitation des données saisies en relevant « *qu'au regard des agissements et des liens présumés avec des sites et mouvements djihadistes, l'autorisation d'exploitation des données régulièrement saisies constituait une mesure qui n'était pas disproportionnée face à la menace terroriste, mais s'avérait nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la prévention des infractions pénales et à la protection des droits et libertés d'autrui, sans porter atteinte* »⁶⁰². Il en résulte donc qu'au regard des agissements et des liens présumés de l'individu concerné par ladite perquisition administrative avec des sites et groupements djihadistes, l'autorisation d'exploiter des données régulièrement saisies constituait une mesure qui n'était pas disproportionnée face à la menace terroriste de l'intéressé et, par conséquent, conforme à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Les perquisitions dans le cadre de l'état d'urgence. L'état d'urgence est un droit d'exception dans lequel s'applique un régime juridique particulier aux perquisitions. Le Conseil d'État a eu l'occasion d'en préciser les contours par un avis rendu le 6 juillet 2016 en assemblée plénière⁶⁰³. Effectivement, la haute juridiction de l'ordre administratif précise que les décisions ordonnant ces perquisitions présentent le caractère de décisions administratives individuelles défavorables qui constituent des mesures de police et doivent, par conséquent, être motivées en application de l'article L. 211-2 du code des relations entre le public et l'administration⁶⁰⁴. A cet égard, le

dans un autre système informatique, dès lors que ces données sont accessibles à partir du système initial ou disponibles pour le système initial. ».

⁶⁰¹ Crim. 14 nov. 2018, n° 18-80.507.

⁶⁰² Ibid.

⁶⁰³ Conseil d'État, Assemblée, 06/07/2016, 398234, Publié au recueil Lebon.

⁶⁰⁴ Conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel V. Cons. const. 16 févr. 2016, Ligue des droits de l'homme, n° 2016-536 QPC.

Conseil constitutionnel a déjà affirmé dans un considérant de principe que « *la décision ordonnant une perquisition sur le fondement des dispositions contestées et les conditions de sa mise en œuvre doivent être justifiées et proportionnées aux raisons ayant motivé la mesure dans les circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence* »⁶⁰⁵. Plus précisément, ladite décision doit faire l'objet d'une motivation écrite comportant l'énoncé des considérations de droit et de fait faisant apparaître les raisons sérieuses qui ont conduit l'autorité administrative à agir. Dès lors que la perquisition est effectuée dans un cadre de police administrative, il n'est pas nécessaire que la motivation de la décision qui l'ordonne fasse état d'indices d'infractions pénales. La motivation de cette même décision doit tenir compte des conditions d'urgence de la perquisition et mentionner le lieu ainsi que le moment précis de la perquisition.

Le contrôle de légalité des perquisitions sous l'état d'urgence. Le contrôle de légalité du juge administratif relatif aux perquisitions prononcées dans le cadre de l'état d'urgence se ventile en trois principales étapes de raisonnement. Le premier relatif à la recevabilité même du recours. En la matière, une jurisprudence administrative⁶⁰⁶ et constitutionnelle⁶⁰⁷ constante affirme le principe selon lequel un recours peut être exercé contre toute décision administrative. Ensuite, les juges administratifs exercent un contrôle de la motivation de la décision, c'est-à-dire aux motifs qui ont motivé la perquisition. En la matière, la haute cour de l'ordre administratif a décidé d'étudier chaque recours au cas par cas sans établir, a priori, une politique jurisprudentielle uniforme. Effectivement, comme l'explique remarquablement Olivier Le Bot⁶⁰⁸, l'exigence de motivation représente l'instrument substantiel visant à atteindre un objectif plus important, à savoir la garantie contre l'arbitraire de l'ordre administratif. En réalité, en imposant au préfet d'indiquer le lieu et le moment de la perquisition, l'exigence de motivation permet de ne pas donner un blanc-seing aux forces de l'ordre qui, le cas échéant, leur permettrait d'intervenir où et quand elles le jugeraient opportun. Enfin, le juge administratif contrôle le bien-fondé de la perquisition administrative. En la matière, le contrôle du juge administratif a évolué vers un contrôle

⁶⁰⁵ Ibid.

⁶⁰⁶ Conseil d'Etat, 17 février 1950, n° 86949, Dame Lamotte, Lebon p. 110 ; GAJA n° 64.

⁶⁰⁷ Conseil constitutionnel, 9 avril 1996, n° 96-373, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, considérant 85, AJDA 1996. 371

⁶⁰⁸ O. Le Bot, Les perquisitions administratives en état d'urgence, RFDA 2016. 943.

normal⁶⁰⁹. Ce principe du contrôle normal effectué par le juge administratif sur les motifs justifiant l'assignation à résidence a été précisément entériné par un arrêt rendu par le Conseil d'État le 11 décembre 2015⁶¹⁰. Par ailleurs, le contrôle substantiel du juge épouse les formes d'un contrôle de proportionnalité à travers le triple test de proportionnalité : le test d'adaptation, le test de nécessité ainsi que le test de proportionnalité au sens strict. Ce contrôle que poursuit le Conseil d'État est exercé au regard de la situation de fait correspondant au moment où la décision a été prononcée eu égard aux éléments de faits sur lesquels l'autorité administrative s'est fondée. Il en résulte, s'agissant d'un ordre de perquisition, que le juge se place au jour où il a été saisi pour apprécier si la condition légale justifiant son édicton était satisfaite sans prendre en compte des éléments qui se sont révélés postérieurement et dont l'autorité de police ne pouvait par hypothèse avoir connaissance au moment où elle a pris sa décision. Le Conseil d'état, par un arrêt du 6 juillet 2016, a eu l'occasion de préciser l'appréciation matérielle d'abord du caractère suffisant de la motivation de la décision de perquisition administrative en relevant que « *le caractère suffisant de la motivation doit être apprécié en tenant compte des conditions d'urgence dans lesquelles la perquisition a été ordonnée [...] il appartient au juge administratif d'apprécier au cas par cas, en fonction des circonstances particulières de chaque espèce, si une urgence absolue a fait obstacle à ce que la décision comporte une motivation même succincte* »⁶¹¹. Ensuite, la haute cour de l'ordre administratif a précisé les critères permettant au juge administratif d'apprécier l'opportunité d'une perquisition administrative. En effet, le juge doit en l'espèce, prendre en compte un comportement qui constitue une menace pour la sécurité et l'ordre public comme le relève plus précisément le Conseil d'état dans un considérant de principe « *L'article 11 de la loi du 3 avril 1955 permet aux autorités administratives compétentes d'ordonner des perquisitions dans les lieux qu'il mentionne lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que ces lieux sont fréquentés par au moins une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics.*⁶¹² ».

⁶⁰⁹ V. notamment, CE, sect., 9 juill. 1997, n° 151064, Association Ekin, Lebon p. 300 ; AJDA 1998. 374, note M.-F. Verdier ; D. 1998. 317, note E. Dreyer ; RFDA 1997. 1284, concl. M. Denis-Linton.

⁶¹⁰ Conseil d'Etat, 11 décembre 2015, Domenjoud.

⁶¹¹ Conseil d'Etat, 6 juillet 2016, n° 398234, 399135.

⁶¹² Ibid.

2§ - Un cadre juridique protecteur des droits et libertés

a) La place des droits fondamentaux dans la lutte contre le terrorisme

1. L'émergence d'un droit à la sûreté

L'influence des doctrines pénales sécuritaires. Comme nous l'avons évoqué précédemment, le positivisme et la doctrine de la défense sociale et de la défense sociale nouvelle ont largement influencé l'émergence d'un droit pénal de la sûreté. Mais, en réalité, la théorie du droit pénal de l'ennemi développé par le Professeur Günther Jakobs⁶¹³ dans *Feindstrafrechts* fait référence précisément à un droit pénal nouveau. Car, en effet, évoquer une doctrine du droit pénal de l'ennemi correspond, de facto, à renvoyer aux écrits de la pensée de celui-ci. C'est également faire référence au débat qui s'est emparé de la doctrine internationale concernant la validité axiologique de la doctrine et sur l'existence même d'un droit pénal de l'ennemi⁶¹⁴. La thèse principale de l'auteur se base sur l'idée selon laquelle l'arsenal juridique pénal en vigueur ne peut s'appliquer à l'individu qui rejette, a priori, totalement les règles de base de la société civile en y portant une atteinte particulièrement brutale⁶¹⁵. Plus précisément, le Professeur Günther Jakobs⁶¹⁶ estime qu'il y a une catégorie de criminelle qui correspondent à des ennemis absolus de la société. À titre illustratif, le terrorisme est le criminel type correspondant à un ennemi absolu de la société. Ensuite, l'auteur explique qu'il y aurait une différence entre le simple délinquant qui resterait, à ses yeux, un citoyen préservant un lien étroit à la société et, de l'autre côté, le criminel si dangereux qu'il quitte la sphère de la citoyenneté pour devenir un ennemi absolu de celle-ci et qui, par conséquent, ne peut opposer la protection du droit. Il en résulte, pour l'auteur, que la sanction basée sur la responsabilité est destinée au délinquant alors que la sanction basée sur la simple dangerosité doit être réservée au criminel. Dès lors, les mécanismes du droit pénal de l'ennemi reposent sur des mesures de sûreté intervenant en amont de la commission d'un acte incriminable. En ce qui concerne le régime juridique réservé aux « ennemis »⁶¹⁷ décrits comme tel par

⁶¹³ M. Papa, *Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un début international*, RSC 2009, p.3.

⁶¹⁴ V. *Droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain*, Revue 2009. 3, avec les articles de Michele Papa, Günther Jakobs, Francisco Muñoz Conde, Massimo Donini, Eugenio Raúl Zaffaroni et Mireille Delmas-Marty.

⁶¹⁵ G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi*, RSC 2010, p. 69.

⁶¹⁶ G. Jakobs, *Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi*, RSC 2009, p. 7.

⁶¹⁷ *Ibid.*

le Professeur Jakobs, il s'agit d'un régime juridique d'exception. Plus précisément, les règles procédurales qui ont vocation, en droit, à protéger la défense, ne peuvent plus être opposés par le criminel. Il en résulte qu'en réalité, le droit de l'ennemi est un droit pénal d'exception. Un droit dans lequel les principes juridiques de l'Etat de droit classique ne sont plus opposables. Pour le Professeur Jakobs, c'est précisément pour conserver l'essence de l'Etat de droit qu'il faut employer des moyens contraires à celui-ci.

La doctrine américaine du « combattant ennemi illégal ». Ce concept n'est pas neuf en droit américain. En effet, jadis, les États confédérés refusaient de donner aux soldats noirs de l'Union le statut de combattants « légaux ». De même, sur le fond, le problème auquel il fait principalement référence n'est pas nouveau non plus puisqu'il renvoie substantiellement à l'origine de la codification des conflits armés. Plus récemment, l'administration Bush a adopté une stratégie de lutte contre le terrorisme inédite dont elle justifiera la légalité cette même doctrine constitutionnelle. L'exemple type concerne le Patriot Act qui traite le problème terroriste à travers des mesures dérogatoires de droit commun. En matière de détention et d'enquête, le seuil de suspicion à partir duquel le FBI peut recourir à des informateurs a été abaissé à la seule existence d'une « *information, ou bien allégation qui indique la possibilité d'activité criminelle* »⁶¹⁸. Sur une base juridique dérogatoire de droit commun, les procureurs ont recouru aux incriminations de conspiration et de soutien matériel au terrorisme pour arrêter des individus suspects tels que de nombreux migrants illégaux suspectés de liens avec Al-Quaida⁶¹⁹. Pour autant, la doctrine du combattant ennemi illégal ne se résume pas à cette dérogation de droit commun, il peut aller jusqu'à la suspension du droit pénal en tant que tel. En effet, l'administration Bush a commencé à mettre de côté les conventions internationales et standards des conventions de Genève. Cette distinction entre combattants légaux et combattants illégaux provient d'une décision de la Cour suprême⁶²⁰ prise en 1942 qui autorisa qu'un espion nazi, soit privé de certains droits fondamentaux. Cette dérogation du droit commun s'est traduite sous plusieurs formes. D'abord, contrairement à l'article 4 de la troisième convention de Genève l'administration américaine a établi la légalité de la détention

⁶¹⁸ USA Patriot Act of 2001, Pub. L. n° 107-56, 218, 115 Stat. 272, 291.

⁶¹⁹ Pour des illustrations : V. L. Volpp, *The citizen and the terrorist*, 49 UCLA L. Rev 1575 (2002), p. 1576 – 1580.

⁶²⁰ *Ex Parte Rivhard Qurin*, (US) 1942.

d'un citoyen chinois musulman sans qu'il se soit battu contre les États-Unis, pour ses liens avec l'East Trkestan Islamic et alors qu'aucune preuve qu'il ait voulu attaquer les États-Unis ne soit produite. Ensuite, les individus concernés par cette qualification n'avaient pas les moyens juridiques nécessaires de contester celle-ci⁶²¹. Les conditions et justifications de cette doctrine sont l'inefficacité du droit pénal commun et la prétendue légalité de cette doctrine au regard du droit international.

2. Le risque d'une dérive sécuritaire internationale

La situation américaine. Le Professeur Mireille Delmas-Marty affirme que l'émergence d'un terrorisme planétaire notamment le 11 septembre 2001 a laissé place à une lente dérive sécuritaire amorcée par les États-Unis⁶²². Effectivement, le 18 septembre 2001, le congrès des États-Unis adoptait une résolution⁶²³ autorisant le Président de la République d'utiliser « toute force nécessaire » contre les nations, les organisations ou personnes dont il détermine qu'elles ont planifié, aidé ou commis les attaques terroristes qui ont eu lieu le 11 septembre 2001. C'est précisément cette résolution qui a constitué le socle juridique et politique du Patriot Act du 26 octobre 2001 autorisant la détention pour une durée infinie lorsque le Ministre de la justice certifie qu'il a des motifs raisonnables de croire que l'individu est engagé dans des activités terroristes ou met en péril la sécurité nationale⁶²⁴. Par ailleurs, un décret militaire présidentiel du 13 novembre 2001 visait à écarter la compétence des tribunaux de droit commun au profit des tribunaux militaires pour juges des actes de terrorisme. Pour autant, certains droits ont été réintroduits par la Cour Suprême des États-Unis. Depuis l'arrêt *Rasul*⁶²⁵ rendu en 2004, les prisonniers dont la qualification juridique correspondait aux ennemis combattants illégaux, pouvaient ainsi contester les preuves qui fondaient leur détention et déposer une requête en Habeas Corpus devant les juges fédéraux.

La thèse d'Olivier De Schutter⁶²⁶. Le Professeur Olivier De Schutter a identifié un certain nombre de dérives potentielles concernant les droits et libertés fondamentales

⁶²¹ V. *Boumediene v. Bush*, US (2008).

⁶²² M. Delmas--Marty, *Liberté et sûreté dans un monde dangereux*, éd du Seuil, 2010.

⁶²³ Résolution 1373 du 28 septembre 2001.

⁶²⁴ K. Roth, « Les droits de l'homme et la campagne anti-terroriste », Human Right Watch, Janvier 2004, p. 1.

⁶²⁵ *Rasul v. Bush*, 542, U.S. 466 (2004).

⁶²⁶ O. De Schutter, « La convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme », dans l'ouvrage « Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux ».

liées à la lutte contre le terrorisme. En la matière, il distingue trois types de risques de déviance. D'abord, l'effet d'aubaine est un risque de déviance important. Effectivement, il s'agit de la tentation que peuvent avoir les États, dans leur lutte constante contre le terrorisme, de généraliser et d'englober d'autres formes de criminalité qui n'auraient, en réalité, peu en commun avec le terrorisme en tant que tel. Le risque étant que l'État concerné élargisse le champ d'application des règles juridiques, applicables initialement à des actes terroristes, à d'autres formes de criminalité qui n'ont pas de points communs avec le terrorisme. Toujours selon l'auteur, le risque en la matière est d'autant plus important que la définition même du « terrorisme » peut faire l'objet d'une interprétation malléable et confuse. Dès lors, pour circonscrire l'effet d'aubaine, l'auteur suggère de limiter systématiquement dans le temps l'effet des mesures prises dans la lutte contre le terrorisme. Ensuite, selon le Professeur Olivier De Schutter, le risque est aussi celui d'un « effet de discrimination »⁶²⁷ lié inéluctablement à une approche catégorielle de la criminalité. Ainsi, selon l'auteur, il est à craindre certaines discriminations dans l'application qui sera faite des lois eu égard à la visibilité particulière de certaines catégories de personnes dans la criminalité terroriste.

b) Un contrôle juridictionnel protecteur des droits et libertés

1. Le juge constitutionnel, gardien des libertés individuelles

L'utilisation du droit commun interne privilégiée pour lutter contre le terrorisme. La législation anti-terroriste n'ayant pas été constitutionnalisée, le Conseil constitutionnel fait une application classique de sa jurisprudence pour en contrôler la constitutionnalité. Comme le précise le Professeur Pierre Mazeaud⁶²⁸, le Conseil constitutionnel utilise le concept d'objectif à valeur constitutionnelle qui a vocation à limiter certains principes constitutionnels dans le but de rendre certains autres droits constitutionnels effectifs. En l'espèce, en matière de terrorisme, le Conseil constitutionnel prend ainsi en compte l'objectif de recherche des auteurs

⁶²⁷ O. De Schutter, La convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme, in E. Bribosia et A. Weyembergh (Dir.), Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux, Nemesis, Bruylant, 2002, pp. 90 et s.

⁶²⁸ Vœux du président du Conseil constitutionnel, Pierre Mazeaud, au Président de la République, 3 janvier 2005.

d'infractions⁶²⁹ et l'objectif de préservation de l'ordre public⁶³⁰. Cette notion d'ordre public englobe diverses notions telles que le bon ordre, la sécurité, la salubrité ou la tranquillité publique. Par ailleurs, l'objectif de préservation de l'ordre public est l'un des premiers objectifs à valeur constitutionnelle dégagés par le Conseil constitutionnel par à l'occasion d'une décision du 20 janvier 1981⁶³¹. En effet, le Conseil constitutionnel a affirmé que « *la conciliation qui doit être opérée entre l'exercice des libertés constitutionnellement reconnues et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions et de la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens, nécessaires, l'une et l'autre, à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle* »⁶³². En outre, parmi ces diverses libertés individuelles figurent la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile privé, le secret des correspondances et le respect de la vie privée. Dès lors, le haut-conseil vérifie que l'atteinte portée par la mesure à la liberté constitutionnellement protégée n'est pas excessive, injustifiée ou manifestement déséquilibrée. C'est précisément ce que décrit le Professeur Chetard⁶³³ concernant la portée du contrôle de proportionnalité exercée par les sages du Conseil constitutionnel.

L'exception contemporaine de l'état d'urgence. Initialement, la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, dans sa version initiale, permettait une déclaration d'état d'urgence « *soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique* »⁶³⁴. L'état d'urgence avait été imaginé dans un contexte de guerre d'Algérie dans lequel l'action militaire ne suffisait plus à répondre à l'insurrection nationale algérienne. Suite à la vague d'attentats du 13 novembre 2015, un certain nombre de mesures législatives ont permis une évolution du régime de l'état d'urgence. Plus précisément, la loi du 20 novembre 2015, a en premier lieu modifié le régime des assignations à résidence qui peut désormais viser toute personne à l'encontre de laquelle « *il existe des raisons sérieuses de penser que son*

⁶²⁹ Conseil constitutionnel, 16 juillet 1996, n° 96-377, Considérant 16.

⁶³⁰ Conseil constitutionnel, 27 juillet 1982, n° 82-141, Considérant 5.

⁶³¹ DC, 20 janvier 2001, n°80-127.

⁶³² Ibid.

⁶³³ G. Chetard, La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, RSC 2013, p. 51.

⁶³⁴ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre public »⁶³⁵. Dans le cadre de l'état d'urgence, l'assignation à résidence vise à restreindre la liberté de circulation des personnes et limiter leurs relations directes avec des individus dangereux. De plus, le lieu de l'assignation à résidence est fixé par le Ministre de l'Intérieur, ce lieu peut ne pas être le domicile de l'individu concernée par ladite mesure. Ensuite, la loi du 20 novembre 2015 élargit de manière considérable la mesure d'assignation à résidence permettant sa mise en œuvre à l'encontre d'une nouvelle catégorie d'individus. En effet, le nouveau régime de l'assignation à résidence permet au Ministre de l'Intérieur de décider qu'une personne peut être placée sous surveillance électronique dès lors qu'elle est visée par une mesure d'assignation à résidence ou qu'elle a fait l'objet d'une condamnation à une peine privative de liberté pour une infraction terroriste ou encore qu'elle a achevé l'exécution de sa peine depuis au moins huit années. Enfin, durant l'état d'urgence, l'assignation à résidence ne remplit plus seulement un objectif alternatif à la détention mais a un rôle de surveillance, en amont et en aval d'un acte potentiellement dangereux. Une question prioritaire de constitutionnalité a permis au Conseil constitutionnel de se prononcer sur la constitutionnalité de ladite mesure d'assignation à résidence. Le Conseil constitutionnel a affirmé que « *tant par leur objet que par leur portée, ces dispositions ne comportent pas de privation de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution* »⁶³⁶. En deuxième lieu, la loi du 20 novembre 2015, a modifié le régime des perquisitions administratives. En effet, le champ des perquisitions administratives est élargi en permettant qu'elle soit prononcée « en tous lieux, y compris à un domicile »⁶³⁷. En troisième lieu, la loi du 20 novembre 2015⁶³⁸ a introduit dans la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, la compétence du conseil des ministres à dissoudre par décret des associations ou groupement de fait qui participent à la commission d'actes portant une atteinte grave à l'ordre public ou dont les activités facilitent la commission d'actes portant une atteinte grave à l'ordre public. La rédaction

⁶³⁵ Article 6 de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence telle que modifiée par la loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 - art. 2.

⁶³⁶ Décision n°2015-527 QPC du 22 décembre 2015.

⁶³⁷ Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions.

⁶³⁸ Ibid.

de ladite loi use d'une formulation plus extensive que celle utilisée par l'article L. 212-1 du code de la sécurité intérieure⁶³⁹.

2. Les juges européens, gardiens des droits fondamentaux

L'obligation sécuritaire de l'État reconnu devant la Cour européenne des droits de l'homme. Certes, les juges européens se sont érigés, au fil des décisions rendues, comme les juges qui étaient en première ligne en ce qui concerne la défense des droits et libertés fondamentalement reconnus. Effectivement, cette tendance a progressivement prospéré sur le lit des obligations dites « positivistes »⁶⁴⁰ notamment sur le fondement des dispositions de l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme sur le droit à la vie. Plus concrètement, l'État doit désormais avoir le devoir de prendre l'ensemble des mesures nécessaires pour faire respecter le droit à la vie au sens large du terme. Dans ce cadre, un premier mouvement jurisprudentiel a adopté une conception stricte du devoir de protéger le droit à la vie. Ainsi, la juridiction européenne a jugé dans un arrêt rendu le 28 octobre 1998, « *qu'il n'a pas été établi que la police savait ou aurait dû savoir à l'époque que M. Paget-Lexis représentait un danger réel et immédiat pour la vie du second requérant et que la réaction de la police n'était pas incompatible avec l'obligation de protéger le droit à la vie découlant pour les autorités de l'article 2* »⁶⁴¹. Un deuxième mouvement jurisprudentiel a étendu davantage le domaine préventif de ladite obligation étatique de sécurité afférent à l'article 2 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme en l'élargissant à la société tout entière. A l'occasion d'un arrêt rendu le 24 octobre 2002 la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que « *il y a une obligation positive – à prendre des mesures concrètes - lorsqu'il est établi que les autorités connaissaient ou auraient dû connaître l'existence d'une menace réelle et immédiate pour la vie d'un ou de plusieurs individus et qu'elles n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point*

⁶³⁹ La nouvelle rédaction est la suivante : « *sans préjudice de l'application de l'article L. 212-1 du code de la sécurité intérieure, sont dissous par décret en conseil des ministres les associations ou groupements de fait qui participent à la commission d'actes portant une atteinte grave à l'ordre public ou dont les activités facilitent cette commission ou y incitent.* ».

⁶⁴⁰ La jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme (notamment CEDH, 9 déc. 1994, Lopez Ostra c/ Espagne, §51) affirme l'obligation pour les États-membres à adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits de l'individu.

⁶⁴¹ CEDH, 28 octobre 1998, Osman c. Royaume-Uni.

de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque »⁶⁴². Dès lors, les juges européens imposent à l'État en tant que puissance publique une obligation de moyens en matière de sécurité. Cette obligation à la charge de l'État rend, de facto, plus qu'essentiel l'émergence de mesures préventives dans l'arsenal juridique pénal.

La recrudescence du rôle de la Cour de justice de l'union européenne.

Ces dernières années, le rôle de la Cour de justice de l'union européenne a pris une importance particulière. Et ce, particulièrement en matière de contrôle de dispositions visant à lutter contre la criminalité et celles visant à lutter contre le terrorisme. Ce contrôle peut s'effectuer sur la base d'un corpus juridique telle que la charte des droits fondamentaux de l'union européenne. Dès lors, en matière jurisprudentielle, la Cour de justice de l'union européenne a eu l'occasion à plusieurs reprises de se prononcer sur la question du respect des droits fondamentaux. A titre illustratif, dans un arrêt rendu le 3 septembre 2008⁶⁴³, la grande chambre de la Cour de justice de l'union européenne se prononce sur ladite question en s'érigeant comme gardienne des droits fondamentalement en déclarant « *Les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. À cet effet, la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré.* »⁶⁴⁴. La Cour de justice de l'union européenne entend ainsi exercer un contrôle effectif des dispositions anti-terroristes pouvant être adoptées dans le cadre de l'Union européenne. Comme le rappelle justement le Professeur Rostane, la Cour de justice de l'Union européenne « *ne se dérobe pas à son office de juge des droits fondamentaux* »⁶⁴⁵. Ce contrôle est, à certains égards, salvateur en ce qu'il permet un équilibre entre la nécessité d'une réponse pénale effective et la préservation des droits et libertés fondamentales. En revanche, la question légitime de la teneur d'un tel équilibre est posée. En effet, en la matière, la législation laissant une grande marge d'appréciation au juge ordinaire, on constate de manière factuelle, une modification substantielle de l'équilibre classique des pouvoirs entre le pouvoir législatif et l'autorité

⁶⁴² CEDH, 24 octobre 2002, *Mastromatteo c/ Italie*.

⁶⁴³ CJUE, 3 septembre, *Kadi c/ Conseil et Commission*, C-402/05.

⁶⁴⁴ *Ibid.*

⁶⁴⁵ H. Labayle, M. Rostane, *Le contrôle juridictionnel de la lutte contre le terrorisme. Les black list de l'Union européenne dans le prétoire de la Cour de justice*, RTD Eur. 2009, p. 231.

juridictionnelle. Si le droit de punir, conforme à une conception rousseauiste du contrat social, confère en principe au seul législateur le pouvoir d'édicter des normes juridiques et d'en définir les sanctions, il semblerait que la perspective se soit inversée depuis l'édiction du code pénal de 1810 qui introduit pour le juge un rôle accru de préservation des libertés.

c) La constitutionnalisation du terrorisme

1. L'émergence, en droit comparé, d'un « droit du terrorisme »

Pour reprendre l'expression de Caroline Cerda-Guzman, nous pouvons constater, à certains égards, une espèce de « *constitutionnalisation du terrorisme* »⁶⁴⁶. Alors que certains systèmes constitutionnels entendent constitutionnaliser la sanction, d'autres systèmes constitutionnels entendent constitutionnaliser le cadre juridique dans lequel s'inscrit la lutte contre le terrorisme. En ce qui concerne la constitutionnalisation de la sanction, le système constitutionnel chilien prévoit, par son article 9, la mention de terrorisme. Le but de cette précision est alors de condamner constitutionnellement le terrorisme du fait de son opposition aux droits et libertés fondamentales. De même, le système constitutionnel péruvien se situe dans cette perspective. Effectivement, la Constitution du Pérou de 1993 prévoit l'application de la peine capitale pour les personnes coupables d'actes terroristes. Pour autant, ces deux constitutions chilienne et péruvienne n'entendent pas donner une définition précise du terrorisme. En la matière, la Constitution espagnole est, sans doute, la première Constitution à appréhender de manière explicite le phénomène terroriste. Plus précisément, la Constitution espagnole a entendu consacrer concrètement le phénomène terroriste en constitutionnalisant la lutte préventive contre le terrorisme. C'est ainsi qu'elle a introduit à l'article 55-2 de ladite Constitution la lutte préventive contre le terrorisme impliquant, pour le législateur, d'adopter une législation dans un cadre juridique stable. Plus précisément, le législateur espagnol peut, à travers le vote d'une loi organique, établir une liste de droits visant à garantir la sécurité de citoyens et de faciliter l'office du juge constitutionnel.

⁶⁴⁶ C. Cerda-Guzman, La Constitution : une arme efficace dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ?, Revue française de droit constitutionnel, 2008/1 (n° 73), p. 41.

2. Carl Schmitt, la théorie du droit et de l'état d'exception

La théorie de Carl Schmitt sur le droit d'exception. L'idée de Constitution chez Carl Schmitt est éloquente. Selon lui, la Constitution est avant tout un acte politique qui relève d'une manifestation de volonté produisant, par conséquent, des effets de droit, plutôt qu'un acte juridique en tant que tel. Ainsi, c'est la décision politique, entendu comme pouvoir souverain dans un État donné, qui prévaut sur l'acte juridique. Ainsi, la décision politique de l'acte constitutionnel est fondamentale. Dès lors, la loi au sens formel, sont des conclusions, des déductions ou plutôt des expressions secondes de la décision politique fondamentale. Par conséquent, le fait politique détermine le droit. Carl Schmitt affirme que « *le souverain est celui qui décide de la situation exceptionnelle*⁶⁴⁷ ». Dans sa *Théorie de la Constitution*, il explique que la Constitution est un acte du pouvoir constituant qui ne contient pas de normes particulières, une décision unique qui détermine la globalité de l'unité politique du point de vue de sa forme particulière d'existence. De plus, cette décision étant une manifestation politique, elle implique qu'elle soit concrète et non astreinte à des procédures ou à une technique juridique particulière. Autrement dit, étant donné que la volonté politique précède l'acte juridique, ladite volonté du souverain peut créer un système ou un acte juridique en dehors du système juridique préexistant. Dès lors, le droit peut laisser place à un droit d'exception et un état d'exception. Car, en réalité, la réflexion de Carl Schmitt, notamment dans son ouvrage *La Dictature*⁶⁴⁸ est intimement liée à la crise de la République de Weimar, précisément dans sa formule paroxysmique de menace de contestation civile. Également, la théorie du droit d'exception du juriste allemand a accompagné l'essor du légalisme franquiste en Espagne et particulièrement toutes les tentatives de légitimation de ce régime. Si bien qu'une partie de la doctrine anti-Carl Schmitt avait pointé l'assise philosophique d'une telle thèse permettant de banaliser les procédures d'exception en droit commun et constituerait une atteinte à la démocratie.

⁶⁴⁷ C. Schmitt, *théologie politique*, Gallimard, 1988, p. 16.

⁶⁴⁸ C. Schmitt, *La dictature*, Paris, Seuil, 2000, 1921.

L'état d'exception schmittien dans la lutte contre le terrorisme. La notion d'état d'exception telle que développée par Carl Schmitt constitue le lit au développement d'une nouvelle approche de la guerre : la guerre préventive. Selon le Professeur Jean-Claude Monod il s'agit « *d'un véritable retour de la guerre juste, cette fois-ci présentée comme une lutte contre les ennemis de l'humanité et la déstabilisation du droit international et du droit des gens.*⁶⁴⁹ ». En effet, plus que jamais, le concept d'état d'exception schmittien semble faire surface comme un moyen face à une nouvelle guerre. L'état d'exception schmittien provient d'une décision politique de suspendre le droit en vigueur pour entrer dans un droit d'exception. Si bien que selon l'auteur, le politique doit veiller à circonscrire la violence interne. Dès lors, l'état d'exception schmittien peut donc inspirer un état d'exception contemporain qui serait appliqué dans le cadre d'une lutte efficace contre la montée du terrorisme et contre des individus dangereux avant qu'il ne passe à l'acte.

3. Les régimes d'exception de la Constitution française de 1958.

L'article 16 de la Constitution de 1958. Comme le rappelle justement le Professeur Renoux⁶⁵⁰, de manière générale, les garanties constitutionnelles subsistent dans la Constitution de la Vème République. Pour autant, celles-ci peuvent être réduites au strict minimum dans l'objectif de restaurer l'ordre dans l'État. En premier lieu, l'article 16 de la Constitution dispose que « *lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel* »⁶⁵¹. Autrement dit, ce régime permet de donner de manière temporaire la totalité des pouvoirs législatifs et réglementaires au chef de l'État. Historiquement, l'article 16 de la Constitution de la Vème République est lié aux événements de la deuxième guerre mondiale. Depuis l'entrée en vigueur de ladite Constitution, l'article 16 a été mis en application une seule fois en avril 1961, lorsque

⁶⁴⁹ J.-C. Monod, *Penser l'ennemi, affronter l'exception. Réflexions critiques sur l'actualité de Carl Schmitt*, 2016, p.192.

⁶⁵⁰ T. S. Renoux, *France-Table ronde : lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux*, p. 205.

⁶⁵¹ Alinéa 1 de l'article 16 de la Constitution de 1958.

les généraux ont créé à Alger un gouvernement insurrectionnel. L'article 16 de la Constitution entraîne, pour reprendre la formule utilisée par les Professeur Francis Hamon et Michel Troper⁶⁵², un bouleversement des compétences. Le Président de la République peut se substituer au Gouvernement, au Parlement ainsi qu'à l'autorité judiciaire. Cependant, deux limites peuvent restreindre les pouvoirs exceptionnels du Président de la République. D'une part, le Président de la République ne peut pas dissoudre l'Assemblée nationale. D'autre part, et comme l'énonce l'alinéa 3 de l'article 16, toutes les mesures prises par le Président de la République « *doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission* »⁶⁵³. Autrement dit, les pouvoirs exceptionnels sont assujettis à une stricte finalité : celle de rétablir le plus rapidement possible l'état des choses antérieure.

L'article 36 de la Constitution de 1958. En deuxième lieu, l'article 36 de la Constitution énonce les dispositions relatives à l'état de siège selon lesquelles « *l'état de siège est décrété en Conseil des Ministres. Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le Parlement* »⁶⁵⁴. En effet, l'état de siège permet un transfert des compétences de l'autorité civile à l'autorité militaire. Plus précisément, l'article 36 de la Constitution permet de dessaisir les autorités civiles du pouvoir de police générale au profit des autorités militaires mais uniquement en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection. Dès lors, les pouvoirs de police normalement exercés par les autorités civiles sont transférés aux autorités militaires. De plus, les pouvoirs de police sont étendus à l'image de compétence des tribunaux militaires.

⁶⁵² F. Hamon M. Troper, Droit constitutionnel, 32^{ème} ed. LGDJ, 2011.

⁶⁵³ Alinéa 3 de l'article 16 de la Constitution de 1958.

⁶⁵⁴ Article 36 de la Constitution de 1958.

Section 2 – L’angle mort juridique de la menace d’individus identifiés ou évalués comme dangereux

1§ - Un vide juridique, fruit d’un aveuglement législatif

a) La persistance rétinienne du législateur face à la nouvelle menace terroriste

1. La nouvelle menace des « hybrides ». Comme le développe remarquablement le Professeur Jean-François Gayraud⁶⁵⁵, l’émergence d’une nouvelle menace aurait échappé au pouvoir législatif particulièrement au moment des attentats islamistes perpétrés, en France, à l’aube du XXIème siècle. Selon l’auteur, les pouvoirs publics n’ont pas su percevoir une nouvelle réalité, celle selon laquelle la majorité des actes terroristes étaient issus d’une délinquance et d’une criminalité de droit commun. Une nouvelle donnée néo sociologique devait être désormais pris en compte. Effectivement, le déterminisme social qui épouse une certaine « classe sociale »⁶⁵⁶ ferait le lit de la délinquance de droit commun qui, elle-même, serait un terreau aux actes terroristes contemporains. Car, en effet, comme l’indique clairement Jean-François Gayraud⁶⁵⁷, les auteurs des attentats perpétrés sur le continent européen – dont la France, la Belgique, l’Espagne, l’Allemagne ou l’Angleterre - entre 2015 et 2017 proviennent d’individus connus pour des faits délictuels ou criminels de droit commun. Dès lors, un constat lucide s’impose : on constate une surreprésentation de criminels et délinquants de droit commun parmi les individus ayant commis un acte terroriste qu’ils soient des combattants djihadisés – partis en Syrie ou en Irak - ou des radicalisés sur le continent européen c’est-à-dire fichés comme tel. Selon l’auteur, il convient, par conséquent, de qualifier d’« hybrides » ces individus confondant une violence politique en violentant le droit. Pour reprendre la théorie du partisan de Carl Schmitt⁶⁵⁸, en réalité, les « hybrides » seraient la résultante d’un contexte nouveau. Un nouveau contexte provoqué par la mutation d’un écosystème historique et géopolitique. Celui-ci entraînant un mouvement réciproque de criminalisation des acteurs politiques et de politisation des criminels. L’« hybride »

⁶⁵⁵ J-F. Gayraud, *Théorie des Hybrides. Terrorisme et crime organisé*, ed. CNRS, 2017.

⁶⁵⁶ Ce terme de « classe sociale » est utilisé au sens classique du terme, c’est-à-dire au sens marxiste du terme.

⁶⁵⁷ Ibid.

⁶⁵⁸ C. Schmitt, *La Notion de politique, Théorie du partisan*, Paris, Calmann-Lévy, 1963 p. 47.

serait, ainsi, la conséquence de ce double mouvement. Effectivement, l'éthos national est, chez l'auteur, poussé à son paroxysme. Si bien qu'il attend de chaque individu qu'il accepte de recevoir et de donner la mort au nom d'un corps politique qui exige qu'on sacrifie potentiellement sa vie. C'est aussi comme cela que l'auteur construit la genèse de la guerre absolue mais aussi de l'ennemi absolu⁶⁵⁹, notamment en conjuguant la criminalisation de la guerre par le traité de Versailles et la théorie léniniste de celle-ci. L'ennemi absolu, lui, est celui avec lequel il n'est pas envisageable d'établir le moindre compromis et avec lequel il est interdit de négocier. Ainsi, comme l'explique remarquablement le Professeur Jean-Claude Monod⁶⁶⁰ l'ennemi absolu est une figure limite pour la démocratie mais également pour la rationalité politique. Finalement, ce constat criminologique tient au fait qu'il détermine, de facto, le travail d'identification prédictif en prenant compte de facteurs sociologiques et parfois « politiques » au sens Marxiste du terme, c'est-à-dire, entraînant l'émergence d'une violence au service d'une cause plus que d'une classe sociale.

2. L'approche politique des mutations du terrorisme. Notre pays compte près de 15.000 individus fichés pour radicalisation sur son territoire. Autant de terroristes en puissance qui gambadent dans nos communes. Redouane Lakdim à Carcassonne, Mohamed Merah à Toulouse, les frères Kouachi à Charlie Hebdo, Amedy Coulibaly à l'hyper casher, Sid Ahmed Ghlam à Paris, Yassin Salhi à Saint-Quentin-Fallavier, Ismaël Omar Mostefaï et Samy Amimour au Bataclan, Larossi Abballa à Magnanville ou Adam Djaziri aux Champs Élysées. Ils étaient tous, sans exception, fichés « S » pour radicalisation. Ces individus sont tous passés à l'acte avec la même méthode. Or, si la protection absolue n'existe pas, face à la menace terroriste nous avons une obligation de moyens. Le philosophe des devoirs de l'Etat, Thomas Hobbes, écrivait que « *tout homme doit rechercher la paix aussi longtemps qu'il a un espoir de l'obtenir et, quand il ne peut y parvenir, il lui est loisible de d'utiliser tous les secours de la guerre* »⁶⁶¹. D'autant que ce qui peut sembler « nouveau » est le plus souvent ce que l'on a oublié, pour reprendre les termes d'Alain Bauer⁶⁶². Si le

⁶⁵⁹ Carl Schmitt, La notion de politique, 1932, trad. fr., Paris, Calmann-Lévy, 1972, rééd. Flammarion-Champs, 1992.

⁶⁶⁰ J.-C. Monod, Le compromis a ses limites. Réflexions avec et contre Carl Schmitt, Actualité du compromis, 2011, p.242.

⁶⁶¹ T. Hobbes, Léviathan, Flammarion, Paris 2017.

⁶⁶² A. Bauer et C. Soulez, Terrorismes, Dalloz, 2ème éd, 2018.

terrorisme est devenu diverse, il impose aux systèmes juridiques et, plus globalement, aux États de s'adapter à cette nouvelle menace en changeant notamment la nature de leur dispositif pénal. Cette réalité semble, aux yeux des pouvoirs publics, difficile à accepter.

3. La zone grise entre le délinquant et le terroriste en puissance.

L'émergence des nouveaux profils de délinquance « hybride » constitue un véritable défi pour les autorités publiques confrontées à une véritable incertitude catégorielle et qualificative. Une zone grise s'est créée entre la délinquance dite de droit commun et le terrorisme en tant que tel. La délinquance est-elle un nouveau terreau au terrorisme ? Ou bien le terrorisme est-il un acte criminel résiduel confondu dans la délinquance de droit commun ? Un certain nombre de cas ont démontré les difficultés de qualification des faits et des intentions tant les profils des auteurs et leurs motivations semblaient disparates. À titre illustratif, l'affaire du gang des barbares⁶⁶³ qui s'était déroulé en janvier 2006 a démontré la difficulté, notamment pour la justice elle-même de percevoir le caractère terroriste de l'affaire. Si l'auteur de tels faits était connu pour de la délinquance de droit commun, son acte antisémite⁶⁶⁴ et barbare peut le faire basculer dans la qualification d'actes terroristes. Si bien que celui-ci sera condamné, plus tard, pour des faits de terrorisme au cours de son incarcération. Plus récemment, le 24 septembre 2018, des dégradations étaient commises à Grenoble par un individu dans l'église Saint-Jean. Les policiers grenoblois ont interpellé l'auteur qui tentait d'incendier plusieurs bancs avec des cierges. Âgé de 45 ans, il était connu pour des infractions de droit commun et de la documentation du renseignement territorial pour radicalisation alors que la police judiciaire avait été saisie d'investigations de droit commun. Cela, alors qu'un tel cas aurait peut-être été traité plus opportunément sous la qualification de terrorisme.

⁶⁶³ L'affaire du gang des barbares avait suscité une vive émotion en France du fait de l'antisémitisme des auteurs du crime et des conditions de séquestration insoutenables du jeune homme.

⁶⁶⁴ L'auteur du crime est connu pour avoir fait du prosélytisme islamique en détention.

4. Illustrations des mutations⁶⁶⁵ du terrorisme à travers des profils identifiés comme dangereux.

L'ellipse Khaled Kelkal. En septembre 1995 déjà, un individu radicalisé commettait des attentats sur le territoire français. Le parcours de vie et le mode opératoire du terroriste Khaled Kelkal aurait pu nous servir de modèle explicatif de l'entrée dans le djihadisme mais aussi et surtout de modèle d'un terrorisme nouveau et hybride issu de la délinquance de droit commun. Cela, même si Khaled Kelkal est, en réalité, le premier criminel de droit commun qui passa au terrorisme idéologique. Effectivement, plusieurs facteurs ont poussé l'individu dans les retranchements mortifères de la radicalisation islamiste. Il fit d'abord la connaissance d'un agent recruteur des services secrets algériens qui jouera un rôle important dans son processus de radicalisation. Sa peine d'emprisonnement sera aussi un accélérateur de son endoctrinement islamiste⁶⁶⁶. Au fond, Khaled Kelkal était un prototype de l'« hybride⁶⁶⁷ » qui se multipliera, dans les prochaines années, par plusieurs répliques dont celle de Mohammed Merah en 2012.

Mohamed Merah, cas pratique de failles systémiques. Quelques semaines avant l'élection présidentielle d'avril 2012, Mohamed Merah tua à trois reprises. D'abord, un parachutiste à Toulouse puis deux soldats en uniforme à Montauban et enfin quatre personnes dont trois enfants devant une école juive. L'auteur de ces actes terroristes à 23 ans et est connu pour des faits de délinquance de droit commun. Selon les enquêteurs, son processus de radicalisation a commencé en prison et s'est renforcé au cours de ses voyages djihadistes au Pakistan et en Afghanistan. Fiché « S » pour radicalisation depuis 2006, son profil aurait dû alerter le siège de la direction centrale du renseignement intérieur. Si sur le plan factuel, ce drame ne recèle globalement plus de zones d'ombres, il n'en demeure pas moins qu'il est le symptôme d'une faille systémique. D'une part, les carences du renseignement et au premier chef celles de la Direction Générale de la Sécurité Intérieure tenant d'abord au défaut de surveillance⁶⁶⁸. Effectivement, Mohamed Merah était bel et bien connu des services

⁶⁶⁵ Pour reprendre l'expression du Professeur Alain Bauer : V. A. Bauer, Les mutations du terrorisme, Le seuil, Pouvoirs, 2016/3 n°158, p.97.

⁶⁶⁶ E. Jovelin, Un radicalisé nommé Khaled Kelkal : parcours, rupture, bifurcation, ERES, 2017, n°18, p145.

⁶⁶⁷ V. A. Bauer, Les mutations du terrorisme, Le seuil, Pouvoirs, 2016/3 n°158, p.99.

⁶⁶⁸ Rapport d'information J-J.Urvoas et P.Verchère, au nom de la commission des lois constitutionnelles de l'Assemblée nationale n° 1022, 14 mai 2013, p.117.

de renseignement depuis 2006 et avait fait l'objet d'un suivi à partir de 2009 en raison de ses liens avec des zones tribales des pays comme l'Afghanistan, le Tadjikistan ou encore la Turquie sans jamais avoir attiré l'attention des services de renseignement. D'autre part, bien que la Direction Générale de la Sécurité Intérieure avait commandé une enquête approfondie sur le terroriste en puissance mettant, elle-même, clairement en exergue « *le profil islamiste de Mohamed Merah, son comportement extrêmement méfiant et sa radicalité potentielle* »⁶⁶⁹ son dossier n'a connu aucune judiciarisation. Ces failles s'expliquent, avant tout, par le vide juridique de notre arsenal pénal antiterroriste qui ne permet pas, véritablement, une neutralisation de profils suspectés d'une forte dangerosité laissant penser une atteinte imminente à la sûreté de l'état et la commission d'un acte terroriste sur le territoire national.

5 . Le « gangsterrorisme » comme nouvelle forme de djihad. Les histoires tragiques passent et se répètent. Le 24 mai 2014, Mehdi Nemmouche tua quatre personnes au musée juif de Bruxelles. Alors que ce dernier avait passé plus d'une année en Syrie au sein de l'État islamique et était fiché « S » depuis 2012. Moins d'un an plus tard, le 7 janvier 2015, les frères Kouachi assassinaient onze personnes dans les locaux de *Charlie Hebdo* et un policier. Chérif Kouachi avait été condamné pour terrorisme en 2008 dans le cadre de la filière des Buttes-Chaumont. Les deux frères étaient bel et bien fichés « S » pour radicalisation par les services de renseignement. Dès lors, il semble plus que nécessaire d'analyser le phénomène de radicalisation d'apprentis criminels en prison sous couvert du djihad.

6. Le phénomène de radicalisation en prison. L'Islam est un facteur d'engagement important au sein du milieu carcéral et notamment dans la violence au nom de l'Islam. La religion devient, particulièrement dans l'univers carcéral, le moteur d'une certaine révolte comme le soutient Gilles Kepel⁶⁷⁰ ou l'exutoire d'une révolte comme le défend le Professeur Olivier Roy⁶⁷¹. Incontestablement la prison est devenue un lieu propice à l'islamisation. Le premier cas faisant office d'exemple est celui de Khaled Kelkal. Ce jeune délinquant aurait précisément découvert l'islam en prison avant de commettre la vague d'attentats de 1995. Il est ainsi devenu l'incarnation et l'emblème des conséquences de l'Islamisme dans le milieu carcéral. Si

⁶⁶⁹ J. Leonnet et G. Desprats, *Affaire Merah : réflexions et propositions*, 19 septembre 2012, p. 17.

⁶⁷⁰ G. Kepel, *Radicalisation et islamophobie : le roi est nu*, Libération, le 14 mars 2016.

⁶⁷¹ O. Roy, *Le djihadisme est une révolte générationnelle et nihiliste*, Le Monde, 24 novembre 2015.

bien qu'aujourd'hui, l'inquiétude est telle qu'elle prend des allures de panique morale⁶⁷² à l'égard du rôle de terreau que constituerait le milieu carcéral. D'autant que la menace future est bien réelle.

b) La fiche « S », un outil de renseignement efficace mais sous-exploité

1. Un outil efficace de renseignement et d'identification d'individus dangereux présentant une menace pour la « sûreté de l'état ».

Genèse de la Fiche S. La surveillance semble la mesure de sûreté la moins liberticide et la plus en amont du risque c'est-à-dire de la commission de l'acte délictuel ou criminel que la dangerosité fait redouter. Si bien que pour prévenir des menaces graves pour la sécurité publique ou la sûreté de l'État, dès lors que des informations ou des indices réels ont été recueillis, les autorités administratives compétentes peuvent demander l'inscriptions de personnes faisant l'objet de recherches au Fichier des Personnes Recherchées (FPR). Le fichier des personnes recherchées comporte vingt-et-un types de fiches différentes selon les motifs d'inscriptions. La fiche « S » en fait partie. Celle-ci recense les personnes présentant, potentiellement, une menace à la sûreté de l'État. Effectivement, la fiche S peut concerner toute personne, peu importe sa nationalité, présente sur le territoire national qui en raison de son activité individuelle ou collective, directement ou indirectement, est susceptible de porter atteinte à la sûreté de l'État ou à la sécurité publique par le recours ou le soutien apporté à la violence mais également toute personne entretenant ou ayant des relations directes et non fortuites avec ces personnes⁶⁷³. La durée de conservation d'une fiche S est de deux ans mais peut, en revanche, être renouvelée tant qu'elle apparaît nécessaire. En tout état de cause, les informations qu'elle contient doivent être mises à jour au moins tous les deux ans. Les larges critères de la fiche « S » permettent d'établir un champ important d'individus. Cela, d'autant que la fiche « S » n'exige pas de rapporter a priori des informations circonstanciées quant à la menace que représente l'individu concerné ou ses relations⁶⁷⁴. Étant donné que la fiche « S »

⁶⁷² S. Cohen, *Folk Devils and Moral Panics : The Creation of the Mods and Rockers* (1972), Oxford, Basil Blackwell, 1980.

⁶⁷³ H. Moutouh, P. Jérôme, *Dictionnaire du renseignement*. Éditions Perrin, « Hors collection », 2018, 848 p.

⁶⁷⁴ F. Pillet, *Rapport d'information au nom de la commission des lois constitutionnelles du Sénat n° 219*, 19 décembre 2018, p14.

concerne directement des données relatives à la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique, leur accès ou leur effacement s'exerce par l'intermédiaire de la Commission nationale de l'informatique et des libertés⁶⁷⁵ (Cnil).

Un outil aux finalités multiples. La fiche « S » est avant tout un outil de renseignement à l'efficacité prouvée. D'abord, cette fiche « S » permet d'établir un signalement aux services de renseignement et de bénéficier d'une remontée d'informations qui pourront faire l'objet d'une consultation. En effet, la fiche « S » permet une mise à disposition d'éléments utiles à disposition des services entrant en relation avec l'individu concerné. Dès lors, un mécanisme de remontée d'informations est mise en place avec un certain comportement et des mesures à respecter pour les autorités croisant l'individu faisant l'objet d'une fiche « S ». Cette fiche est alors aussi un moyen d'investigation et un moyen d'établir, si cela est jugé opportun, la mise en place d'une surveillance active de l'individu concerné : dans ce cadre certains profils peuvent faire l'objet d'une filature ou d'autres techniques de renseignements comme les interceptions administratives de correspondances. Ensuite, la fiche « S » a également une fonction d'alerte pour les autorités administratives dans le cadre d'une enquête administrative. Si bien qu'en 2016, dans un contexte d'une recrudescence importante de la menace terroriste le champ d'intervention des enquêtes administratives s'est considérablement élargi⁶⁷⁶. En outre, les fiches « S » peuvent aussi être consultées par les agents habilités des services centraux⁶⁷⁷ du Ministère de l'intérieur et des préfectures pour l'instruction des demandes relatives aux armes ou aux munitions⁶⁷⁸.

⁶⁷⁵ Le droit d'accès et de communication, prévu à l'article 39 de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978, permet à chacun d'interroger une personne collectant des données personnelles afin de savoir s'il fait l'objet d'un traitement de données personnelles et de connaître les finalités du traitement. Tout individu a aussi le droit de recevoir les informations nécessaires pour connaître et contester la logique qui sous-tend le traitement automatisé s'il en résulte une décision le concernant.

⁶⁷⁶ Ibid, p.20.

⁶⁷⁷ Décret n° 2017-1219 du 2 août 2017.

⁶⁷⁸ D'ailleurs, le drame de l'attentat de juin 2017 commis sur les Champs-Élysées par Adam Djaziri a une nouvelle fois démontré la sous-exploitation de la fiche « S ». En effet, alors que l'individu faisait l'objet d'une fiche « S » il n'avait pas fait l'objet d'un refus de renouvellement du permis de port d'armes.

2. Un outil de renseignement pénalement sous-exploité

L'absence de lien entre la fiche « S » et la mesure de la dangerosité. La fiche « S » ne constitue pas, a priori, une jauge qui indiquerait l'intensité et le niveau de dangerosité de l'individu fiché. Si bien qu'un certain nombre de personnes faisant l'objet d'une fiche « S » ne font pas toutes l'objet d'une surveillance active des services de renseignement. Au fond, en plus des personnes faisant l'objet de recherches pour prévenir des menaces graves à la sécurité publique ou la sûreté de l'État, la fiche « S » peut viser également des individus ayant des relations directes ou indirectes avec ceux-là. Le fichage de cette catégorie d'individus n'étant pas considérés comme des personnes menaçantes démontre la visée informative de la fiche « S » qui, par l'intermédiaire de ces contacts, peut recueillir des informations précieuses sur l'individu fiché « S ». Dans la même veine, selon François Pillet, *« si le terme de fiché « s » est désormais couramment utilisé pour désigner un individu radicalisé, la fiche S ne constitue pas plus un outil de suivi de la radicalisation qu'un indicateur de la dangerosité »*.⁶⁷⁹ Ainsi, bien que de nombreuses fiches « S » sont établis, à l'origine, pour des motifs tenant à la radicalisation de l'individu concerné, il n'en demeure pas moins qu'elles n'auraient pas vocation à en être le but.

Un but restrictif cantonné à l'information. Finalement, la fiche « S » n'aurait pas, non plus, vocation à permettre le suivi permanent de l'individu concerné et encore moins à opérer une véritable surveillance d'individus entrés dans le champ de la radicalisation. Effectivement, la garantie de l'efficacité de la fiche « S » tenant à la préservation de leur confidentialité, leur classement sur la seule base du niveau de la dangerosité d'une personne serait contreproductif car il conduirait à une diffusion trop large auprès des services ayant accès au fichier des personnes recherchées pouvant, par conséquent, en informer l'individu visé. Par conséquent, la fiche « S » n'a pas vocation à informer les services disposant d'un accès au fichier des personnes recherchées en particulier les forces de la sécurité intérieure sur la teneur de la dangerosité potentielle d'une personne faisant l'objet d'une fiche « S ». En revanche, créé en 2015, le Fichier des Signalements pour la Prévention de la Radicalisation à caractère Terroriste (FSPRT) a précisément pour but de centraliser les personnes

⁶⁷⁹ F.Pillet, Rapport d'information, au nom de la commission des lois constitutionnelles du Sénat n° 219, 19 décembre 2018, p23.

radicalisées ou en processus de radicalisation susceptibles de vouloir se rendre à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes ou de vouloir prendre part à des activités à caractère terroriste pour en permettre un suivi rigoureux de chacune. Les informations relatives à l'ensemble des personnes résidant sur le territoire national et signalées pour radicalisation y sont inscrites. Ce fichier est lui-même ventilé en six catégories reposant sur l'évaluation du niveau de radicalisation et le niveau du suivi qu'il est décidé de leur affecter. Parmi celles-ci, on retrouve ce qu'on appelle le « haut du spectre » c'est-à-dire notamment les individus présentant un lien supposé avec un projet ou un réseau terroriste, les individus velléitaires pour rejoindre une terre de djihad ainsi que les individus radicalisés signalés comme présentant un caractère actuel de dangerosité. Egalement, parmi ces catégories on retrouve le « bas du spectre » c'est-à-dire les individus considérés comme moins dangereux ou, du moins, dont la dangerosité reste à constater et présentant des signaux faibles de radicalisation.

L'absence de judiciarisation de l'information. D'abord, pour des raisons plus ou moins discutables tenant au respect de la Constitution et au droit de l'Union européenne, les autorités administratives se sont refusées de fonder une décision administrative sur le fondement du Fichier des Signalements pour la Prévention de la Radicalisation à caractère Terroriste. Cela, soulève, en effet, un certain nombre de difficultés d'ordre juridique tenant à l'article 22 du règlement du parlement européen et du Conseil européen du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données selon lequel « *toute décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, produisant des effets juridiques le concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire* ». Et ce, même si l'article 22 du même règlement énonce un certain nombre d'exception, celles-ci ne s'appliquent pas aux données dites « sensibles »⁶⁸⁰. Ensuite, force est de constater une absence d'exploitation notamment des fiches « S » à des fins judiciaires. Effectivement, notre

⁶⁸⁰ Listées au I de l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, à savoir « *les données à caractère personnel qui révèlent la prétendue origine raciale ou l'origine ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale d'une personne physique ou [... les] données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique* ».

arsenal pénal ne permet pas, a priori, de judiciaireiser la situation d'une personne inscrite au Fichier des Signalements pour la Prévention de la Radicalisation à caractère Terroriste. En revanche, cette judiciaireisation peut potentiellement être réalisée sur le fondement de faits pouvant être à l'origine de signalements pour « radicalisation ». Cela n'est évidemment pas suffisant et à la hauteur des enjeux car ces éléments ne peuvent pas suffire à établir un chef d'accusation d'association de malfaiteurs en lien avec une entreprise terroriste ou une entreprise individuel. Il en résulte qu'un certain nombre d'individus dangereux sont passés entre les mailles du filé judiciaire. Le terroriste Radouane Lakdim en est un exemple plus qu'éloquent. L'auteur des attentats de Trèbes perpétrés le 23 mars 2018 avait non seulement été fiché « S » en 2014 mais également inscrit au Fichier des Signalements pour la Prévention de la Radicalisation à caractère Terroriste en 2015 et avait même refusé de se rendre à une convocation de la Direction général de la sécurité intérieure envoyée en mars 2018 pour un « entretien d'évaluation ». De même, Khamzat Azimov, l'auteur des attentats perpétrés le 12 mai 2018 dans le quartier de l'Opéra à Paris était bel et bien fiché « S » depuis 2016 et également inscrit au Fichier des Signalements pour la Prévention de la Radicalisation à caractère Terroriste. Or, selon les données transmises par l'Unité de Coordination de la Lutte Antiterroriste (UCLAT)⁶⁸¹, au 29 mai 2019, 21 039 individus sont inscrits au Fichier de traitement des signalements pour la prévention de la radicalisation à caractère terroriste, autant d'individus potentiellement dangereux et pouvant, par conséquent, passer à l'acte.

⁶⁸¹ E. Diard et E. Pouillat, Rapport d'information au nom de la commission des lois constitutionnelles de l'Assemblée nationale n° 2082, 27 juin 2019, p3.

2§ - Un angle mort législatif lié au champ de la rétention de sûreté

a) Le champ restrictif de la rétention de sûreté

1. Un champ restrictif afférent aux conditions d'application matérielles de la rétention de sûreté

La commission préalable d'un acte matériel prohibé par la loi. La rétention de sûreté n'est applicable à une condition indispensable : la commission d'un acte répréhensible d'une certaine gravité. Ainsi, l'infraction préalable constitue pour la rétention de sûreté un cadre, au sens formel du terme, à sa propre application. Un cadre formel mais d'une teneur matérielle puisque que l'alinéa 1 de l'article 706—53-13 du Code de procédure pénale fixe la condition d'un acte matériel préalable d'une certaine gravité⁶⁸². Cela, comme si la condition d'une particulière dangerosité était formellement liée, au moins dans l'esprit du texte, à la teneur et la gravité de l'acte incriminable préalablement commis⁶⁸³. De plus, il semble intéressant de noter la définition donnée par le Professeur Gérard Cornu qui affirme que l'infraction est un comportement actif ou passif prohibé par la loi et passible « *selon sa gravité d'une peine principale, soit criminelle, soit correctionnelle, soit de police, éventuellement assortie de peines complémentaires ou accessoires ou de mesures de sûreté [...]* »⁶⁸⁴. Car celle-ci permet de déceler le fait que si la rétention de sûreté n'est pas substantiellement indissociable de l'infraction en ce qu'elle n'est pas prononcée de facto en raison de l'existence même d'une infraction, celle-ci est un indice ou plutôt un révélateur de la dangerosité. Dans le même sens, si dans un état de droit il en principe

⁶⁸² L'alinéa 1 de l'article 606-53-13 du code de procédure pénale dispose précisément que « *à titre exceptionnel, les personnes dont il est établi, à l'issue d'un réexamen de leur situation intervenant à la fin de l'exécution de leur peine, qu'elles présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité, peuvent faire l'objet à l'issue de cette peine d'une rétention de sûreté selon les modalités prévues par le présent chapitre, à la condition qu'elles aient été condamnées à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour les crimes, commis sur une victime mineure, d'assassinat ou de meurtre, de torture ou actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration* ».

⁶⁸³ Si nous adoptons le prisme du droit comparé, en Allemagne, la Cour constitutionnelle fédérale a déjà affirmé qu'« *il est vrai qu'il existe un risque que des criminels, dont le placement a été ordonné par les tribunaux chargés de l'exécution sur la base de la loi de l'État sur le logement, commettent des crimes graves contre la vie ou des crimes graves contre l'intégrité physique ou l'autodétermination sexuelle après leur libération. Il ne fait également aucun doute que les autorités de l'État sont obligées de contrer ce danger. [...] La limitation de la privation de liberté, qui est fondamentalement stipulée dans la peine, contient la promesse contraignante pour les délinquants condamnés de pouvoir mener une vie en liberté après avoir purgé leur peine et après qu'une privation de liberté a été mise en œuvre.* » : BVerfG, 10 févr. 2004, 2 BvR 834/02, BVerfGE 109, 190.

⁶⁸⁴ G. Cornu, Vocabulaire juridique, P.U.F., 13^{ème} éd. 2020.

impossible d'appliquer une mesure restrictive des libertés sur la seule supposition d'un état dangereux potentiel, la commission de certaines infractions pénales peuvent permettre de démontrer la dangerosité – l'antisocialité aurait dit Grammatica⁶⁸⁵ - de leur auteur. En ce sens, le Professeur Émile Garçon⁶⁸⁶ affirme que l'individu en état dangereux ne peut être privé des garanties de la liberté individuelle, en effet, selon l'auteur « *c'est la loi qui doit déterminer les conditions de cet état dangereux, et elle ne peut le faire qu'en prenant en considération la répétition ou la gravité objective du fait délictueux* »⁶⁸⁷. Dès lors, la répétition de la commission de certaines infractions serait ainsi le symptôme d'une potentielle dangerosité de l'individu concerné justifiant, par conséquent, une mesure restrictive de liberté.

Un champ restrictif lié à la nature de la rétention de sûreté. Ainsi, l'acte prohibé par la loi doit présenter un certain nombre de caractéristiques pour révéler une certaine dangerosité et justifier le recours à la rétention de sûreté. D'une part, l'acte doit effectivement présenter le caractère d'une certaine gravité donnant lieu à la condamnation de son auteur à un certain quantum. Et d'autre part, la nature même de l'acte pénalement prohibé doit correspondre à un acte suffisamment éloquent et symptomatique d'une dangerosité de son auteur. Par conséquent, à la mesure de la nature - et donc de la gravité - de l'acte prohibé, la mesure de sûreté aura vocation à constituer une restriction plus au moins importante de liberté. En ce qui concerne notre cas d'espèce, c'est-à-dire la rétention de sûreté, celle-ci est réservée aux cas les plus graves d'infractions constituant une atteinte à l'intégrité physique d'un individu. Effectivement, comme le rappelle le Conseil constitutionnel dans sa fameuse décision du 21 février 2008⁶⁸⁸ « *qu'en égard à l'extrême gravité des crimes visés et à l'importance de la peine prononcée par la cour d'assises, le champ d'application de la rétention de sûreté apparaît en adéquation avec sa finalité* »⁶⁸⁹. Autrement dit, le

⁶⁸⁵ C. Barberger, Personnalisation et égalité dans la privation de liberté. Peines et mesures de sûreté dans l'avant-projet de code pénal et dans le code de procédure pénal, 2001, p.38.

⁶⁸⁶ É. Garçon, Dans quels cas, déterminés par la loi, la notion de l'état dangereux du délinquant peut-elle être substituée à celle de l'acte délictueux poursuivi et dans quelles conditions est-elle compatible, au point de vue des mesures de défense sociale, avec les garanties de la liberté individuelle ?, in: Bulletin de l'Union internationale de Droit pénal, vol. XVII, W. de Gruyter & Company, 1910, p. 185 s.. V. aussi les Actes du troisième Congrès national de Droit pénal, Rennes, 1910, Bulletin de l'Union internationale de Droit pénal, p. 972.

⁶⁸⁷ Ibid.

⁶⁸⁸ Conseil constitutionnel, 21 février 2008, n° 2008-562, Considérant 15.

⁶⁸⁹ Ibid.

domaine restrictif de la rétention de sûreté, son domaine dit « *ratione criminis* »⁶⁹⁰ est caractérisé par « *l'extrême gravité des crimes visées et par l'importance de la peine prononcée par la cour d'assises* »⁶⁹¹. En la matière, l'exposé des motifs tel que rédigé dans le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental présenté par Rachida Dati affirme que le premier objectif de ledit projet de loi est « *d'assurer la prise en charge de personnes condamnées pour des crimes commis contre les mineurs, en particulier de nature sexuelle, et qui restent particulièrement dangereuses à leur libération* »⁶⁹². De plus, conformément à l'article 706-53-13 du code de procédure pénale la peine de réclusion criminelle relative à la condamnation de l'acte prohibé doit être durée égale ou supérieure à quinze ans. Il en résulte que le champ de la rétention est un champ restrictif. Enfin, le champ restrictif de la rétention de sûreté est intimement lié à la teneur des contraintes et particulièrement la contrainte tenant à la privation de liberté. Si bien que ladite privation consistant au « *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* »⁶⁹³. Le champ restrictif de la rétention de sûreté tient donc aussi bel et bien à la singularité des contraintes afférentes.

Un champ restrictif lié au respect du principe de subsidiarité. L'application de la rétention de sûreté doit respecter un principe de subsidiarité judiciaire défini par le législateur. Effectivement, l'article 706-53-14 du code de procédure pénale consacre ce principe de subsidiarité⁶⁹⁴. Dès lors, la juridiction régionale de la rétention de sûreté ne peut prononcer ladite mesure que si ces trois mesures – les obligations afférentes à l'inscription au FIJ AIS, celles afférentes à la surveillance de sûreté et celles

⁶⁹⁰ M. Brenaut, Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français, thèse, Paris, 2016, p.330.

⁶⁹¹ Conseil constitutionnel, 21 février 2008, n° 2008-562 DC, Considérant 15.

⁶⁹² Projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, n° 442, déposé le 28 novembre 2007.

⁶⁹³ Article 706-53-13 du code de procédure pénale.

⁶⁹⁴ L'article 706-53-14 du code de procédure pénale énonce que « *si la commission conclut à la particulière dangerosité du condamné, elle peut proposer, par un avis motivé, que celui-ci fasse l'objet d'une rétention de sûreté dans le cas où : 1° Les obligations résultant de l'inscription dans le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes, ainsi que les obligations résultant d'une injonction de soins ou d'un placement sous surveillance électronique mobile, susceptibles d'être prononcés dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire ou d'une surveillance judiciaire, apparaissent insuffisantes pour prévenir la commission des crimes mentionnés à l'article 706-53-13* ».

afférentes à la surveillance électronique mobile - sont insuffisantes au regard de l'intensité de la dangerosité de l'individu.

2. Un champ restrictif lié au régime juridique de la rétention de sûreté

Un régime juridique résultant de la nature particulière et privative de liberté de la rétention de sûreté. Comme évoqué, ci-avant, le législateur a entendu donner à la rétention la qualification de mesure de sûreté. Alors que l'ensemble des mesures de sûreté ont, en principe, une application rétroactive, le Conseil constitutionnel « *eu égard à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limite et au fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction* »⁶⁹⁵ n'a pas entendu donné à la rétention de sûreté l'aval constitutionnel à une application rétroactive de celle-ci. Il en résulte que le régime juridique relatif à la rétention de sûreté selon lequel ladite mesure de sûreté n'est pas rétroactive restreint considérablement son champ d'application. Pour autant, seul le deuxième cas d'application de la rétention de sûreté - pour non-respect de la surveillance de sûreté - permet une application rétroactive.

Une application rétroactive de la rétention de sûreté ab initio⁶⁹⁶ cantonnée à la méconnaissance des obligations afférentes à la surveillance de sûreté. La censure du Conseil constitutionnel de la rétroactivité de la rétention de sûreté ne concerne, en effet, les cas où la rétention de sûreté est ordonnée directement au terme de l'exécution de la peine ou suite au non-respect des obligations relatives à un placement sous surveillance de sûreté après non-renouvellement ou cessation d'une rétention de sûreté préalablement prononcée. En revanche, l'article 13-III de la loi du 25 février 2008⁶⁹⁷ dispose que les dispositions relatives à la rétention de sûreté consécutive au non-respect des obligations relatives à la surveillance de sûreté,

⁶⁹⁵ Conseil constitutionnel, 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, 10^{ème} considérant.

⁶⁹⁶ Terme employé notamment par le Professeur Evans Herzog : M. Herzog-Evans, La rétention de sûreté serait finalement rétroactive, Blog Dalloz, 1er décembre 2008.

⁶⁹⁷ Cet article énonce précisément que « *La surveillance de sûreté instaurée par les VI et VII de l'article 1er est immédiatement applicable après la publication de la présente loi. Si la méconnaissance par la personne des obligations qui lui sont imposées fait apparaître que celle-ci présente à nouveau une particulière dangerosité caractérisée par la probabilité très élevée de commettre à nouveau l'une des infractions mentionnées à l'article 706-53-13 du code de procédure pénale, la personne peut être placée jusqu'au 1er septembre 2008, dans les conditions prévues par le dernier alinéa de l'article 706-53-19 du même code, dans un établissement mentionné au premier alinéa de l'article L. 6141-5 du code de la santé publique.* ».

faisant suite à une surveillance judiciaire ou à un suivi socio-judiciaire, peuvent s'appliquer de manière rétroactive. Dès lors, comme l'affirme le Professeur Christine Courtin, ledit article « *entraîne la paralysie du principe de non-rétroactivité* »⁶⁹⁸. En plus d'être validé par le Conseil constitutionnel, ce principe a également été validé par le contrôleur général des lieux de privation de liberté qui a affirmé que « *dans les cas où la rétention de sûreté a été appliquée postérieurement à 2008 à la suite d'un manquement aux obligations de la surveillance de sûreté, il n'y a pas en apparence de rétroactivité : la personne placée sous une telle mesure de sûreté sait, dès le début de la mesure, qu'en cas de méconnaissance de ses obligations elle pourra être placée sous un régime de rétention de sûreté.* »⁶⁹⁹. Il en résulte donc qu'il est admis que l'application rétroactive de la rétention de sûreté est restreinte à la méconnaissance des obligations afférentes à la surveillance de sûreté.

b) L'hypothèse juridiquement conforme⁷⁰⁰ de l'élargissement du domaine de la rétention de sûreté post delictum.

L'élargissement de la rétention de sûreté post delictum pour des actes de terrorisme. Selon l'avis de la haute cour de l'ordre administratif, rendu le 17 décembre 2015⁷⁰¹, suite à la saisine du Ministre de l'intérieur au sujet de la constitutionnalité et la compatibilité des engagements internationaux de la France de certaines mesures de prévention du risque terroriste, une rétention de sûreté visant les personnes ayant déjà fait l'objet d'une condamnation à une peine carcérale pour des actes de terrorisme pourrait être envisagée. Cela, à droit constant, c'est-à-dire dans le prolongement de la rétention de sûreté consacrée en droit interne aux articles 706-53-13 et suivants du code de procédure pénale. C'est-à-dire, sans modifier ni la Constitution ni dénoncer des engagements communautaires ou internationaux. Il n'en demeure pas moins que le Conseil d'état, dans ledit avis⁷⁰², a précisé que cet élargissement de la rétention de sûreté ne saurait méconnaître d'une part les garanties énoncées aux articles 706-53-

⁶⁹⁸ C. Courtin, La surveillance post-carcérale des personnes dangereuses et l'application de la loi pénale dans le temps, Droit pénal, n° 7, juillet, 2008, étude 11, n° 14.

⁶⁹⁹ CGLPL, 6 février 2014, avis relatif à la rétention de sûreté, JO 25 février.

⁷⁰⁰ Le Conseil d'état a rendu un avis en ce sens le 17 décembre 2015 sur la demande relative à la constitutionnalité et la compatibilité avec les engagements internationaux de la France de certaines mesures de prévention du risque de terrorisme.

⁷⁰¹ Conseil d'Etat, 17 décembre 2015, avis sur la constitutionnalité et la compatibilité avec les engagements internationaux de la France de certaines mesures de prévention du risque de terrorisme.

⁷⁰² Ibid.

13 et suivants du code de procédure pénale et d'autre part, celles complétées par le Conseil constitutionnel pour, in fine, ne pas se heurter aux principes constitutionnels ou conventionnels.

Le respect des critères objectifs de la loi⁷⁰³. En premier lieu, la rétention de sûreté ne pourra s'adapter aux cas des individus radicalisés à la condition que celle-ci respecte une série de critères procéduraux tels qu'énoncés aux termes des articles 706-53-13 et suivants du code de procédure pénale c'est-à-dire des critères formels et procéduraux. D'abord, ladite mesure ne devra être appliquée qu'aux individus radicalisés ayant été condamnés pour un crime constituant un acte de terrorisme⁷⁰⁴ comme cela est énoncé dans la loi⁷⁰⁵. Ensuite, ladite mesure ne pourra être appliquée qu'à la condition du respect des règles procédurales telles qu'énoncées dans la loi et telles que les énonce le Conseil d'état dans ledit avis. À savoir d'une part, « *si la décision de condamnation a prévu le réexamen, à la fin de sa peine, de la situation de la personne condamnée en vue de l'éventualité d'une telle mesure* »⁷⁰⁶ comme cela est prévu par la loi⁷⁰⁷ pour la rétention de sûreté existante dans notre droit positif. D'autre part, ladite mesure doit se conformer au principe de subsidiarité, plus précisément, elle « *ne pourrait être décidée à titre exceptionnel par une juridiction qu'à défaut d'autre mesure efficace moins attentatoire à la liberté individuelle* »⁷⁰⁸. Également, cette nouvelle rétention de sûreté pourra être adaptée aux individus radicalisés à la condition qu'elle ne soit décidée pour une durée limitée et que son renouvellement soit soumis à l'appréciation d'une juridiction⁷⁰⁹. Enfin, devrait être mis en place un dispositif d'évaluation et de prise en charge spécifique de la radicalisation. Effectivement, comme le précise l'avis du conseil d'état⁷¹⁰, si l'objet de la rétention de sûreté en vigueur est de traiter l'individu par des soins tendant à la réinsertion par la guérison de ses troubles mentaux, la situation des individus radicalisés et condamnés pour crimes de terrorisme persistant dans la dangerosité relèverait d'une autre logique

⁷⁰³ Loi n°2008-174 du 25 février 2008.

⁷⁰⁴ CE, avis du 17 décembre 2015, sur la constitutionnalité et la compatibilité avec les engagements internationaux de la France de certaines mesures de prévention du risque de terrorisme.

⁷⁰⁵ L'article 706-53-13 du code de procédure pénale énonce les crimes « *d'assassinat ou de meurtre, de torture ou actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration* ».

⁷⁰⁶ CE, avis du 17 décembre 2015, préc.

⁷⁰⁷ Alinéa 3 de l'article 706-53-13 du code de procédure pénale.

⁷⁰⁸ CE, avis du 17 décembre 2015, préc.

⁷⁰⁹ Comme cela est prévu à l'alinéa 2 de l'article 706-53-16 du code de procédure pénale.

⁷¹⁰ Ibid.

et, par conséquent, d'un autre type de prise en charge. En outre, le même avis du conseil d'état met en exergue une condition subjective, en effet, l'individu doit, à la fin de la peine, constituer une personnalité présentant une grande dangerosité. Ce critère objectif a été précisé et complété par le conseil constitutionnel.

Le respect des critères subjectifs complétés par le conseil constitutionnel.

Au-delà de la spécificité de la dangerosité à laquelle doit répondre son évaluation, le conseil constitutionnel dans sa fameuse décision du 21 février 2008 a affirmé que la rétention de sûreté devait répondre à une triple exigence. Celle de l'adéquation au but recherché, celle de la nécessité et celle de la proportionnalité⁷¹¹. De plus, le haut conseil a estimé que la dangerosité de l'individu devait être établie sur la base d'une évaluation et qu'en la matière les dispositions énoncées à l'article 763-10 du code de procédure pénale « *constituent des garanties adaptées pour réserver la rétention de sûreté aux seules personnes particulièrement dangereuses parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité* »⁷¹². Par ailleurs, conformément à ladite décision du Conseil constitutionnel, un tel dispositif de rétention de sûreté « *eu égard à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable et au fait qu'elle serait prononcée après une condamnation par une juridiction, ne saurait être appliqué à des personnes condamnées avant la publication de la loi qui l'instituerait ou faisant l'objet d'une condamnation postérieure à cette date pour des faits commis antérieurement.* »⁷¹³ Autrement dit, la rétention de sûreté telle qu'elle existe ne saurait être appliquée de manière rétroactive. Par conséquent, l'ensemble des individus condamnés à une peine carcérale avant la publication de la loi et l'ensemble des individus qui seront condamnés pour des faits commis antérieurement à la publication de la loi seront exclus du champ d'application de l'élargissement de la rétention de sûreté. De facto, les individus dangereux incarcérés pour des incriminations terroristes, les individus dangereux qui se seraient radicalisés dans l'univers carcéral ou encore les individus dangereux condamnés après la publication de la loi pour des faits antérieurs passeraient tous entre les mailles du filé législatif de cet élargissement de la rétention de sûreté.

⁷¹¹ L'avis du conseil d'état le rappelle : cf CE, avis du 17 décembre 2015, préc.

⁷¹² DC, n° 2008-562 DC du 21 février 2008, préc. Considérant 16.

⁷¹³ Ibid.

Chapitre 2 – L’approche constitutionnelle d’une rétention de sûreté ante delictum

L’approche constitutionnelle de la rétention de sûreté ante delictum implique d’analyser la compétence de l’autorité judiciaire comme résultat de la conception prétorienne de la liberté individuelle (Section I), en constatant ensuite l’existence des premiers jalons constitutionnels d’une rétention de sûreté ante delictum (Section II).

Section 1 – La compétence constitutionnelle de l’autorité judiciaire, résultat de la conception prétorienne de la liberté individuelle

1§ - Une certaine conception constitutionnelle de la liberté individuelle

a) Une conception jurisprudentielle extensive de la notion de liberté individuelle

1. La liberté individuelle une notion constitutionnelle

La genèse de l’article 66 de la Constitution. L’article 66 de la Constitution énonce que « *nul ne peut être arbitrairement détenu. L’autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ». Cet article de la Constitution de 1958 marque la consécration, dans le texte constitutionnel, de la juridiction judiciaire⁷¹⁴. Car, en effet, les lois constitutionnelles de 1875 comme la Constitution de 1946 étaient silencieuses quant au rôle de la juridiction de l’ordre judiciaire. Plus précisément, il s’agit pour la Constitution de la Vème République, dans son inspiration Gaullienne, de ne pas consacrer un pouvoir mais une autorité judiciaire. Le Général de Gaulle considérait que seul le peuple était souverain et souhaitait ainsi rompre avec les parlements d’ancien régime. Cela, dans la continuité de l’esprit révolutionnaire de 1789 et en particulier la philosophie politique de Montesquieu. Si la Constitution de 1958 est un texte qui régit essentiellement la séparation des pouvoirs et l’organisation institutionnelle, il n’en demeure pas moins que l’article 66 de ladite Constitution semble exprimer la volonté des constituants d’affirmer les valeurs libérales de la France. Si bien que la justice semble devenir le symbole des aspirations libérales de la Vème République. D’un point de vue

⁷¹⁴ R. Denoix de Saint Marc, Séminaire pédagogique du pôle « administration de la justice », ENM Bordeaux, 12 et 13 mai 2009.

historique, certains attribuent au Professeur Waline la rédaction de l'article 66 de la Constitution car ce-dernier avait proposé le 13 août 1958 un amendement qui disposait qu' « *aucun citoyen ne peut être arrêté, ni détenu sans être présenté dans les 24 heures au juge d'instruction du lieu de la détention, qui peut ordonner la mise en liberté immédiate* ». Si bien que, dans l'avant-projet de loi du 19 août 1958, figurait un article 62 B rédigé comme tel « *nul ne peut être arbitrairement détenu. La loi détermine les conditions qui permettent à l'autorité judiciaire d'assurer le respect de cette règle* ». Également, comme le commentent remarquablement les Professeurs Guy Carcassone et Marc Guillaume⁷¹⁵, le fait que l'autorité judiciaire soit consacrée constitutionnellement comme le garant de la liberté individuelle signifie qu'elle doit intervenir, de facto, à chaque fois qu'une privation de la liberté individuelle est en cause. Par conséquent, la liberté individuelle est préservée dès lors que l'autorité judiciaire intervient de manière raisonnable pour censurer ou couvrir l'autorité des mesures de privation de liberté prononcées. Le Professeur Hourquebie affirme que ledit article reprend l'esprit de l'habeas corpus⁷¹⁶. Mais ce principe apparaissait également dans la Magna carta en 1215 dans laquelle est explicitement énoncée qu' « *aucun homme libre ne sera saisi, ni emprisonné ni dépossédé de ses biens, déclaré hors-la-loi, exilé ou exécuté, de quelque manière que ce soit* »⁷¹⁷.

L'alinéa 1 de l'article 66 de la Constitution. Le premier alinéa de l'article 66 de la Constitution dispose que « *nul ne peut être arbitrairement détenu* ». D'une part, cet alinéa énonce une prohibition générale des détentions arbitraires. Générale car est utilisé le pronom indéfini « nul » précisant, par conséquent, que ce principe ne connaît pas d'exception. D'autre part, « détenir » semble désigner les mesures privatives de libertés prononcées par une autorité. Effectivement, le Professeur Gérard Cornu définit la « détention » comme une « *peine criminelle politique perpétuelle ou à temps consistant dans l'internement du condamné dans le quartier spécial d'une maison centrale* »⁷¹⁸. Là encore est visée de manière très générale « la détention » car « être détenu » s'entend encore plus largement qu' « une détention ». Par conséquent,

⁷¹⁵ G. Carcassone et M. Guillaume, La Constitution, 15^{ème} édition, 2019, p.336.

⁷¹⁶ F.Hourquebie, commentaire de l'article 66 de la Constitution, in G. Gonac, F. Luchaire et X. Prétot (dir), La Constitution de la République française. Analyses et commentaires, Economica, 3^{ème} éd.

⁷¹⁷ P. Aspden, La magna carta, 800 ans de fierté anglo-saxonne, Financial Times, In courrier international, 04/09/2013.

⁷¹⁸ G.Cornu, Vocabulaire juridique, 10^{ème} éd, PUF, 2019.

l'alinéa 1 de l'article 66 de la Constitution vise directement l'ensemble des détentions arbitraires et formule ainsi une injonction informelle selon laquelle le législateur doit prévoir le champ des détentions non arbitraires. L' « arbitraire » est défini à l'article 7 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen comme le fait que « *nul ne peut être accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés dans la loi* ». Il en résulte que l' « arbitraire » est entendu comme ce qui n'est pas énoncé par le législateur. Autrement dit, l' « arbitraire » peut être constaté en ce qu'il ne se conforme pas au principe de légalité et des peines. Le Conseil constitutionnel⁷¹⁹ affirme que nul ne peut se voir imputer un délit, inventé pour les besoins de la cause, il doit en effet avoir été défini par la loi avec précision. Si bien que le Conseil constitutionnel a retenu une interprétation encore plus large de l'arbitraire en affirmant qu'une telle mesure doit connaître une limite temporelle intimement liée à sa nécessité. Si bien que Michel Debré, lui-même, affirme que « *nous avons une organisation de la justice formée au début du XIXème siècle en réaction à l'organisation judiciaire de l'ancien régime* »⁷²⁰.

L'alinéa 2 de l'article 66 de la Constitution. Le deuxième alinéa de l'article 66 de la Constitution dispose que « *l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ». Ainsi, le respect du principe énoncé à l'alinéa 1 est, de fait, confié à l'autorité judiciaire. Cela pour des raisons historiques notamment suite à l'expérience douloureuse des parlements de l'Ancien régime qui s'étaient arrogés, de manière arbitraire et discrétionnaire, un pouvoir législatif ou pour le moins normatif en édictant des arrêts de règlement. Les révolutionnaires ont donc décidé de mettre fin aux parlements d'ancien régime afin de soumettre les juges au respect de la loi, fruit de la volonté populaire. Comme le rappelle fort justement les Professeur Guy Carcassone et Marc Guillaume⁷²¹, le fait que l'autorité judiciaire soit garante de la liberté individuelle implique, par conséquent, une intervention de l'autorité judiciaire dès lors que sa privation serait en cause. La deuxième conséquence étant que la liberté individuelle de chacun est présumée sauve même lorsqu'une décision la remet en cause si cette privation est organisée de manière suffisamment protectrice permettant ainsi qu'une

⁷¹⁹ Décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012.

⁷²⁰ J-L. Debré, Michel Debré, une certaine idée de la justice, intervention de Jean-Louis Debré, Ecole nationale de la magistrature, 22 décembre 2008.

⁷²¹ Ibid.

procédure juridique puisse valider ou infirmer celle-ci. Finalement, l'article 66 de la Constitution de la Vème République impose deux exigences fondamentales. D'une part, l'exigence, pour le pouvoir législatif, de définir un cadre légal permettant de porter raisonnablement une atteinte à la liberté individuelle de chacun. D'autre part, l'exigence pour l'autorité judiciaire elle-même, d'être la gardienne de la liberté individuelle, c'est-à-dire, d'apprécier les conditions de toute atteinte à la liberté individuelle.

Le champ de la liberté individuelle, une notion aux contours complexes.

L'étendu de la liberté individuelle a fait l'objet de débats doctrinaux importants au sein de la doctrine française. En premier lieu, la notion de liberté individuelle telle qu'énoncée à l'article 66 de la Constitution semble, pour une partie de la doctrine française, revêtir un sens strict. Selon une conception restrictive, la liberté individuelle renverrait à la notion de « sûreté » c'est-à-dire, selon le Professeur Cornu, « *ce qui résulte de ce que nul ne peut être arrêté ni incarcéré que dans les cas prévus par la loi et selon les formes prescrites d'avance et du droit pour chacun de n'être jamais traduit devant d'autres juges que ses juges naturels, désignés par la loi* »⁷²². Selon le Professeur Rivero, à « *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 que les arrestations ou les détentions* »⁷²³. En second lieu, la notion de liberté individuelle peut, selon une partie de la doctrine, revêtir une conception plus large. Selon le Professeur Burdeau⁷²⁴, la liberté individuelle inclut également la liberté d'aller et de venir, l'inviolabilité du domicile ainsi que de la correspondance. Définition extensive dont la jurisprudence du Conseil constitutionnel semble manifestement en avoir la paternité.

⁷²² G. Cornu, Vocabulaire juridique, 10 ème éd. PUF.

⁷²³ J.Rivero, H.Moutouh, Libertés publiques, ed. PUF, p.23.

⁷²⁴ G. Burdeau, Libertés publiques, ed LGDJ, 1998, p. 111.

2. La liberté individuelle, une notion jurisprudentielle extensive

La liberté individuelle, un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Le Conseil constitutionnel a considéré, dans une fameuse décision du 12 janvier 1977, que la liberté individuelle « *constitue l'un des principes fondamentaux garantis par les lois de la République et proclamés par le préambule de la Constitution de 1958* »⁷²⁵ et que « *l'article 66 de la Constitution, en réaffirmant ce principe, en confie la garde à l'autorité judiciaire* »⁷²⁶. Dès lors, le conseil constitutionnel a entendu consacrer la liberté individuelle tel un principe fondamental reconnu par les lois de la république. Or, en l'espèce, le Conseil constitutionnel a annulé une disposition législative relative à la fouille d'un véhicule au motif que celle-ci était contraire à la liberté individuelle. L'habilitation générale donnée aux forces de police pour fouiller les véhicules en tout temps et en tous lieux est censurée. Cette décision étant justifiée par l'étendue des pouvoirs accordés aux officiers de police judiciaire sans contrôle préalable de l'autorité judiciaire. Pour que cette habilitation soit conforme aux dispositions constitutionnelles, celle-ci aurait dû intervenir dans le cadre d'une menace d'atteinte à l'ordre public. C'est ainsi que la loi relative à la fouille des véhicules car elle met en cause les principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle. En somme, dans un considérant de principe, le Conseil constitutionnel affirme qu'en « *raison de l'étendue des pouvoirs, dont la nature n'est, par ailleurs, pas définie, conférés aux officiers de police judiciaire et à leurs agents, du caractère très général des cas dans lesquels ces pouvoirs pourraient s'exercer et de l'imprécision de la portée des contrôles auxquels ils seraient susceptibles de donner lieu, ce texte porte atteinte aux principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle* »⁷²⁷.

Une conception large de la liberté individuelle. Incontestablement la décision du 12 janvier 1977 a marqué l'élargissement de l'étendu de la notion de liberté individuelle. Comme le rappelle remarquablement le Professeur Favoreu⁷²⁸, la liberté individuelle n'avait pas vocation à intégrer l'atteinte à la sûreté car, en l'espèce, il ne

⁷²⁵ Conseil constitutionnel, 12 janvier 1977, loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales, Considérant 1.

⁷²⁶ Ibid.

⁷²⁷ Conseil constitutionnel, 12 janvier 1977, loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales, Considérant 5.

⁷²⁸ L. Favoreu et L. Philip, les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 16^{ème} ed, Dalloz, 2011, p. 109.

s'agissait ni d'une détention, ni d'une arrestation. De même, il ne s'agissait pas non plus d'une atteinte à la liberté d'aller et venir ni d'une inviolabilité du domicile. Il en résulte que même en adoptant une conception large de la liberté individuelle, le juge constitutionnel ne pouvait pas intégrer l'atteinte à la sûreté comme une partie intégrante de la liberté individuelle. En revanche, il y avait globalement une atteinte à l'intimité de la vie privée se matérialisant par une atteinte à la liberté corporelle et au secret des correspondances. Si bien que, selon le Professeur Kayser, le droit au respect de la vie privée a été implicitement consacré par ladite décision du 12 janvier 1977⁷²⁹. Finalement, cette décision a été perçue par une large partie de la doctrine française comme le commencement d'une politique jurisprudentielle interprétant de manière extensive la notion de liberté individuelle. Plus tard, dans une décision du 23 juillet 1999⁷³⁰ le Conseil constitutionnel consacra définitivement le droit au respect de la vie privée sur le fondement de l'article 66 de la Constitution. De plus, dans une autre décision du 29 décembre 1983, le Conseil constitutionnel a affirmé dans un considérant de principe que « *si les nécessités de l'action fiscale peuvent exiger que des agents du fisc soient autorisés à opérer des investigations dans des lieux privés, de telles investigations ne peuvent être conduites que dans le respect de l'article 66 de la Constitution qui confie à l'autorité judiciaire la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ses aspects, et notamment celui de l'inviolabilité du domicile ; que l'intervention de l'autorité judiciaire doit être prévue pour conserver à celle-ci toute la responsabilité et tout le pouvoir de contrôle qui lui reviennent* »⁷³¹. Dès lors, les juges de la rue de Montpensier ont considéré que le champ de la notion de liberté individuelle intègre l'aspect de la violation du domicile. Il en résulte, de facto, une conception toujours plus extensive de la notion de liberté individuelle. Si bien que l'éminent Professeur Guillaume Drago a admis, sans être un ardent défenseur de cette position des juges constitutionnels, que le Conseil constitutionnel rattachait le principe d'aller et de venir à l'article 66 de la Constitution⁷³².

⁷²⁹ P. Kayser, Le Conseil constitutionnel protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois, in Mélanges P. Raynaud, Paris, 1985, p. 330.

⁷³⁰ Décision n° 99-416 DC, 23 juillet 1999.

⁷³¹ Décision n°83164 DC, 29 décembre 1983, Cons 29.

⁷³² G. Drago, Liberté individuelle et Constitution : quels principes pour quels juges, in mélanges en l'honneur du Professeur Yves Mayaud, p. 531.

b) La compétence constitutionnelle de l'ordre judiciaire en matière de privation de liberté

Le principe de détermination des compétences juridictionnelles. L'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 ainsi que le décret du 16 fructidor an III consacrent le principe de séparation des pouvoirs entre les deux ordres juridictionnels. Également, la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987⁷³³ a consacré ce même principe au rang des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Plus précisément, la préservation de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution semble relever d'une réserve de compétence attribuée à l'ordre judiciaire, et ce, eu égard à la nature des actes administratifs concernés. Si bien que le Conseil constitutionnel a affirmé dans une décision du 20 janvier 1981 que « *si les articles 76 et 77 précités réservent en certains cas à la police judiciaire des missions de prévention des atteintes à l'ordre public qui ressortissent normalement à la police administrative, ces dispositions n'ont pour conséquence que de donner des garanties assurant le respect de la liberté individuelle* »⁷³⁴.

Le rôle du juge administratif à l'aune de la nature hybride des mesures de police. Il semblerait que l'incertitude quant à la nature même des mesures de police a élargi la compétence du juge administratif. En effet, la décision du Conseil constitutionnel du 13 mars 2003⁷³⁵ a affirmé que les mesures de police peuvent relever de la compétence du juge administratif si elles sont « *justifiées par les nécessités de sauvegardé l'ordre public* »⁷³⁶. De plus, la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel a lentement évolué vers une appréciation de plus en plus stricte de la liberté individuelle, réduisant par conséquent, le champ d'intervention du juge judiciaire. En effet, dorénavant, le juge administratif est compétent pour se prononcer sur des mesures prises en matière de prévention des atteintes à l'ordre public⁷³⁷. En revanche, en ce qui concerne les privations de liberté, le juge judiciaire préserve naturellement sa compétence. De plus, de nombreuses mesures de police visant, notamment, à lutter contre le terrorisme. D'une part, à l'occasion de la loi du 24 juillet

⁷³³ Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence.

⁷³⁴ Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.

⁷³⁵ Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003.

⁷³⁶ Ibid.

⁷³⁷ Décision n°2015-713 DC du 23 juillet 2015.

2015 relative au renseignement⁷³⁸ visant à donner un cadre légal aux activités des services de renseignement dans la mise en œuvre des techniques de renseignement à travers une autorisation du Premier ministre, après avis d'une autorité administrative indépendante, le Conseil constitutionnel⁷³⁹ a affirmé que ladite autorisation du Premier ministre ne porte pas atteinte ni à la vie privée ni au secret des correspondances et donc, par conséquent, ne s'applique pas le régime juridique de l'article 66 de la Constitution. Effectivement, selon le Conseil constitutionnel, la nature des mesures de police concernées seraient administratives et n'auraient un « *autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions* »⁷⁴⁰. D'autre part, les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence, à commencer par les assignations à résidence, ont permis au juge administratif de renforcer sa compétence au détriment de celle du juge judiciaire en matière d'atteinte à la liberté individuelle. Ainsi, le Conseil constitutionnel a confirmé la compétence du juge administratif en affirmant que « *tant par leur objet que par leur portée, ces dispositions ne comportent pas de privation de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution* »⁷⁴¹. Finalement, l'analyse de la jurisprudence du conseil constitutionnel permet de constater l'élargissement de la compétence de la juridiction administrative. Pour autant, l'autorité judiciaire conserve sa compétence afférente aux contentieux mettant en cause la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution.

⁷³⁸ Loi n°2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

⁷³⁹ Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, loi relative au renseignement.

⁷⁴⁰ Ibid, considérant 9.

⁷⁴¹ Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, Cédric D. Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence, Considérant 5.

2§- La compétence de l'autorité judiciaire pour lutter contre la détention arbitraire

a) Le champ des détentions relevant de la compétence du juge judiciaire

1. La détermination de la détention

La détention, une notion textuelle. La détention est, de manière générale, définie comme le fait de « *retenir quelqu'un contre sa volonté* »⁷⁴². C'est précisément le sens de la définition du Littré. Le Professeur Cornu, lui, définit la détention comme « *pour une autorité ou un particulier, l'action de retenir une personne contre son gré ; atteinte à sa liberté d'aller et venir incriminée comme abus d'autorité* »⁷⁴³ et la détention préventive ou la détention provisoire comme « *une incarcération dans une maison d'arrêt d'un individu inculpé de crime ou de délit, avant le prononcé du jugement qui est réalisé en vertu d'un mandat de dépôt ou d'arrêt ou d'une ordonnance émanant d'une autorité judiciaire* »⁷⁴⁴. Pour Laura Aubert, la détention est « *une mesure privative de liberté dérogeant au principe du maintien en liberté qui est intrinsèquement lié à celui de la présomption d'innocence* ». ⁷⁴⁵ Ainsi, la détention revêt un caractère exceptionnel. L'article 137 du code de procédure pénale dispose qu' « *à titre exceptionnel, si les obligations du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence avec surveillance électronique ne permettent pas d'atteindre ces objectifs, elle peut être placée en détention provisoire* ». Les deux hypothèses d'application de la détention provisoire énoncées à l'article 143-1 du code de procédure pénale correspondent au cas d'une personne mis en examen qui encourt une peine criminelle ou une personne mise en examen qui encourt une peine correctionnelle d'une durée égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement.

Les critères prétoriens de la qualification de « détention » relevant du régime juridique de l'article 66 de la Constitution. Le raisonnement juridique visant, pour le Conseil constitutionnel, à identifier si la liberté individuelle du requérant est remise en cause consiste à rechercher si la teneur, la finalité et la durée de la

⁷⁴² E. Littré, Dictionnaire de la langue française, Volume I, 1873.

⁷⁴³ G. Cornu, Vocabulaire juridique, 13^{ème} ed, PUF, 2020.

⁷⁴⁴ Ibid.

⁷⁴⁵ L. Aubert, Plaidoyer pour une nouvelle approche de la détention avant jugement, Chronique de criminologie, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2012.

contrainte constituent ou non une véritable privation de liberté. Effectivement, le Conseil constitutionnel dans une décision du 25 février 1992 met en exergue les critères du degré de contrainte de la mesure ainsi que sa durée en affirmant que « *le maintien d'un étranger en zone de transit, en raison de l'effet conjugué du degré de contrainte qu'il revêt et de sa durée, a néanmoins pour conséquence d'affecter la liberté individuelle de la personne qui en fait l'objet au sens de l'article 66 de la Constitution ; que si la compétence pour décider du maintien peut être confiée par la loi à l'autorité administrative, le législateur doit prévoir, selon des modalités appropriées, l'intervention de l'autorité judiciaire pour que celle-ci exerce la responsabilité et le pouvoir de contrôle qui lui reviennent* »⁷⁴⁶. Dans une autre décision du 16 juin 1999, le Conseil constitutionnel utilise le critère de la finalité et de l'objet pour rechercher si la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution est remis en cause. Ainsi le Conseil constitutionnel affirme que « *la procédure instaurée par l'article L. 11-1 du code de la route ne porte pas atteinte à la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution ; qu'eu égard à son objet, et sous réserve des garanties dont est assortie sa mise en œuvre, elle ne porte pas davantage atteinte à la liberté d'aller et venir* »⁷⁴⁷. En revanche, une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel affirme que les perquisitions ayant un but purement préventif n'affectent pas la liberté individuelle et, par conséquent, doit relever de la compétence des juridictions administratives. De même, le Conseil constitutionnel a jugé que l'assignation à résidence d'un étranger en situation irrégulière, en se distinguant d'une mesure de rétention de sûreté, n'est pas une mesure privative de liberté. En la matière, nous pouvons constater une appréciation en opportunité des juges de la rue de Montpensier. En effet, le Conseil constitutionnel apprécie lui-même l'intensité de la contrainte que fait peser l'assignation à résidence sur l'individu pour juger que cette mesure n'est pas de nature à présenter une atteinte suffisante à la liberté d'aller et venir. Ainsi, le Conseil constitutionnel affirme dans un considérant de principe que « *la seule prolongation dans le temps d'une telle mesure d'assignation à résidence n'a pas*

⁷⁴⁶ Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992, Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, Considérant 15.

⁷⁴⁷ Décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs, Considérant 20.

pour effet de modifier sa nature et de la rendre assimilable à une mesure privative de liberté »⁷⁴⁸.

2. Le régime juridique de la détention

La consécration de l'interdiction des détentions arbitraires. Les garanties textuelles visant à prévenir une détention arbitraire sont présentes en droit interne comme en droit international. En premier lieu, la Constitution de la Vème République consacre l'interdiction des détentions arbitraires. Au-delà du fameux article 66 de la Constitution qui pose deux règles essentielles consistant à interdire les détentions arbitraires. D'une part, la règle juridique selon laquelle, nul ne peut être arbitrairement détenu. D'autre part, la règle juridique selon laquelle, l'autorité judiciaire est garante de la liberté individuelle dans l'hypothèse d'une détention. Ce principe implique, de facto, que l'autorité a compétence pour veiller aux conditions de placement en détention telles que prévues préalablement par la loi. En second lieu, l'interdiction des détentions arbitraires est également consacrée en droit international. L'alinéa 1 de l'article 9 du pacte international relatif aux droits civils et politiques énonce que « *tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévue par la loi.* ». L'article 5§3 de la convention européenne des droits de l'homme énonce que « *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.* ». Par conséquent, l'arbitraire correspondrait à une détention qui ne serait fondée sur aucun texte de loi. Le Professeur Capello⁷⁴⁹ considère, au contraire, qu'une détention, bien que reposant sur une loi, peut s'avérer être arbitraire. Cela, car cette loi doit faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité pour ne pas être considérée, in fine, comme arbitraire. En effet, les motifs de détention énoncés dans la loi pourraient s'avérer être déclaré contraire à la Constitution notamment dans le cadre d'un contrôle a priori et a posteriori de

⁷⁴⁸ Décision n° 2017-674 QPC du 1er décembre 2017, M. Kamel D, Assignation à résidence de l'étranger faisant l'objet d'une interdiction du territoire ou d'un arrêté d'expulsion.

⁷⁴⁹ A. Capello, La constitutionnalisation du droit pénal : pour une étude du droit pénal constitutionnel, collection LGDJ, 2014, p. 448.

constitutionnalité. Ainsi, l'auteur distingue d'une part, le motif de la détention et, d'autre part, l'objectif de la loi prévoyant la détention. Le motif correspondant précisément à ce qui a poussé le législateur à légiférer sur une telle privation de liberté. Autrement dit, le motif correspond à la raison concrète justifiant que le législateur autorise une détention. L'objectif, lui, correspondant au but poursuivi par le législateur. En tout état de cause, en la matière, il revient au Conseil constitutionnel de juger de la constitutionnalité de la législation relative aux détentions.

Les garanties de la détention appréciées par le Conseil constitutionnel.

Sur le fondement de l'article 66 de la Constitution, le Conseil constitutionnel apprécie les critères de fond et de forme définis par le législateur. Cela, pour garantir que la détention ne soit pas arbitraire. En la matière, la première décision du Conseil constitutionnel rendue le 12 janvier 1977, n'a pas entendu prendre substantiellement en considération l'objectif poursuivi par la mesure privative de liberté. Effectivement, le Conseil constitutionnel annule la disposition législative en la jugeant contraire à la liberté individuelle et justifie cette décision par l'étendue des pouvoirs accordés aux officiers de police judiciaire sans contrôle préalable de l'autorité judiciaire. Plus précisément, le Conseil constitutionnel a estimé « *qu'en raison de l'étendue des pouvoirs, dont la nature n'est, par ailleurs, pas définie, conférés aux officiers de police judiciaire et à leurs agents, du caractère très général des cas dans lesquels ces pouvoirs pourraient s'exercer et de l'imprécision de la portée des contrôles auxquels il seraient susceptibles de donner lieu, ce texte porte atteinte aux principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle* »⁷⁵⁰. Par conséquent, les juges de la rue de Montpensier ont apprécié ladite mesure privative de liberté en fonction des précisions dans lesquelles cette mesure est mise en œuvre. La singularité de ce raisonnement tient au fait qu'en la matière le Conseil constitutionnel ne limitera pas son contrôle à la vérification de l'existence de conditions suffisamment précises dans la mise en œuvre de la mesure privative de liberté. Et pour cause. Le Conseil constitutionnel a consacré un certain nombre d'objectifs à valeur constitutionnelle lui permettant d'effectuer un contrôle de la motivation du législateur. Cela, à travers

⁷⁵⁰ Décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales, Considérant 5.

l'étude de la nécessité, de la proportionnalité et de l'adaptation⁷⁵¹ à l'objectif poursuivi des mesures prises. Ainsi, le Conseil constitutionnel a énoncé de multiples objectifs à valeur constitutionnelle pour mieux affirmer et justifier la conciliation entre principes constitutionnels. À titre illustratif, le Conseil constitutionnel a énoncé l'objectif à valeur constitutionnelle de « sauvegarde de l'ordre public »⁷⁵². Cela dans le but soutenir que qu'il revient à la représentation nationale de concilier plusieurs principes tels que la prévention des atteintes à l'ordre public et la préservation des droits et libertés constitutionnellement garantis.

L'exigence fonctionnelle et matérielle du contrôle du juge judiciaire. En premier lieu, comme nous l'avons évoqué précédemment, sur le fondement de l'article 66 de la Constitution, l'autorité judiciaire intervient en cas d'atteintes potentielles à la liberté individuelle. Également, l'intervention de l'autorité judiciaire en la matière est obligatoire et intervient sur le fondement sur l'article 9 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Dès lors, l'exigence fonctionnelle du contrôle du juge judiciaire tient au fait que l'autorité judiciaire intervient, de facto, chaque fois qu'une mesure privative de liberté doit être mise en œuvre dans le cadre de la prévention d'infractions pénales. Cela, pour garantir aux individus concernés le risque d'atteinte à la liberté individuelle entendu au sens de l'article 66 de la constitution. En second lieu, comme le rappelle le Conseil constitutionnel, l'autorité judiciaire doit assurer un « contrôle effectif »⁷⁵³ des mesures privatives de liberté. Effectivement, le Conseil constitutionnel affirme « *qu'il incombe à l'autorité judiciaire, conformément à l'article 66 de la Constitution, d'exercer un contrôle effectif sur le respect des conditions de forme et de fond par lesquelles le législateur a entendu assurer cette conciliation* »⁷⁵⁴. D'une part, le Conseil constitutionnel a entendu réaliser un contrôle effectif de l'intervention de l'autorité judiciaire en matière de perquisitions. Dès lors, si le Conseil constitutionnel admet le principe de la perquisition en matière fiscale⁷⁵⁵, il n'en demeure pas moins que ces investigations doivent être conduites dans le respect de l'article 66 de la Constitution et sous le « *contrôle effectif* »⁷⁵⁶ du juge judiciaire.

⁷⁵¹ C'est précisément le cas dans la décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, M. Cédric D. Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence, Cons. 12.

⁷⁵² Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier.

⁷⁵³ Décision n° 93-323 DC du 5 août 1993, Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité.

⁷⁵⁴ Ibid.

⁷⁵⁵ Ibid.

⁷⁵⁶ Ibid.

La rétention de sûreté, une détention autorisée. Une partie de la doctrine française a posé la question de la conformité de la rétention de sûreté à l'article 66 de la Constitution. Cela, malgré la décision⁷⁵⁷ du Conseil constitutionnel affirmant conforme à la constitution la rétention de sûreté. Le Professeur Aurélie Cappello⁷⁵⁸ affirme que la ladite mesure de rétention de sûreté peut être considérée telle une détention arbitraire car dépourvue d'un motif sérieux mais reposant, au contraire, sur la seule volonté du législateur. Ainsi, selon l'auteur, en matière de rétention de sûreté, le motif de la détention serait arbitraire car sans fondements juridiques précis et circonstanciés. Plus précisément, selon Aurélie Cappello, les critères d'application de la rétention de sûreté sont « *très fragiles, illégitimes et déraisonnables* »⁷⁵⁹. Pour autant, le Conseil constitutionnel a déclaré la rétention de sûreté conforme à la Constitution en affirmant qu'il incombe au législateur d'opérer une conciliation entre la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties.

b) L'exigence d'une procédure pénale dans l'hypothèse d'une rétention de sûreté ante delictum

1. L'exigence constitutionnelle d'une procédure pénale

La nécessaire intervention de l'autorité judiciaire dans le cadre d'une rétention de sûreté ante delictum. Le 23 décembre 2015⁷⁶⁰, le Conseil d'État rendit un avis au gouvernement sur une demande relative à la constitutionnalité et la conventionnalité de mesures visant à prévenir la menace terroriste. Avis dans lequel la haute juridiction de l'ordre administratif était invitée à se prononcer sur l'opportunité législative d'autoriser une privation de liberté, sous forme d'une rétention de sûreté, de personnes radicalisées présentant des indices de dangerosité et connues par les

⁷⁵⁷ Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

⁷⁵⁸ A. Cappello, La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel, Thèse, Paris, 2011, p.449.

⁷⁵⁹ Ibid.

⁷⁶⁰ Conseil d'Etat, 23 décembre 2015, avis sur la constitutionnalité et la compatibilité avec les engagements internationaux de la France de certaines mesures de prévention du risque de terrorisme.

services de police sans pour autant avoir déjà fait l'objet d'une condamnation pour des faits de terrorisme. Cela, pour prévenir la commission d'actes criminels de la part de ces individus radicalisés dangereux. D'abord, le Conseil d'État affirme, sur le fondement des règles et principe de valeur constitutionnelle, que toute détention doit être décidée par l'autorité judiciaire ou exercée sous son contrôle. Ensuite, le Conseil d'État affirme que toute privation de liberté doit être placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire sans pour autant qu'elle ne soit saisie en amont de toute décision relative à une privation de liberté. En la matière, le Conseil constitutionnel a admis dans une décision QPC du 9 juin 2011 que « *si l'article 66 de la Constitution exige que toute privation de liberté soit placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire, il n'impose pas que cette dernière soit saisie préalablement à toute mesure de privation de liberté* »⁷⁶¹ Enfin, le Conseil d'État admet une seule et unique exception au principe selon lequel toute mesure privative de liberté doit être prononcée ou contrôlée par l'autorité judiciaire. Effectivement, la haute juridiction de l'ordre administratif admet dans son avis que seule une privation de très courte durée peut être prononcée dans un cadre administratif.

L'hypothèse d'une privation de liberté d'une très courte durée. Dans son avis⁷⁶², le Conseil d'État met en exergue un certain nombre de mesures privatives de liberté de très courte durée peut intervenir dans un cadre purement administratif. Plus précisément le Conseil d'État affirme que ces mesures privatives de liberté de très courte durée ne peuvent être prises qu'en raison de leur objets spécifiques. A titre illustratif, le Conseil constitutionnel a admis dans une décision du 9 janvier 1980 « *que l'étranger qui n'est pas en mesure de déférer immédiatement à la décision lui refusant l'autorisation d'entrer sur le territoire français peut, s'il y a nécessité, être maintenu par décision écrite motivée [...] que ces mesures, qui ne peuvent être prises qu'en cas de nécessité, sont prononcées initialement par l'autorité administrative* »⁷⁶³. Pour autant, le prononcé d'une privation de liberté de très courte durée par l'autorité administrative n'exonère pas l'intervention de l'autorité judiciaire. Au contraire, le Conseil

⁷⁶¹ Décision n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, M. Abdellatif B. et autre.

⁷⁶² Ibid.

⁷⁶³ Décision n° 79-109 DC du 9 janvier 1980, Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration.

constitutionnel a affirmé dans la même décision⁷⁶⁴ que « *la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegarder que si le juge intervient dans le plus court délai possible* »⁷⁶⁵. De même en ce qui concerne une mesure de dégrisement d'ivresse publique qui eu égard à sa très courte durée, peut être prononcée dans un cadre administratif. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel affirme « *qu'eu égard à la brièveté de cette privation de liberté organisée à des fins de police administrative par les dispositions contestées, l'absence d'intervention de l'autorité judiciaire ne méconnaît pas les exigences de l'article 66 de la Constitution* »⁷⁶⁶.

L'intervention judiciaire dans le cadre d'une détention prononcée l'autorité administrative. Comme nous l'avons évoqué précédemment, si le Conseil constitutionnel n'impose pas une intervention préalable du juge judiciaire dans le cadre d'une mesure privative de liberté, il entend lui conférer un rôle exclusif quant au contrôle de ladite mesure. Plus précisément, si l'autorité judiciaire n'est pas compétente pour apprécier la légalité d'une décision administrative – bien que celle-ci soit privative de liberté – elle n'en demeure pas moins compétente pour contrôler son prolongement. Ainsi le haut conseil a déjà affirmé que « *la mesure de rétention ne peut à chaque fois être prolongée que sur l'autorisation du juge judiciaire, dans les conditions définies par la loi [...] l'autorité judiciaire conserve la possibilité d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention, de sa propre initiative ou à la demande de l'étranger, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient* »⁷⁶⁷. De même, en ce qui concerne une rétention administrative. En la matière, si le Conseil constitutionnel n'impose pas une intervention a priori de l'autorité judiciaire, celle-ci doit tout de même pouvoir se réserver la possibilité d'intervenir dans les meilleurs délais pour statuer sur le maintien d'un étranger en zone de transit. C'est ainsi que le haut-conseil a déclaré que « *si la compétence pour décider du maintien peut être confiée par la loi à l'autorité administrative, le législateur doit prévoir, selon*

⁷⁶⁴ Ibid.

⁷⁶⁵ Ibid.

⁷⁶⁶ Décision n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012, M. Mickaël D.

⁷⁶⁷ Décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.

des modalités appropriées, l'intervention de l'autorité judiciaire pour que celle-ci exerce la responsabilité et le pouvoir de contrôle qui lui reviennent »⁷⁶⁸.

2. L'exigence conventionnelle d'une procédure pénale

La prohibition conventionnelle d'une détention préventive. L'article 5§1 de la convention européenne des droits de l'homme énonce que « *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 [...]* ». Or, dans la liste de cas énoncés à cet article, ne figure en aucun cas la détention préventive et encore moins la détention préventive d'une personne radicalisée qui présenterait un danger pour la sécurité publique ou l'ordre public. Plus précisément, ledit article de la convention européenne des droits de l'homme est une véritable ode à la liberté ayant pour but d'assurer qu'elle ne puisse être altérée de manière arbitraire ou injustifiée. D'autant, que la jurisprudence élargit le champ d'application de cet article aux restrictions à liberté de circulation⁷⁶⁹. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme considère comme une violation extrêmement grave de l'article 5 et une totale négation des garanties fondamentales consacrées par la convention européenne des droits de l'homme, la détention non reconnue d'un individu⁷⁷⁰. Il en résulte que sur le plan conventionnel, il ne semble pas envisageable, d'un point de vue juridique, d'autoriser par la loi, en dehors de toute procédure pénale, la rétention de sûreté ante delictum d'individus radicalisés présentant une particulière dangerosité.

Le champ d'application de la prohibition conventionnelle de la détention préventive. Comme évoqué ci-avant, le champ d'application de l'article 5 de la convention européenne des droits de l'homme ne se restreint pas à la lettre dudit article. La politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme a largement élargi le champ d'application de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme. En ce qui concerne les critères d'application de cet article, la Cour européenne des droits de l'homme ne s'estime pas liée par les décisions des juridictions internes quant à l'existence d'une privation effective

⁷⁶⁸ Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992, Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

⁷⁶⁹ CEDH, Tomaso v. Italy, 23 février 2017.

⁷⁷⁰ CEDH, El-Masri v. Yougoslavie, 13 décembre 2012.

de liberté. La Cour européenne des droits de l'homme procède à une appréciation autonome *in concreto* de l'individu en prenant compte un ensemble de critères⁷⁷¹ tels que le type, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure concernée. Ces critères d'application visent à mesurer l'intensité et le contexte de la restriction de liberté qui représentent un facteur essentiel pour analyser si celle-ci représente une atteinte grave à la liberté. Ainsi, l'article 5§1 requiert des critères d'application objectifs tels que l'internement dans un certain espace restreint, le temps de cet internement ou la possibilité de quitter le lieu d'internement ou la surveillance de l'internement mais également des critères subjectifs tel que le consentement de l'individu concerné par la restriction de liberté.

La nécessaire intervention de l'autorité judiciaire dans le cadre d'une détention. La convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme affirment un certain nombre de garanties pour l'individu faisant l'objet d'une détention telles que l'intervention d'un magistrat, le droit à un jugement dans un délai raisonnable ou encore le contrôle de la détention. D'abord, l'article 5§3 de la convention européenne des droits de l'homme énonce que « *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* »⁷⁷². Dès lors ledit article garantit à tout individu détenu préventivement un contrôle judiciaire rapide⁷⁷³ et automatique⁷⁷⁴ et, par conséquent, prévient toute atteinte à sa liberté. Dès lors, comme en droit interne, un juge de l'autorité judiciaire⁷⁷⁵ doit intervenir pour statuer sur les motifs de la détention. Ensuite, l'article 5§3 de la Convention européenne des droits de l'homme pose une exigence de fond quant au contrôle de la détention. Effectivement, il impose au juge judiciaire d'examiner les circonstances et les raisons qui ont motivé l'application de la détention⁷⁷⁶. La Cour européenne des droits de l'homme a affirmé précisément que « *l'article 5 § 3 de la Convention fournit aux personnes arrêtées ou détenues au motif qu'on les*

⁷⁷¹ CEDH, *Creanga V. Roumanie*, 23 février 2012.

⁷⁷² Article 5§3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁷⁷³ V. CJUE, 27 juin 2013, *Vassis et autres c. France*.

⁷⁷⁴ V. CJUE, 22 mai 1984, *De Jong, Baljet et Vanc den brink c. Pays-Bas*.

⁷⁷⁵ V. CJUE, 4 décembre 1979, *Schiesser c. Suisse*.

⁷⁷⁶ V. CJUE, 29 avril 1999, *Aquilina c. Malte*.

soupçonne d'avoir commis une infraction pénale des garanties contre la privation arbitraire ou injustifiée de liberté. [...] En d'autres termes, l'article 5 § 3 exige que le magistrat se penche sur le bien-fondé de la détention »⁷⁷⁷. Enfin, l'article 5§4 de la Convention européenne des droits de l'homme énonce 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 »⁷⁷⁸. Dès lors, cet article donne la possibilité pour l'individu en détention de faire contrôler celle-ci dans un bref délai par une décision judiciaire se prononçant sur la régularité ou l'irrégularité de cette celle-ci et y mettant fin le cas échéant⁷⁷⁹. La régularité de la détention est examinée dans le respect des exigences de procédure et de fond⁷⁸⁰ consacrées en droit interne et par la Convention européenne des droits de l'homme⁷⁸¹.

⁷⁷⁷ Ibid.

⁷⁷⁸ Article 5§4 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁷⁷⁹ CJUE, 9 juillet 2009, Mooren c. Allemagne.

⁷⁸⁰ CJUE, 22 mai 2012, Idalov. Russie.

⁷⁸¹ CJUE, 12 juillet 2016, A.M c/ France.

Section 2 – Les premiers jalons d’une rétention de sûreté ante delictum

1§- Les premiers fondements d’une rétention de sûreté ante delictum

a) Le fondement doctrinal à une telle modification matérielle de la Constitution

1. La rétention de sûreté ante delictum à l’épreuve de la supra-constitutionnalité

La notion de supra-constitutionnalité comme limite à la révision de la Constitution. Dans le constitutionnalisme moderne, l’ensemble de la doctrine interne s’accorde à dire que la source par excellence du droit constitutionnel est la loi constitutionnelle au sens formel du terme, c’est-à-dire pour reprendre les mots du Professeur Olivier Duhamel « *l’ensemble des règles consacrées en la forme de la Constitution regroupées dans un ou quelques textes spéciaux ayant une valeur supérieure à toutes les autres normes et ne pouvant être modifiées que par une procédure particulière, dite de révision* »⁷⁸². Partant du postulat selon lequel il existe avant tout une Constitution au sens formel du terme, la question sous-jacente est celle de marge de manœuvre du constituant pour la modifier. Autrement dit, existe-t-il des limites matérielles, formelles ou procédurales à une modification de la Constitution ? La supraconstitutionnalité relève de facto d’une limite matérielle à la modification de la Constitution. Ce qui, de fait, constitue une forte contradiction avec l’idée que la Constitution constitue la norme suprême de l’ordre juridique interne et ne saurait, par conséquent, faire l’objet d’une quelconque exigence juridique supérieure. Une autre contradiction peut être relevée : puisque la Constitution est la manifestation de la volonté du peuple souverain, la supra-constitutionnalité signifierait qu’une norme se placerait au-dessus de la volonté populaire. En la matière, le Professeur Dominique Rousseau⁷⁸³ pose la question légitime de savoir si le peuple est libre de se doter de la Constitution qu’il entend, ou bien s’il doit respecter certains principes internationaux, intemporels et universels. C’est peut-être cette dernière contradiction qui a poussé la

⁷⁸² O. Duhamel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 2^{ème} ed, Seuil, 2011, p .24.

⁷⁸³ V. D. Rousseau, *L’objet de la Constitution, ce n’est pas l’État, mais la société*, vol. 780, no. 5, 2012, pp. 428.

doctrine française, sous la houlette de Carre de Malberg⁷⁸⁴, à limiter les sources du droit aux sources écrites. En ce qui concerne le droit comparé, l'alinéa 3 de l'article 79 de la loi fondamentale allemande énonce deux limites matérielles à la révision de la Constitution. D'une part, une limite tenant à la structure fédérale de l'Etat. D'autre part, une limite tenant aux principes fondamentaux de l'Etat comme par exemple le droit pour les états fédérés de participer à la législation nationale mais également les principes afférents à l'Etat de droit, la démocratie, le droit de résister à l'oppression etc.

La supra-constitutionnalité, une notion approuvée par la doctrine. Comme l'affirme remarquablement Edouard Dubout, « *la supra-constitutionnalité fait partie de ces thèmes insondables, une sorte de puits sans fond, qui divisent irrémédiablement et donc agacent nécessairement* »⁷⁸⁵. Effectivement, la notion de supra-constitutionnalité a fait l'objet de nombreux débats au sein de la doctrine française et internationale. Ainsi, de nombreux auteurs défendent l'existence d'une supra-constitutionnalité. D'abord, le Professeur Olivier Beaud affirme qu'il y a, au sein même de la Constitution, un noyau incompressible inhérent à la puissance de l'Etat. Selon l'auteur, la Constitution ne peut avoir vocation à démanteler ce qui constitue la puissance de l'Etat⁷⁸⁶ en tant que détenteur de la puissance publique. Au contraire, la Constitution aurait vocation à organiser l'Etat. Dès lors, en la matière, le pouvoir constituant dérivé ne pourrait opérer une modification de la Constitution. Ensuite, La théorie positiviste de Hans Kelsen défend également l'idée d'une supra-constitutionnalité. Selon lui, toute norme positive tient sa valeur juridique d'une autre norme supérieure. Ce postulat a fondé la théorie de la norme fondamentale à travers laquelle Hans Kelsen décrit un système juridique composé de normes hiérarchisées dans lequel chaque norme supérieure habilite juridiquement une norme inférieure. La Constitution, en tant la dernière norme positive au sein de la cascade de normes supérieures serait ainsi elle-même habilitée par une norme supérieure qu'Hans Kelsen⁷⁸⁷ désigne comme « la loi fondamentale ». Cette loi fondamentale n'étant pas

⁷⁸⁴ R. Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'État, t. 2, Sirey, 1922.

⁷⁸⁵ E. Dubout, Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : une supra-constitutionnalité ?, Revue française de droit constitutionnel, vol. 83, no. 3, 2010, pp. 451.

⁷⁸⁶ O. Beau, la puissance de l'Etat, PUF, coll. Léviathan, 1994, p.305.

⁷⁸⁷ V. H. Thomas, Retour en Rhodésie : Kelsen, la norme fondamentale et l'efficacité, Revue française de droit constitutionnel, vol. 105, no. 1, 2016, pp. 38.

écrite, serait donc une norme hypothétique visant à donner sens à l'ensemble de l'ordre juridique. Il en résulte, selon l'auteur, qu'une norme supra-constitutionnelle existe et constitue même le fondement de l'ordre juridique constitutionnel. Enfin, une partie de la doctrine positiviste française menée par Raymond Carré de Malberg⁷⁸⁸ affirme qu'il y aurait une supra-constitutionnalité d'ordre temporel. L'adoption de la première Constitution constituerait un fait fondateur qui n'aurait pas, en soi, une valeur juridique. Ainsi, ce qui aurait été réalisé avant l'adoption de la Constitution ne compterait plus. Au fond, seul le pouvoir constituant originaire, aurait vocation à modifier la Constitution et non pas le pouvoir constituant dérivé établi par ladite Constitution.

La rétention de sûreté ante delictum face à la protection des valeurs. La notion de supra-constitutionnalité ne se limite pas seulement à la structure de l'Etat ou au système juridique interne. Effectivement, une partie de la doctrine française défend l'idée selon laquelle il existerait des normes supra-constitutionnelles fondées sur des principes et des valeurs. En la matière, Edouard Dubout a décelé un certain nombre d'indices de supra-constitutionnalité au sein du système constitutionnel français. D'une part, l'alinéa 5 de l'article 89 de la Constitution selon lequel la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une modification de la Constitution constituerait une limite matérielle manifeste à la révision constitutionnelle, du moins pour le pouvoir constituant « dérivé »⁷⁸⁹, c'est-à-dire le pouvoir constituant établi par une Constitution déjà existante ayant le pouvoir de la réviser⁷⁹⁰. Dès lors, plus généralement, les principes républicains sont autant de limites matérielles à la révision de la Constitution. D'autre part, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui garantit la séparation des pouvoirs ou encore l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen garantissant le droit à la résistance à l'oppression comme des droits naturels et imprescriptibles⁷⁹¹. Or, l'ensemble de ces valeurs faisant office de normes supra-constitutionnelles pourrait empêcher une modification de la Constitution visant à intégrer à la norme suprême la possibilité de doter l'arsenal pénal d'une rétention de sûreté ante delictum. En effet, une telle modification matérielle de la

⁷⁸⁸ V. S. Rials, *Supraconstitutionnalité et systématisme du droit*, APD, 1986, spéc. p. 63.

⁷⁸⁹ C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, 1996, p. 203.

⁷⁹⁰ V. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2019, p. 246.

⁷⁹¹ D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p.459.

Constitution se heurterait à de nombreuses questions de conformité aux valeurs fondamentales et aux principes républicains. Par exemple, la question de la conformité d'une rétention de sûreté ante delictum au grand principe républicain de la présomption d'innocence se poserait naturellement avec acuité. De même en ce qui concerne les valeurs humaines : dignité de la personne, liberté individuelle, droit à un traitement humain etc. Selon le Professeur Denis Baranger⁷⁹², la question de la révision matérielle de la Constitution pose, de facto, la question de la révision des valeurs constitutionnelles adoptées à travers le temps.

La consécration jurisprudentielle d'une « identité constitutionnelle ». Le Conseil constitutionnel a accepté de contrôler la constitutionnalité d'une loi de transposition d'une directive européenne sur le fondement de l'existence d'une identité constitutionnelle française. Cela laissant ainsi penser qu'il existerait des normes supérieures à la Constitution telle que « l'identité constitutionnelle ». Effectivement, dans une décision du 27 juillet 2006⁷⁹³, le haut-conseil a affirmé que « *la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti* »⁷⁹⁴. Dès lors, la violation d'une directive européenne par la loi de transposition serait épargnée si ladite directive serait contraire à l'identité constitutionnelle de la France et à ses règles inhérentes à l'ordre constitutionnel interne. Cela, sauf à ce que le pouvoir constituant en tant que souverain et représentant de la volonté populaire ait adopté une telle modification de la Constitution. De plus, l'exigence constitutionnelle de transposition des directives européennes peuvent se heurter à une limite, celle de son antagonisme avec un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Quelques mois plus tard, le Conseil d'État a adopté la même position⁷⁹⁵ que le Conseil constitutionnel. Plus précisément, dans un fameux arrêt Arcelor du 8 février 2007, la haute juridiction de l'ordre administratif a affirmé « *qu'il appartient au juge administratif, [...] de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire*

⁷⁹² La réflexion de Denis Baranger prenant source chez Thomas Jefferson : V. Thomas Jefferson, lettre du 22 avril 1820 à John Holmes, reproduite in P. Leicester Ford (ed.), *The Works of Thomas Jefferson*, G.P. Putnam's Sons, 1904-5, vol. XII, p. 158.

⁷⁹³ Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

⁷⁹⁴ Ibid.

⁷⁹⁵ V. A. Levade, *Le palais royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires*, RFDA, mai-juin, 2007, p. 565.

*qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué »*⁷⁹⁶. Ainsi, le Conseil d'Etat suit le raisonnement du Conseil constitutionnel et admet indirectement l'existence d'une supra-constitutionnalité à travers ce qui serait inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

2. Le refus du Conseil constitutionnel de consacrer une supra-constitutionnalité

Georges Vedel, critique de la supra-constitutionnalité. Selon Georges Vedel, il n'y aurait pas de notion matérielle de la constitution. Effectivement, la Constitution est formelle ou plus précisément procédurale en ce sens que la notion de Constitution ne se définit pas par son contenu mais par la procédure d'adoption et de révision qui lui est applicable. N'importe quel énoncé, avec n'importe quel contenu, peut être adopté tant que l'on modifie la Constitution dans les règles procédurales afférentes. Il n'y a donc ni de définition ni de limites matérielles. De plus, selon le doyen Georges Vedel, si la Constitution est l'œuvre du peuple, recourir à la supra-constitutionnalité serait donc faire la Constitution à la place du peuple. Par conséquent, l'existence d'une supra-constitutionnalité constituerait un véritable danger pour l'ordre juridique démocratique. Georges Vedel constate qu'il n'existe pas en droit interne de normes juridiques d'un rang supérieur à la Constitution⁷⁹⁷. De plus, selon lui, le concept de supra-constitutionnalité supposerait l'existence de normes juridiques non écrites supérieures à la Constitution, autrement dit un corps de règles définissant le régime juridique dont il appartiendrait à une juridiction suprême de les mettre en œuvre. En outre, selon Georges Vedel, la supra-constitutionnalité relève du mythe⁷⁹⁸ en ce qu'elle remettrait foncièrement en cause la compétence du pouvoir constituant originaire et ouvrirait la voie à un gouvernement des juges⁷⁹⁹.

Le rejet de la supra-constitutionnalité par la jurisprudence du Conseil constitutionnelle. Le haut conseil à l'occasion de nombreuses décisions a affirmé son

⁷⁹⁶ Conseil d'Etat, 8 février 2007, Société Arcelor Lorraine.

⁷⁹⁷ V. G. Vedel, souveraineté et supra-constitutionnalité, in Pouvoirs, p.82.

⁷⁹⁸ Ibid, p72.

⁷⁹⁹ Ibid, p95.

hostilité au concept de supra-constitutionnalité. En premier lieu, dans une décision du 6 novembre 1962, le Conseil constitutionnel a affirmé qu'il n'était pas compétent pour contrôler les lois adoptées par référendum qui constituent l'expression directe de la souveraineté nationale. La haute juridiction a alors refusé de se déclarer compétente en la matière estimant que les textes ne lui confient que la « régulation de l'activité des pouvoirs publics » et par conséquent ne lui confient pas la compétence de se prononcer sur la régularité de la révision de la constitution par la procédure référendaire de l'article 11 de la Constitution. En somme, le Conseil constitutionnel a opéré un raisonnement en trois temps. D'abord, il s'est considéré lui-même tel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics. Ensuite, il a fait une interprétation restrictive de sa propre compétence en estimant que ladite compétence fondée sur l'article 61 de la Constitution tel « *un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois visées dans à l'article 61 de la Constitution sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale* »⁸⁰⁰. Enfin, le Conseil constitutionnel affirme que les lois référendaires ont un statut particulier du fait qu'elles constituent l'émanation de la souveraineté nationale. En deuxième lieu, le Conseil constitutionnel à travers une fameuse décision dite Maastricht II⁸⁰¹ a rejeté la saisine des sénateurs non pas sur une question de compétence mais sur une question de fond. Celle du pouvoir de révision ou plus précisément celle de la justiciabilité d'une révision de la Constitution. Le haut conseil a considéré que « *le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée* »⁸⁰². Ainsi, les juges de la rue de Montpensier assimilent implicitement d'une part la modification de la Constitution à la création primaire de ladite Constitution et d'autre part le pouvoir constituant dérivé au pouvoir constituant originaire. En troisième lieu, dans une décision du 26 mars 2003⁸⁰³, le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent pour contrôler les lois constitutionnelles adoptées par le Congrès. Cela, en réaffirmant qu'il ne dispose que d'une compétence

⁸⁰⁰ Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, Considérant 2.

⁸⁰¹ Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*.

⁸⁰² *Ibid*, cons. 19.

⁸⁰³ Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*.

d'attribution. En somme, pour reprendre la thèse de Georges Vedel⁸⁰⁴, le pouvoir constituant peut tout faire y compris changer la procédure de révision constitutionnelle.

b) Le principe de précaution, fondement constitutionnel à une rétention de sûreté ante delictum

1. La consécration progressive du principe de précaution

Le principe de précaution, une notion doctrinale. Selon le vocabulaire juridique⁸⁰⁵, le principe de précaution est une directive de politique juridique qui, pour la sauvegarde d'intérêts essentiels recommande aux gouvernants de prendre, en amont, des mesures visant à déjouer le danger d'un acte incriminable, avant même de savoir avec certitude que le danger contre lequel on se prémunit constitue une menace effective. Le principe de précaution prend racine en Allemagne à la fin du XXème siècle lorsque Konrad von Moltke⁸⁰⁶ affirme dans une de ses études que le principe de précaution est un principe politique visant à prévenir d'un dommage imminent. Effectivement, le principe de précaution a émergé à partir de multiples enjeux philosophiques. D'abord, l'idée selon laquelle l'homme, pour sortir de son état de nature et devenir civilisé⁸⁰⁷ doit faire confiance au savoir et au progrès technique. Ensuite, l'idée de précaution comme une sagesse pratique pensée par Aristote défendant que la prudence était un savoir véritable qui, à la différence de la science théorique, ne porte pas sur l'universel mais sur le particulier tout en engageant un avenir collectif. Enfin, l'idée de préservation de la Terre et de la vie à travers une démarche anticipative de gestion des ressources au service du développement durable. Pour reprendre les mots du philosophe Hans Jonas, l'homme moderne dispose d'une certaine surpuissance technologique qu'il s'agit de contrôler et de modérer. Au travers de son principe de responsabilité⁸⁰⁸, le philosophe de la

⁸⁰⁴ G. Vedel, op cit, p. 79.

⁸⁰⁵ G. Cornu, vocabulaire juridique, PUF, 13^e ed, 2020.

⁸⁰⁶ K. Von Moltke, The Vorsorgeprinzip in West German Environmental Policy, Institute for European Environmental Policy, Février 1987.

⁸⁰⁷ Zarka, Yves Charles, Considérations philosophiques sur le principe de précaution, Revue de métaphysique et de morale, vol. 76, no. 4, 2012, pp. 483-489.

⁸⁰⁸ H. Jonas, Le principe de responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique, Flammarion, Paris, 1990.

précaution ne condamne pas pour autant la puissance technologique, au contraire, la précaution permettrait de mieux appréhender l'utilisation des nouvelles technologies.

Les premières sources du principe de précaution en droit international.

Les premières sources de droit du principe de précaution apparaissent en droit international, au sein des droits étrangers mais également au sein des traités internationaux. En premier lieu au sein des traités internationaux car ces traités sont autant de moyens à travers lesquels les systèmes juridiques internes peuvent exprimer un commun accord sur un sujet en particulier. D'abord, le principe de précaution apparaît dans la convention de Bamako de 1991⁸⁰⁹ dans lequel il doit jouer un rôle de protection de l'environnement. En l'espèce le principe de précaution est utilisé comme un moyen visant à protéger les milieux naturels d'un danger potentiel, en l'occurrence celui des déchets. Ensuite, la conférence de Rio sur l'environnement et le développement du 13 juin 1992 a débouché sur la ratification d'un traité visant à la conservation de la biodiversité, l'utilisation durable de ses éléments et le partage juste et équitable des ressources énergétiques. Ce traité permettra quelques années plus tard, que le principe de précaution soit consacré dans d'autres traités⁸¹⁰.

Le principe de précaution au sein des systèmes juridiques internes aux Etats. En premier lieu, le principe de précaution a pris naissance en Allemagne aux cours des années 1970. D'abord, le principe de précaution a été utilisé de manière limitée dans certaines législations spécifiques. Ensuite, le principe de précaution a été spécifiquement introduit à travers certaines lois fédérales allemandes telle que la loi fédérale sur le contrôle des pollueurs, la loi sur l'énergie atomique, et la loi sur le calcul de l'impact à l'environnement. En second lieu, aux États-Unis, le principe de précaution émerge mais sous la forme d'un soft power dans le domaine de la lutte contre le terrorisme. Selon un fameux rapport⁸¹¹, le principe de précaution n'aurait qu'une très faible valeur normative mais n'en demeure pas moins un principe important notamment dans le domaine de la santé publique. En troisième lieu, dans le droit

⁸⁰⁹ Convention de Bamako, 30 janvier 1991, sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux.

⁸¹⁰ Tels que le traité d'Helsinki de 1992, le traité pour la protection du Rhin de 1999 ou encore le traité sur la protection du milieu marin et littoral de la Méditerranée.

⁸¹¹ S. G. Wood et R. A. Wood, Whither the precautionary principle? An American assessment from administrative law perspective, in Le principe de précaution en droit administratif, XVII congrès. Utrecht, les 16 – 22 juillet 2006, Rapport international et rapports nationaux, Académie Internationale de droit comparé, éd. Bruylant (Bruxelles) 2007.

helvétique le principe de précaution occupe une place importante particulièrement dans le domaine de l'environnement. En effet, le principe de précaution provoque un renversement de la charge de la preuve et doit utiliser les présomptions comme moyen de prouver l'existence du risque.

La consécration en droit interne du principe de précaution. En droit interne, le principe de précaution a été accueilli au plus haut de la hiérarchie des normes, au sein même de la Constitution par l'intégration de la charte de l'environnement⁸¹² en 2004 dans le bloc de constitutionnalité. L'objectif original du principe de précaution étant la protection de l'environnement. Ainsi le principe de précaution a irrigué l'ensemble de la jurisprudence dans divers domaines. Le principe de précaution est devenu un principe à valeur constitutionnelle⁸¹³, invocable directement par tout justiciable⁸¹⁴. De plus, plusieurs lois sont venues renforcer l'arsenal législatif en la matière. D'une part, la loi Barnier⁸¹⁵ de 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement en tant que principe devant inspirer la législation afférente à la préservation de l'environnement. D'autre part, la loi dite « grenelle »⁸¹⁶ de l'environnement portant l'engagement national pour l'environnement dans divers domaines transversaux. En outre, la loi relative à la responsabilité environnementale⁸¹⁷ visant à transposer la directive de 2004 sur la responsabilité environnementale en matière de prévention et de réparations de dommages environnementaux avait institué une nouvelle police administrative de l'environnement.

⁸¹² L'article 5 de la charte de l'environnement énonce que « *Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* »

⁸¹³ Conseil d'Etat, 3 octobre 2008, Commune d'Annecy.

⁸¹⁴ A. Roblot-Troizier, Chronique de jurisprudence, RFDA 2008, p. 1233.

⁸¹⁵ Loi n° 95-101 du 2 février 1995.

⁸¹⁶ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009.

⁸¹⁷ Loi n° 2008-757 du 1er août 2008.

2. L'expansion du principe de précaution

Principe de précaution et libertés fondamentales. Depuis plusieurs années, le législateur a eu une logique d'anticipation pour faire face à la menace terroriste. C'est ainsi que le législateur a transposé à la lutte contre le terrorisme le principe de précaution. A de multiples reprises, la Commission nationale consultative des droits de l'homme a déploré la multiplicité des textes législatifs visant à renforcer la lutte contre le terrorisme. Dans un avis rendu le 1^{er} avril 2015 sur le projet de loi relatif au renseignement, la Commission a affirmé que « *tout se passe comme si la simple invocation d'une plus grande efficacité pouvait justifier l'adoption, sans aucune discussion, des mesures les plus attentatoires aux libertés. Dans le contexte actuel marqué par des années de dérive sécuritaire, la Commission nationale consultative des droits de l'homme se doit de réaffirmer avec force que les Etats ne sauraient prendre, au nom d'intérêts considérés à juste titre comme primordiaux n'importe quelle mesure* »⁸¹⁸. D'une part, dans cet avis, la Commission prohibe la surveillance de masse à travers le recueil généralisé et indifférencié des données ou des correspondances émises par voie électronique. D'autre part, la Commission, dans ce même avis, rappelle l'importance de garantir la clarté et la prévisibilité de la loi. Cela, en rappelant l'importance du droit de la protection des données personnelles notamment en reconsidérant les motifs d'intérêt public autorisant le recours aux techniques de renseignement. En outre, la Commission appelle à un renforcement du rôle de la commission nationale de contrôle des techniques de renseignements⁸¹⁹.

Le principe de précaution en droit pénal. Une partie de la doctrine⁸²⁰ favorable à l'expansion juridique du principe de précaution s'est toutefois montrée réservée sur l'expansion dudit principe en matière pénale. Pourtant, plus que jamais, la faute civile a connu un élargissement considérable à travers la prise en considération du principe de précaution⁸²¹. En réalité, le motif du refus de l'application du principe de précaution au droit pénal témoigne d'une crainte de la doctrine et des

⁸¹⁸ CNCDH, Avis sur le PJL relatif au renseignement, 16 avril 2015.

⁸¹⁹ Voir L. Gautier (dir.), *Le renseignement en France : quelles perspectives ?* Etude réalisée par le groupe Orion, Fondation Jean Jaurès, avril 2012, qui soutient la création d'une AAI en matière de renseignements.

⁸²⁰ Pour un panorama synthétique, Voir : J-C Saint-Pau, « La répression de la destruction de biens environnementaux », dans J-C Saint-Pau (dir.), *La protection pénale de l'environnement*, Paris, Cujas, 2014.

⁸²¹ M. Hautereau-Botonnet, *Rapport sur l'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, 2015.

pouvoirs publics de voir ce principe entraîner une pénalisation croissante du risque et du danger. Pour pallier à cette difficulté, le Professeur Roets affirme que pour rendre raisonnable cette pénalisation du risque, il faut la développer à l'aune de la nécessité et de la proportionnalité de cette répression pénale. Cela, en s'attachant aux critères de risque, de plausibilité et d'expansibilité⁸²². En tout état de cause, le droit pénal n'est pas totalement étranger au principe de précaution. Effectivement, quelques infractions pénales prennent en considération le principe de précaution ou, du moins, intègre la logique de ce principe. En effet, si notre droit pénal semble encore bien étranger au principe de précaution, certains de ses mécanismes poursuivent les mêmes fins. Par exemple, les infractions obstacles⁸²³ correspondent à un ensemble de comportements incriminés afin de prévenir la réalisation de comportements plus graves. Elles s'inscrivent dans une logique d'anticipation du trouble à l'ordre public. Plus précisément, le délit de risques causés à autrui est un exemple de cette catégorie d'infractions prenant en compte le principe de précaution en visant à prévenir des homicides involontaires ou des violences involontaires graves. Enfin, le principe de précaution peut également être invoqué devant les juridictions pénales. En effet, certains prévenus usent du principe de précaution au titre du principe d'état de nécessité qui est une cause d'irresponsabilité définie à l'article 122-7 du code pénal exonérant la personne « *qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace* »⁸²⁴. Ainsi, des militants écologistes poursuivis pour le chef d'accusation de destruction de biens avaient défendu leur relax au nom du principe de précaution. Ainsi la chambre criminelle de la Cour de cassation avait affirmé que « *que le principe de précaution allégué ne saurait pas plus permettre aux particuliers de commettre des infractions pénales aux fins de protéger l'environnement alors qu'il peut être autrement invoqué dans un État de droit* »⁸²⁵.

⁸²² D. Roets, *Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence*, 2007, 2 *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, p. 251.

⁸²³ E. Dreyer, *droit pénal et principe de précaution*, Dalloz, 2014, p. 1912.

⁸²⁴ Article 122-7 du code pénal.

⁸²⁵ *Crim.*, 28 avril 2004, pourvoi n° 03-83.783.

Le principe de précaution dans la jurisprudence constitutionnelle. Le principe de précaution est devenu une norme de référence sur laquelle le Conseil constitutionnel fonde ses décisions dans le cadre du contrôle des lois qu'il opère au titre de l'article 61 de la Constitution⁸²⁶. Pour autant, jusque-là, le contrôle de constitutionnalité opéré par rapport au principe de précaution n'a été effectué que dans le domaine de l'environnement, particulièrement dans le domaine du gaz de schiste et des organismes génétiquement modifiés. D'abord, le Conseil constitutionnel a rendu une décision le 11 octobre 2013 affirmant qu' « *est en tout état de cause inopérant le grief tiré de ce que l'interdiction pérenne du recours à tout procédé de fracturation hydraulique de la roche pour l'exploration et l'exploitation des mines d'hydrocarbures liquides ou gazeux méconnaît le principe de précaution* »⁸²⁷. Ainsi, un double contrôle a été opéré par le haut-conseil, d'une part un contrôle mesurant si le législateur n'a pas méconnu le principe de précaution et d'autre part un contrôle visant à vérifier que les dispositions légales sont propres à garantir le respect de ce principe par les autorités administratives. Ensuite, le Conseil constitutionnel a rendu deux décisions en 2008⁸²⁸ et en 2014⁸²⁹ dans lesquelles il contrôle une nouvelle fois la constitutionnalité des textes législatifs visés par rapport au principe de précaution.

La rétention de sûreté ante delictum au nom du principe de précaution. Le Professeur Mireille Delmas-Marty a considéré que la loi du 25 février 2008 relatif à la rétention de sûreté était une véritable extension du principe de précaution bien au-delà des problématiques que ce principe recouvre – problématiques sanitaires, environnementales, médicales etc – et constitue le symbole d'une justice pénale opérant un tournant prédictif. Une justice pénale dont la sanction punitive de l'infraction est par principe fondée sur des faits passés mais à laquelle s'ajoute une sanction préventive et prédictive visant à prévenir la dangerosité. Or, la rétention de sûreté et, a fortiori la rétention de sûreté ante delictum est l'instrument juridique révélant le plus symboliquement la transposition du principe de précaution en droit pénal. Cela dans un but bien précis, celui de prévenir la réalisation d'un acte dommageable grave.

⁸²⁶ R. Hanicotte, Le principe de précaution à l'aune du contrôle de constitutionnalité : les sages et le risque, *Politeia*, revue de l'Association française des auditeurs de l'académie internationale de droit constitutionnel - A.F.A.A.I.D.C, décembre 2009, n° 16, p. 36.

⁸²⁷ Décision n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013, Société Schuepbach Energy LLC.

⁸²⁸ Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés.

⁸²⁹ Décision n° 2014-694 DC du 28 mai 2014, Loi relative à l'interdiction de la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifiés.

Effectivement, le principe de précaution semble en l'espèce transposé en droit pénal sous la forme d'un objectif politique visant à préserver l'ordre public et à empêcher la commission d'un acte dommageable sans avoir la certitude de ce passage à l'acte et sans avoir une certitude quant au fait que le danger ne devienne une menace effective. Aussi, la notion de risque permet de conforter un instrument de droit pénal comme la rétention de sûreté ante delictum au nom du principe de précaution. Le risque, en appréhendant une situation potentiellement dangereuse de manière objective⁸³⁰, c'est-à-dire en prenant en compte les facteurs susceptibles de rendre possible la commission de l'acte dangereux par un individu, conforte la logique prédictive inhérente au principe de précaution.

2§- La rétention de sûreté ante delictum dans le cadre de l'Etat de droit

a) Les outils juridiques de la rétention de sûreté ante delictum

1. La nécessité d'un cadre légal clair pour le renseignement visant à l'identification des individus dangereux

La nécessité d'un cadre légal clair pour le renseignement. Le terrorisme pousse, de facto, à l'apogée les exigences de renseignement, puisqu'il implique un impératif total d'anticipation, une bonne politique luttant contre le terrorisme étant celle qui empêche l'acte criminel d'être commis. Ce qui implique une identification et une neutralisation de l'individu dangereux en amont. Alors que le renseignement dit « classique »⁸³¹ pratiquait des surveillances de très longs termes, le renseignement moderne implique une cohabitation entre l'action répressive de la police et de la justice pénale avec la neutralisation préventive des services de renseignement. Or, Le renseignement visant la sécurité intérieur - contrairement au renseignement visant les rapports diplomatiques ou militaires – implique un cadre juridique clair. Cela, pour se conformer au respect des libertés fondamentales constitutionnelles et conventionnelles ainsi que la proportionnalité entre la gravité des menaces et l'atteinte

⁸³⁰ R. Cassel, de la dangerosité au risque, in actes de la recherche en sciences sociales, p.122.

⁸³¹ B. Warusfel, La redéfinition d'un droit du renseignement in l'hypophyse de la guerre contre le terrorisme, Dalloz, 2017, p.151.

portée aux libertés conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁸³² et de la Cour européenne des droits de l'homme⁸³³.

L'approche critique de la prédiction des risques par le fichage. Ces dernières années, nous avons constaté une multiplication des données dédiées spécifiquement au domaine de la lutte contre le terrorisme. Au-delà de cette collecte de données visant à nourrir un certain nombre de fichiers, une nouvelle méthodologie a vu le jour à travers l'émergence d'algorithmes à visée prédictive. Cette méthodologie a pour but d'identifier des cas suspects afin de détecter de potentielles menaces. C'est précisément l'une des mesures mis en place par le projet de loi relatif au renseignement du 5 mars 2015 instaurant la détection de « *signaux faibles* » qui « *s'entendent comme des tendances, des modus operandi, ou encore des traces qui risquent d'être illisibles ou non détectables isolément, mais qui, rapportées à un ensemble de personnes, mettent en évidence des occurrences révélatrices de certains comportements* »⁸³⁴. Or, de nombreuses voix se sont levées pour dénoncer le risque d'une méthode discriminatoire, au premier rang desquelles le Commissaire aux droits de l'homme du conseil de l'Europe⁸³⁵. D'autant que cette méthodologie semble pour le moins contraire à l'article 95 de la loi informatique et liberté selon lequel « *aucune autre décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ou l'affectant de manière significative ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à prévoir ou à évaluer certains aspects personnels relatifs à la personne concernée* »⁸³⁶. Au-delà du caractère arbitraire d'une telle méthodologie, les droits de la défense des citoyens ciblés seront difficilement exercés d'une part par les atteintes au principe du contradictoire et d'autre part le fait que les individus ciblés sont placés sous le sceau du secret national. Si bien que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'union européenne soulève des interrogations quant à la conventionnalité de la réglementation française. En effet, au sujet de l'exigence de prévisibilité concernant les fichiers de renseignements impliquant une surveillance secrète, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que « *le danger d'arbitraire apparaît avec*

⁸³² Décision n°2015-713 du 23 juillet 2015.

⁸³³ CEDH, 6 septembre 1978, Klass c. Allemagne.

⁸³⁴ CNIL, Délibération n° 2015-078 du 5 mars 2015, p. 9.

⁸³⁵ V. Commissioner for human rights, Positions on counter-terrorism and human rights protection, CommDH / PositionPaper, 5 juin 2015.

⁸³⁶ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

une netteté singulière là où [...] un pouvoir de l'exécutif s'exerce en secret. Puisque l'application de mesures de surveillance secrète échappe au contrôle des intéressés comme du public »⁸³⁷.

La fiche FSPRT privilégiée, symbole de la réorientation du renseignement vers la détection de la radicalisation. Ces dernières années, le renseignement pénitentiaire est monté en puissance dans la surveillance de la radicalisation islamiste. En janvier 2015, un directeur d'établissement pénitentiaire fut détaché au sein de l'unité de coordination de la lutte antiterroriste. C'est ainsi que la loi du 2 juin 2016 autorisa le bureau central du renseignement pénitentiaire à utiliser les techniques de renseignement telles que la collecte de données de connexion, la géolocalisation ou encore les interceptions. Créé en 2015, le fichier des signalements pour la prévention de la radicalisation à caractère terroriste a vocation à centraliser les signalements des personnes radicalisées ou présentées comme tel lors de la transmission des signalements. Ces signalements peuvent être ventilés entre les individus engagés dans un processus de radicalisation, ceux susceptibles de prendre part au jihad ou encore ceux qui ont des activités terroristes. Chaque individu inscrit à ce fichier est classé en six catégories en fonction du degré de radicalisation et du niveau de suivi qui lui est affecté. Selon leur niveau de radicalisation, la Direction général de la sécurité intérieure peut réaliser un droit d'évocation permettant de signaler toute personne radicalisée présentant un caractère de dangerosité. En outre, les individus considérés comme dans le « haut du spectre », c'est-à-dire, ceux présentant un lien supposé avec un projet ou un réseau terroriste mais également les individus ayant des velléités pour rejoindre le djihad ou encore les personnes radicalisées signalées comme présentant un caractère actuel de dangerosité. Ainsi, dans le cadre d'une rétention ante delictum, il nous semblerait opportun de restreindre son champ d'application aux individus répertoriés dans le haut du spectre du fichier de signalement et de suivi des personnes radicalisées.

⁸³⁷ CEDH, 6 juin 2006, req. n° 62332/00, Segerstedt-Wiberg c/ Suède, §76 ; CEDH, 4 mai 2000, req. n° 28341/95, Rotaru c/ Roumanie.

2. Les moyens et justifications théoriques à une justice prédictive

La responsabilité pénale à l'épreuve du déterminisme, les premières théories criminologiques. Les premiers théoriciens de la matière criminologique ont, au début du XIX^{ème} siècle, développé la thèse selon laquelle la responsabilité pénale du délinquant se substitue à une responsabilité sociale. Cela, en avançant de nombreux arguments visant à démontrer que la criminalité est le fruit mortifère de facteurs sociaux inhérents à l'homme et même parfois à son essence. Aussi, Enrico Ferri⁸³⁸ a défendu l'idée selon laquelle le phénomène criminologique n'est pas impacté par le libre arbitre de l'individu commettant l'acte incriminable. Au contraire, le criminel n'est pas doté d'un libre arbitre lui permettant de décider, en conscience et en responsabilité, de commettre ou de ne pas commettre l'infraction. La criminalité étant la seule conséquence du milieu dans lequel évolue l'individu. Ce faisant, la responsabilité pénale au sens classique du terme n'aurait plus ni de raisons ni de fondements pour subsister. Dans le même esprit, Cesare Lombroso⁸³⁹ affirme que le délinquant ne peut pas faire appel à son libre arbitre car il n'en serait pas doté. Aussi, selon l'auteur, le criminel serait en réalité seulement la résultante de critères biologiques et psychopathologiques qui le caractérisent en tant qu'être humain. En somme, la criminalité serait le fruit d'une maladie dont souffrirait l'homme et qui se transmettrait de génération en génération. Cela, manifestement sans prendre conscience de l'aspect purement fallacieux d'une telle approche faussement naturaliste et purement racialisée de la criminalité, faisant ainsi le lit aux théories les plus contestables telle que la phénologie, c'est-à-dire l'étude de l'encéphale visant à détecter les traits de caractères propres à un criminel portée par Franz Joseph Gall⁸⁴⁰. Sous un autre prisme, si l'école dite du milieu sociale, sous la houlette d'Alexandre Lacassagne⁸⁴¹ souscrit à l'idée de Cesare Lombroso selon laquelle la criminalité découle implique une responsabilité sociale liée à l'absence de libre arbitre du délinquant jusqu'à en réclamer la paternité, il n'en demeure pas moins que l'auteur a rompu avec le déterminisme héréditaire de Cesare Lombroso. Cela en substituant

⁸³⁸ V. E. Ferri, *La sociologie criminelle*, trad. Fr., 3^{ème} ed italienne parue en 1881.

⁸³⁹ V. C. Lombroso, *l'Homme criminel*, Etude anthropologique et psychiatrique, Félix Alcan, 1887.

⁸⁴⁰ M. Renneville, *Le langage des crânes. Une histoire de la phrénologie*, Institut d'édition Sanofi-Ssynthelabo, *Les empêcheurs de penser en rond*, 2000.

⁸⁴¹ A. Lacassagne, *Des transformations du droit pénal et les progrès de la médecine légale de 1810 ç 1912*, *Archives d'anthropologie criminelle de Bruxelles*, 1892, p.240.

progressivement l'idée d'une pathologie héréditaire des criminels par l'idée d'un impact considérable des facteurs sociaux et de l'environnement social dans lequel le délinquant évolue. Il en résulte, de facto, que la peine classique n'a plus de sens et ne peut plus faire face à cette criminalité. La peine reposant sur la théorie classique selon laquelle la criminalité repose sur une faute, elle ne peut répondre à une théorie criminologique faisant fi de la liberté de l'individu ayant commis l'acte incriminable. Celle-ci reposant sur le concept de dangerosité, la peine a donc vocation à être individualisée en prenant compte de l'intensité de la menace. Cela, dans le but de prévenir du crime et de la récidive. En somme, le libre arbitre, en tant que fondement de la vision classique du droit pénal français, n'est pas admise par les théoriciens positivistes laissant le champ à un nouveau fondement de la responsabilité pénale, celui de la responsabilité sociale. Au contraire, les théoriciens du droit pénal classique tel que Cesare Beccaria⁸⁴² défendent que la responsabilité pénale repose sur le fondement du libre arbitre. Dès lors, une faute constituée en conscience et en liberté engage la responsabilité pénale du délinquant. Cependant, la doctrine s'est divisée sur la question de la cause de cette responsabilité pénale fondée sur le libre arbitre.

D'une responsabilité pénale à une responsabilité sociale, les théories criminologiques du XXème siècle. L'école de la psychologie sociale et l'école sociologique menées respectivement par Gabriel Tarde⁸⁴³ et Émile Durkheim⁸⁴⁴ s'intéressent aux causes de la criminalité sous un prisme anthropologique. Alors, que les positivistes considèrent que les criminels ne sont pas dotés d'un libre arbitre pour des facteurs inhérents à l'homme lui-même, ces deux auteurs considèrent que les délinquants sont guidés par des facteurs sociaux inhérents au milieu dans lequel évolue le criminel. Selon le premier, la société elle-même aurait une lourde part de responsabilité dans l'essor de la criminalité. A travers sa théorie de la psychologie sociale, il met en abîme l'impact fondamental de la psychologie sur les comportements des individus dans une société. Cela, jusqu'à remettre en cause le caractère fallacieux et erroné des théories positivistes fondées sur un déterminisme biologique. Car, au fond, selon l'auteur, aucun individu ne peut naître délinquant car, d'une part, les causes de la criminalité sont avant tout sociales, économiques et psychologiques et, d'autre part, la définition même de « crime » évolue et est différente selon les sociétés et les

⁸⁴² C. Beccaria, Des délits et des peines, Flammarion.

⁸⁴³ G. Tarde, Les lois de l'intimidation, 1890, 2^{ème} ed, 1895.

⁸⁴⁴ E. Durkheim, Crime et santé sociale : Revue philosophique, 1895.

pays. Cela, contrairement à la théorie sociologique d'Emile Durkheim⁸⁴⁵ selon laquelle la criminalité est directement liée à des faits sociaux qui s'imposent, de facto, aux hommes à travers une vision structurelle et essentialiste de la société. Par conséquent, la criminalité est un fait social naturel au sein d'une société humaine et a même une utilité sociale en ce que le crime a une vertu d'autorégulation et d'autolimitation de la criminalité en ce qu'il permet de pointer, au sein de la société, des actions incriminables et néfastes à ne pas commettre. Au fond, la criminalité est le fait d'une perturbation de l'ordre collectif causée par un effritement constant des valeurs éthiques et morales de la société. Finalement, le crime fonde la conscience collective d'une société entière.

La théorie des sous-cultures, la préfiguration d'une nouvelle dangerosité.

En premier lieu, Thorsten Sellin⁸⁴⁶ a développé la théorie brute des conflits entre les cultures. Cette théorie met en exergue l'idée selon laquelle il existe, au sein de la société, de multiples groupes sociaux. Ces groupes sociaux constituent autant de sources de droit en créant des règles et des normes morales qui doivent régir leur propre société. Or, de facto, les multiples groupes sociaux édictent de multiples règles hétérogènes conduisant inéluctablement à un affrontement. Aussi, Albert Cohen⁸⁴⁷ a été le précurseur des théories des cultures délinquantes en mettant en perspective, à travers une approche marxiste des classes sociales, le fait que les classes populaires ont vocation à développer une culture sociale aux antipodes des classes supérieures amenant inéluctablement à un affrontement. En second lieu, Edwin Hardin Sutherland⁸⁴⁸ a développé la théorie des associations différentielles en évoquant l'apprentissage de la criminalité. Selon l'auteur, la criminalité serait le fruit d'une relation inter partes. L'apprenti criminel se formerait ainsi progressivement par rapport au groupe qu'il fréquente. Groupe dans lequel il apprend les motifs et les fondements de la criminalité mais également la manière de faire et l'opération matérielle à réaliser. Il en résulte que l'individu aura vocation à tomber dans la criminalité si ses mauvaises fréquentations le détournent d'un environnement neutre ou aggrave son environnement propice à la délinquance. Cela, à l'image du processus de radicalisation d'individus venant de milieux aisés (ingénieur, médecins etc) ainsi que

⁸⁴⁵ E. Durkheim, Les règles de la méthode sociologique, PUF, 16^{ème} ed, 1894.

⁸⁴⁶ T. Sellin, Culture conflict and crime, 1938.

⁸⁴⁷ A.-K. Cohen, Delinquent boys (the culture of the gang), 1955.

⁸⁴⁸ E. H. Sutherland, Principles of criminology, 3^{ème} ed, 1939.

des individus commençant par plonger dans de la délinquance de droit commun. Pour compléter cette théorie, Ronald Akers⁸⁴⁹ l'a conjugué à sa théorie de l'apprentissage social. Théorie selon laquelle lorsque l'individu entre en contact avec des groupes qui impactent sa vie au quotidien, il apprend auprès d'eux ce qui peut constituer le mal, c'est-à-dire l'apprentissage du crime. Dans ce cadre, pour l'individu, la sanction ou la récompense jouent le rôle de boussole des comportements à adopter.

L'adaptation du droit pénal face à la lutte contre le terrorisme. Au fond, le droit pénal et plus généralement l'arsenal pénal en vigueur serait-il assez armé face aux nouvelles formes de terrorisme ? En tout état de cause, le législateur a entendu utiliser l'arme du droit pénal dans le cadre de la guerre⁸⁵⁰ contre le terrorisme. Et ce, quitte à adopter une certaine mutation voir à défier les frontières originaires du droit pénal pour s'adapter à une nouvelle menace et à une nouvelle dangerosité. Effectivement, une des conséquences de l'adaptation du droit pénal à la lutte contre le terrorisme a été la lente confusion entre la police judiciaire et administrative épousant la lente substitution d'un régime de responsabilité à un régime de prévention. Également, cette porosité des frontières du droit pénal a aussi permise la construction d'un droit dérogatoire dans le cadre d'une enquête de police à travers la mise à disposition de la police des moyens destinés a priori à un juge. L'adaptation la plus révolutionnaire - pourrait-on dire – concerne la mutation des principes propres à la responsabilité pénale. Par exemple, le principe de responsabilité du fait personnel s'est manifestement heurté à l'adaptation du droit pénal à la lutte contre le terrorisme. Plus précisément, l'article 421-2-5-2 du Code pénal sanctionnant la consultation d'un site faisant l'apologie du terrorisme démontre que la condamnation pour un fait de terrorisme peut être prononcé alors que le simple fait d'observer un tel site distend considérablement le lien direct entre un fait et un acte terroriste. Il en résulte que la volonté d'anticipation - qui nous semble légitime - de l'acte terroriste pousse les pouvoirs publics à vouloir l'incriminer le plus tôt possible.

⁸⁴⁹ R. L. Burges et R. L. Akers, A differential association-renforcement theory of criminal behavior : Social problems 1966, vol 14, n°2, p.128.

⁸⁵⁰ V. Malabat, Les mutations du droit pénal à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme, in l'hypothèse de la guerre contre le terrorisme, Dalloz, 2017, p174.

Le droit pénal face à la criminalité religieuse. Ces dernières décennies, la question de l'efficacité du droit pénal face à la criminalité religieuse se pose avec acuité à mesure de l'accroissement des actes de terrorisme islamique. La culture religieuse peut effectivement constituer un terreau à la criminalité, au terrorisme, et plus particulièrement au terrorisme islamiste. Effectivement, comme l'affirme le Professeur Patrick Morvan⁸⁵¹, une sous-culture fonde la criminalité et le terrorisme, celui du jihad. Également, comme l'explique remarquablement Gilles Kepel⁸⁵², le concept de jihad est, pour les individus concernés, la source de la légitimité de l'usage de la violence. Face à ce type de criminalité, force est de constater que la peine classique n'est pas l'instrument de droit pénal le plus adapté et le plus efficace face à des délinquants ayant pour finalité de mourir pour une cause religieuse. Dès lors, le droit pénal classique, c'est-à-dire fondé sur une responsabilité pénale a posteriori ne semble pas permettre de lutter efficacement contre la criminalité religieuse et le terrorisme islamique. Au fond, les terroristes islamistes sont guidés jusqu'à leur dernier salut d'une sous-culture du crime et de la terreur.

L'évaluation du degré de radicalisation en milieu ouvert. Une évaluation pluridisciplinaire s'est progressivement développée pour mesurer l'intensité et le degré de dangerosité d'un individu radicalisé en milieu ouvert c'est-à-dire ne faisant pas l'objet d'une peine carcérale. La méthodologie relative à l'évaluation de la radicalisation est essentielle en ce qu'elle permettrait de faire entrer un individu radicalisé dans le champ de la rétention de sûreté ante delictum. Sur le modèle de l'évaluation des individus dangereux condamnés notamment pour des faits de crimes sexuels, une évaluation pluridisciplinaire serait réalisée. La loi du 12 décembre 2005⁸⁵³ instaure la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté composée d'un Président de chambre de cour d'appel, d'un psychiatre, d'un psychologue, d'un avocat, d'un représentant de l'administration pénitentiaire, d'un représentant du préfet et d'un représentant d'une association d'aide aux victimes pour émettre un avis sur la dangerosité des détenus en fin de peine. En ce qui concerne l'évaluation de la radicalisation telle qu'elle existe aujourd'hui, celle-ci s'est élargie à des personnes suivies pour des faits de droit commun en plus des personnes suivies pour des faits

⁸⁵¹ V. P. Morvan, *Criminologie*, 3ème ed, Lexis Nexis, 2020, p. 119.

⁸⁵² G. Kepel, *Les stratégies islamistes de légitimation de la violence, raisons politiques*, vol n°9, 2003, p. 81.

⁸⁵³ Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales.

de terrorisme. Une fois repérées, ces personnes seront d'abord accompagnées et évaluées par des conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation ayant le statut de « référent prévention de la radicalisation violente ». L'évaluation pluridisciplinaire doit être réalisée sur le modèle de celle qui est exercée pour les contraintes pénales et être renouvelée aussi fréquemment que nécessaire. Ensuite, le degré de dangerosité de l'individu radicalisé est réalisé à partir d'un outil acquis par la France, le VERA-2R⁸⁵⁴ conçu comme un guide pour la personne chargée d'évaluer le risque de passage à l'acte d'une personne radicalisée. Pour chacun des items répartis en plusieurs domaines, l'examineur doit déterminer s'il est « absent », « présent partiellement » ou « présent de manière importante » puis faire le total arithmétique des items pour en déduire ainsi un risque de passage à l'acte⁸⁵⁵.

La critique de l'évaluation de la dangerosité par le degré de radicalisation.

La notion même de radicalisation, comme nous l'avons constaté ci-avant, suscite de nombreuses interrogations et mises en cause quant à la juridicité d'une telle notion, la pertinence opérationnelle de son évaluation ainsi que son atteinte aux droits et libertés. D'une part, l'intégration de la notion de radicalisation dans le domaine du droit est le symptôme d'un certain glissement⁸⁵⁶ de l'ouverture du droit pénal aux sciences sociales telles que la criminologie, la psychiatrie ou encore la sociologie nourrissant un certain mouvement de réduction de la juridicité du droit au profit de notions pouvant substituer l'aspect juridique d'une décision à son aspect purement opportun. Au fond, la notion de radicalisation est une notion a-juridique sur laquelle repose des mesures attentatoires aux libertés, a fortiori dans le cadre de l'application d'une rétention de sûreté ante delictum. D'autres part, la pertinence de l'évaluation du niveau de radicalisation est également mise en doute. Effectivement, le Professeur Martine Herzog-Evans⁸⁵⁷ affirme que les outils d'évaluation de la dangerosité ne permettent pas d'évaluer le risque de réitération ou d'escalade de la dangerosité. Également, Andrew Silke⁸⁵⁸ affirme qu'aucun outil n'a encore été correctement validé pour l'évaluation de la dangerosité des condamnés pour des faits de terrorisme. En outre,

⁸⁵⁴ Pour une fine analyse de cet outil V. M. H-Evans, l'évaluation des extrémistes violents, AJ pénal 2018, p.126.

⁸⁵⁵ Ibid.

⁸⁵⁶ G. Chantraine et D. Scheer, « Risques » et « radicalisation ». Critiques savante et professionnelles d'un outil d'évaluation criminologique, in sociologies pratiques, vol 40, 2020, p. 73.

⁸⁵⁷ M. H-Evans, l'évaluation des extrémistes violents, AJ pénal 2018, p.126.

⁸⁵⁸ V. Andrew Silke, Routledge Handbook of Terrorism and Counterterrorism, Routledge, London-New York, 2019, 668 p.

la Commission nationale consultative des droits de l'homme amis en cause dans un avis⁸⁵⁹ le risque d'arbitraire et d'atteintes aux droits et libertés dans la détection des personnes radicalisées. Plus précisément, la Commission nationale consultative des droits de l'homme⁸⁶⁰ pointe une mise en œuvre stigmatisante des indices de suspicions des personnes visées pouvant porter atteinte à la liberté d'opinion et à la liberté de conscience. Également, la Commission nationale consultative des droits de l'homme met en doute la méthode du faisceau d'indices qui, selon elle, présente un risque d'arbitraire lié à l'important pouvoir d'appréciation des agents en charge de la détection de la radicalisation.

b) La nécessaire modification profonde du droit en vigueur

1. Une révision de la Constitution comme reflet à une nouvelle justice prédictive

L'assise théorique à une justice prédictive. « *Il vaut mieux prévenir les crimes que d'avoir à les punir* »⁸⁶¹ selon Cesare Beccaria. Selon l'auteur, l'origine des peines correspond au fondement de ce que dénommaient les philosophes de l'Etat comme le « contrat social ». Effectivement, les lois sont les conditions de l'indépendance et de l'union des êtres entre eux. Pour sortir les hommes d'un climat de guerre, il est nécessaire de sacrifier une partie de leur liberté en les soumettant à un corpus de règles juridiques. Cela, pour préserver la liberté rendue inaliénable par la sûreté et l'état de paix constant. Ainsi une partie de leur liberté est confiée au pouvoir souverain, garant et dépositaire de l'autorité légitime. Ce faisant, le souverain a le pouvoir de punir les citoyens qui ne se conformeraient pas à cette concorde en bravant les lois. Cette organisation de la société humaine implique d'une part que les lois doivent déterminer les peines encourus en cas de non-respect de celles-ci et d'autre part que ce pouvoir ne peut résider qu'en la personne du législateur lui-même. En outre, seul le souverain en tant que dépositaire de la volonté générale peut décider de la loi. Le juge, lui, doit se cantonner à une stricte application des règles de droit à travers un syllogisme juridique classique. Celui-ci n'a, en effet, pas vocation à créer le droit mais à l'appliquer de manière stricto sensu.

⁸⁵⁹ CNCDH, 18 mai 2017, avis sur la prévention de la radicalisation.

⁸⁶⁰ Ibid.

⁸⁶¹ C. Beccaria, Des délits et des peines, Flammarion, p. 169.

L'hypothèse de la consécration de la rétention de sûreté ante delictum. Afin qu'une rétention de sûreté ante delictum soit consacrée dans l'ordre juridique interne français, une réforme constitutionnelle d'ampleur est nécessaire. Effectivement, comme nous l'avons évoqué ci-avant et comme l'a affirmé le Conseil d'État dans un avis du 23 décembre 2015 « *au plan constitutionnel et au plan conventionnel, il n'est pas possible d'autoriser par la loi, en dehors de toute procédure pénale, la rétention, dans des centres prévus à cet effet, des personnes radicalisées, présentant des indices de dangerosité et connues comme telles par les services de police, sans pour autant avoir déjà fait l'objet d'une condamnation pour des faits de terrorisme* »⁸⁶². Ainsi, seule une réforme de la Constitution permettrait de contourner l'obstacle constitutionnel. En se fondant sur les observations avancées ci-dessous, certaines propositions théoriques de révision de la Constitution peuvent être réalisées. Ainsi, il semblerait possible de modifier la Constitution en insérant après l'article 66-1 de la Constitution, un article 66-2 ainsi rédigé « *la loi fixe les conditions dans lesquelles les personnes faisant l'objet de recherches pour prévenir des menaces graves pour la sécurité publique ou la sûreté de l'État peuvent faire l'objet d'une mesure d'internement administratif, dès lors que des informations ou des indices réels ont été recueillis à leur égard.* ». Ces dispositions permettraient, en effet, de contourner l'obstacle de l'article 66 de la Constitution qui dispose que « *nul ne peut être arbitrairement détenu* ». Cela, afin de donner le pouvoir aux autorités de l'État de procéder à l'internement administratif d'un individu à l'égard duquel il existe des raisons sérieuses de penser qu'il constitue, par son comportement et par des indices recueillis non équivoques, une menace pour la sécurité nationale. Cette mesure de police administrative aurait vocation à être prise par le Ministre de l'intérieur lui-même. Pour ce faire, là encore, une modification du droit en vigueur est nécessaire. Ainsi, il serait opportun d'insérer un article L 226-1 au sein du code de la sécurité intérieure rédigé comme tel « *aux seules fins de prévenir des actes de terrorisme, le Ministre de l'intérieur peut prononcer le placement dans un centre de rétention antiterroriste tout individu à l'égard duquel il existe des raisons sérieuses de penser qu'il constitue, par son comportement et par les indices non équivoques recueillis, une grave menace pour la sécurité nationale.* ». En revanche, si une révision de la Constitution permettait de contourner notamment

⁸⁶² Conseil d'État, avis sur les mesures de prévention du risque de terrorisme, 23 septembre 2015.

l'article 66 de la Constitution, il n'en demeure pas moins que la rétention de sûreté ante delictum se heurterait aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et du citoyen et particulièrement à l'article 5 de ladite convention.

2. La nécessaire préservation des garanties procédurales

La théorie de la légal justice⁸⁶³. Cette théorie a pour but de faire respecter les lois. En effet, les citoyens ont besoin d'être assurés que les règles de droit en vigueur sont justes pour pouvoir les respecter strictement. C'est le sens de la théorie de la legal justice développée par John Rawls⁸⁶⁴. Théorie développée à l'échelle du droit pénal par Tom Tyler⁸⁶⁵, selon laquelle, au-delà des règles de droit, les sanctions et la procédure pénale amenant à celle-ci doivent être considérées comme justes. Cela, sous peine que les citoyens ne respectent tout simplement pas les lois en vigueur. Pour ce faire, le respect de la procédure pénale et des garanties qu'elle confère est essentielle. Parmi elles, la présomption d'innocence est un principe fondamental qui doit être garanti à travers l'assurance d'un droit au recours effectif, le respect du principe du contradictoire ainsi que la recherche de preuves avant de prononcer une éventuelle sanction. Si ces principes n'étaient pas respectés, alors, les citoyens considéreraient les règles de droit en vigueur comme illégitimes et arbitraires. Et par conséquent, seraient amenés à y désobéir. Au contraire, si les droits de la défense sont respectés, les citoyens considéreraient alors que les règles de droit édictées sont justes et doivent, à ce titre, être respectées.

Le déclenchement d'une procédure pénale. Si la rétention de sûreté ante delictum devrait, par définition, être prononcée de manière préventive et par conséquent dans un cadre administratif par l'autorité administrative, il n'en demeure pas moins que l'intervention d'un juge judiciaire serait essentiel afin de respecter les droits et liberté de l'individu visé par ladite mesure. D'une part, afin que la rétention de sûreté ante delictum se conforme constitutionnellement à l'alinéa 2 de l'article 66 de la Constitution qui énonce que « *le juge judiciaire est le gardien de la liberté individuelle* »

⁸⁶³ V. P. Moruan, *Criminologie*, 3ème ed, Lexis Nexis, 2020, p. 131 - 133.

⁸⁶⁴ J. Rawls, *Théorie de la Justice*, trad. Fr., Paris 1987

⁸⁶⁵ T. R. Tyler, *Trust and legitimacy : Policing in the USA and Europe* : *European journal of Criminology* 2011, vol 8, p. 254.

mais également à la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel⁸⁶⁶ en la matière. D'autre part, afin que la rétention de sûreté ante delictum respecte les droits procéduraux du champ pénal, à savoir les exigences et garanties afférentes au droit à un procès équitable. Cela, conformément à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui dispose que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établie 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* »⁸⁶⁷. Il en résulte que la rétention de sûreté ante delictum doit se conformer aux exigences liées au procès équitable parmi lesquelles celle de la présomption d'innocence.

L'application du principe de présomption d'innocence à la rétention de sûreté ante delictum. Le respect du principe de la présomption d'innocence est essentiel en ce qu'il est consacré constitutionnellement dans le bloc de constitutionnalité, à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui dispose que « *tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.* »⁸⁶⁸. Aussi, le principe de présomption d'innocence est consacré en droit interne au paragraphe 3 de l'article préliminaire du code de procédure pénale⁸⁶⁹ qui dispose que « *toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi.* »⁸⁷⁰. En ce qui concerne l'application du principe de présomption d'innocence à rétention de sûreté, le Conseil constitutionnel a considéré que « *la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté ne sont pas des mesures répressives ; que, dès lors, le grief tiré de la violation de la*

⁸⁶⁶ Le Conseil constitutionnel a affirmé à plusieurs reprises l'exigence de l'intervention du juge judiciaire dans le cadre d'une privation de liberté : Conseil constitutionnel n°79-109 DC du 9 janvier 1980 sur la loi relative à la prévention de l'immigration ; Conseil constitutionnel n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012 M. Mickaël D ; Conseil constitutionnel n°2011-126/140 QPC 9 juin 2011.

⁸⁶⁷ Article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁸⁶⁸ Article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

⁸⁶⁹ L'article 304 du même code impose aux jurés de jurer de « *se rappeler que l'accusé est présumé innocent et que le doute doit lui profiter* ».

⁸⁷⁰ Article introduit par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

présomption d'innocence est inopérant »⁸⁷¹. Il n'en demeure pas moins qu'au vu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁸⁷² qui autonomise le concept de « matière pénale » et de « peine », le principe de présomption d'innocence devrait s'appliquer de facto à une rétention de sûreté prononcée ante delictum. Cette politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme vise à faire bénéficier les justiciables des garanties procédurales relatives au procès équitable. Cela, d'autant que le principe de présomption d'innocence est conventionnellement consacré à l'article 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme qui énonce que « *toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* ». Enfin, la théorie de la procédural justice de Tom Tyler⁸⁷³ développait l'idée selon laquelle l'acceptabilité du contrôle social implique un strict respect du concept de présomption d'innocence. Aussi, dans le but d'une bonne compréhension de la règle de droit et, par conséquent, de son respect par les individus, ces-derniers doivent considérer que l'accusé a bénéficié d'une procédure pénale équitable et contradictoire. Dès lors, le sentiment de justice des sujets de droit implique une recherche méticuleuse des preuves, dans le respect de la procédure pénale.

La présomption d'innocence confrontée à une « présomption de dangerosité »⁸⁷⁴. Le respect du principe fondamental en droit pénal de présomption d'innocence a largement été critiqué et remis en cause par une partie de la doctrine interne. En somme, la principale critique tient en ce que la rétention de sûreté – et a fortiori la rétention de sûreté ante delictum – étant fondée sur la prédiction d'une particulière dangerosité et d'un potentiel passage à l'acte, il ne semble pas aisé pour l'individu concerné de prouver son innocence. C'est ainsi que Robert Badinter affirma qu'il est légitime de se demander ce « *que devient la présomption d'innocence, quand on est le présumé coupable d'un potentiel crime virtuel* »⁸⁷⁵. Cela, bien que les voies de recours et moyens de défense existent après le prononcé d'une rétention de sûreté

⁸⁷¹ Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, Cons 12.

⁸⁷² CEDH, Ozturk c. Allemagne, 21 février 1984.

⁸⁷³ T. R. Tyler, *Why people obey the law*, Princeton University Press, 2006.

⁸⁷⁴ V. A. Cerf, la rétention de sûreté confrontée aux exigences du procès équitable et aux droits de la personne retenue, in « Le renouveau de la sanction pénale », actes du colloque organisé par le Centre de recherche de droit privé et le Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit, Faculté de droit de Caen, avril 2009, éd. Bruylant, 2010, p.133.

⁸⁷⁵ R. Badinter, extrait du journal *Le Monde*, 24 février 2008.

telle, pour ne prendre que cet exemple, que la contre-expertise⁸⁷⁶. La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de s'exprimer sur cette « présomption de dangerosité » à l'aune du respect du principe de présomption d'innocence. Effectivement, la Cour a certes admis l'existence d'une présomption de culpabilité mais l'a conditionné au fait qu'elle prenne en compte la gravité de la dangerosité et qu'elle respecte raisonnablement les droits de la défense⁸⁷⁷. Dès lors, si la rétention de sûreté ante delictum devra respecter le principe de présomption d'innocence, il n'est pas pour le moins certain que la Cour européenne des droits de l'homme prohiberait ladite mesure sur le fondement de la présomption d'innocence étant donné le fondement singulier de la rétention de sûreté ante delictum : la dangerosité et non la culpabilité. Si bien que la Cour⁸⁷⁸ a déjà affirmé qu'il n'était pas contraire à la présomption d'innocence le fait que l'internement d'une personne soit prononcé sur le fondement d'une expertise prenant en compte des événements factuels n'ayant donné lieu à aucune condamnation de l'intéressé.

⁸⁷⁶ Selon l'article 706-53-15 du Code de procédure pénale.

⁸⁷⁷ CEDH, Salabiaku c. France, 7 octobre 1988, p.167.

⁸⁷⁸ CEDH, Muller c. Allemagne, 7 mars 2014.

Conclusion générale :

La rétention de sûreté, une carence fonctionnelle certaine. Comme nous l'avons constaté au cours de cette étude, la rétention de sûreté cristallise un certain nombre d'incertitudes fonctionnelles, sources d'insécurité juridique nourrissant ainsi des débats vigoureux au sein de la doctrine française. En premier lieu, le constat de cette carence fonctionnelle de la rétention de sûreté peut être faite de manière purement factuelle par la quasi absence d'utilisation de ladite mesure par les juges. Si bien que les seuls cas d'application de la rétention de sûreté ont été prononcés pour méconnaissance des obligations imposées dans le cadre d'une surveillance de sûreté et non pas directement à l'issue d'une peine carcérale. En second lieu, cette étude a permis de tracer certaines voix d'explication à la carence fonctionnelle de cet instrument de droit pénal. Parmi elles, le manque de lisibilité clair quant à la qualification juridique même de la rétention de sûreté, et par conséquent, le manque de clarification quant à son régime juridique, sont principalement visés. En effet, si le Conseil constitutionnel⁸⁷⁹ admet – non aisément – la qualification de rétention de sûreté, les juges de la rue de Montpensier lui réserve de nombreuses règles afférentes au régime juridique de la peine. Ainsi, à l'image des multiples mesures de sûreté qui émergent ces dernières années, la rétention de sûreté occupe une place pour le moins ambiguë au sein de l'arsenal pénal et l'ordre juridique interne. Dès lors, l'émergence d'une certaine autonomie de la rétention de sûreté semble plus que nécessaire, notamment dans le cadre d'une clarification de son régime juridique sui generis.

Une autonomie nécessaire de la rétention de sûreté visant à clarifier son régime juridique sui generis. Si l'autonomie des mesures de sûreté en général devient à mesure des études⁸⁸⁰ un serpent de mer, celle-ci se pose avec d'autant plus d'acuité pour la rétention de sûreté. Aussi, la rétention de sûreté est le symbole des maux juridiques auxquels sont confrontées l'ensemble des mesures de sûreté en ce que la rétention de sûreté est une mesure privative de liberté. Au fond, l'autonomie de la rétention de sûreté est désormais juridiquement nécessaire et fondamentalement légitime. En premier lieu, l'autonomie de la rétention de sûreté est juridiquement

⁸⁷⁹ Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

⁸⁸⁰ V. L. Gregoire, Les mesures de sûreté – Essai sur l'autonomie d'une notion, Thèse Aix-Marseille, 2014.

nécessaire dans le cadre d'une clarification de son régime juridique propre. En effet, comme nous l'avons constaté au cours de cette étude, le régime juridique de ladite mesure épouse d'une part celui d'une mesure de sûreté – le prononcé de la rétention de sûreté est indifférente à la culpabilité de l'individu et est fondée sur sa dangerosité future – et d'autre part celui de la peine – la rétention de sûreté n'étant pas rétroactive et se voit appliquer les règles fondamentales du procès pénal. En second lieu, l'autonomie de la rétention de sûreté est légitime quant à ses fondements singuliers. Effectivement, la rétention de sûreté est fondée sur la dangerosité de l'individu et ne repose pas, par conséquent, sur la culpabilité de ce dernier. Si bien que l'objectif de ladite mesure est de prévenir la commission d'un crime et non pas de le sanctionner. Il en résulte que l'autonomie juridique de la rétention de sûreté est non seulement juridiquement nécessaire mais également légitime au vu de son fondement et de sa finalité.

Un élargissement opportun de la rétention de sûreté. Si la rétention de sûreté a été politiquement motivée par un certain nombre d'affaires médiatiques au cours desquelles des criminels sexuels avaient sévi telle que l'affaire Evrard, aujourd'hui, une nouvelle figure de la récidive et de la dangerosité a fait surface, celle de la récidive et de la dangerosité à caractère terroriste. En la matière, un problème factuel se pose à notre société : la moitié des détenus condamnés pour terrorisme achèveront leur peine cette année soit près d'une centaine d'individus dangereux qui seront laissés dans la nature. Naturellement, l'élargissement du champ de la rétention de sûreté aux individus condamnés pour des faits de terrorisme permettrait, de facto, de neutraliser des individus dangereux fortement susceptibles de récidiver. D'autant que la prison devient de plus en plus un terreau fertile à la radicalisation et, par conséquent, à l'augmentation de la dangerosité du détenu. De nombreux exemples contemporains démontrent le caractère dangereux - se matérialisant par de la récidive – d'individus sortant de prison après avoir été condamnés pour des faits de terrorisme. Ainsi, l'opinion pourrait légitimement s'interroger sur la différence de traitement d'individus en fin de peine qu'ils soient des criminels sexuels ou des criminels pour des faits de terrorisme. En somme, il ressort de cette étude que l'élargissement de la rétention de sûreté semble légitime et opportun. Cet élargissement du champ de la rétention de sûreté soumettrait le législateur à une impérieuse nécessité de modifier le code de

procédure pénale afin d'ajouter, parmi les critères objectifs d'application de la rétention de sûreté, les crimes terroristes.

La création d'une rétention de sûreté ante delictum, un choix de doctrine pénale complexe. Comme nous l'avons constaté au cours de cette étude, on assiste à une mutation de la criminalité et à de nouvelles figures de la dangerosité. Au premier rang desquelles le visage d'un terrorisme solitaire d'individus dont la dangerosité et la menace sont identifiées en amont par les services de renseignement. Or, aujourd'hui, notre arsenal pénal ne permet pas de neutraliser les individus identifiés comme dangereux avant qu'ils ne passent à l'acte. Dès lors, de facto, la question de l'opportunité politique d'une rétention de sûreté prononcée préventivement en amont de l'acte criminel se pose. Elle se pose avec acuité à mesure que se succèdent les actes criminels commis par des individus déjà identifiés et fichés comme dangereux par les services de renseignement. Pour autant, la création d'une rétention de sûreté marquerait une rupture considérable de la doctrine pénale et de la rationalité légale. La consécration d'une telle mesure marquerait une rupture avec la rationalité légale en ce qu'elle a formellement et matériellement une vocation prédictive visant à mieux appréhender l'avenir alors que les fondements de la peine visent au contraire à sanctionner un acte incriminable passé. Alors que la peine vise à sanctionner la culpabilité d'un individu, la rétention de sûreté ante delictum vise à prévenir du passage à l'acte et, par conséquent, à prendre acte de la prédiction du crime sur le fondement du degré de la dangerosité d'un individu. Aussi, la consécration de la rétention de sûreté ante delictum marquerait le passage d'une justice de responsabilité à une justice de sûreté. Enfin, la question de l'opportunité d'une rétention de sûreté ante delictum est le symbole du dilemme auquel sont confrontés les démocraties occidentales dans le cadre de leur lutte contre le terrorisme et du choix cornélien entre l'impératif de préservation de la sécurité publique et l'exigence juridique ou moral de protection des droits et libertés constitutionnellement consacrés et fondamentalement reconnus en droit interne.

La nécessité d'une nouvelle justice criminelle et pénale. L'ensemble du système de droit pénal interne devrait faire sa révolution en changeant clairement de paradigme. La responsabilité pénale propre à une justice réactive devrait progressivement laisser une place conséquente au développement d'un régime de

sûreté propre à une justice préventive. Cela, pour faire face à une menace criminelle nouvelle qui connaît une recrudescence certaine, celle du terrorisme. Dans un premier temps, le législateur devrait consacrer et reconnaître clairement la nature de la rétention de sûreté et en consacrer le régime propre à cette mesure de sûreté impliquant ainsi le fait que la rétention de sûreté devrait, comme toutes les mesures de sûreté, être rétroactive. Ce faisant, le législateur devrait élargir le champ de la rétention de sûreté aux actes de terrorisme pour rendre ladite mesure opérationnelle face à l'intensité de la menace des criminels condamnés pour des faits de terrorisme en fin de peine. Aussi, le législateur devrait désormais conforter le fondement même de la rétention de sûreté à travers une clarification législative de la procédure d'évaluation de la dangerosité. Dans un second temps, le souverain doit être amené à décider de ce nouveau paradigme criminel et pénal. Effectivement, la consécration d'une nouvelle rétention de sûreté ante delictum doit permettre à notre société de faire face à la dangerosité d'individus souvent connus des services de renseignement mais ne pouvant, dans l'état du droit en vigueur, faire l'objet d'une incarcération préventive. Cela implique une révision profonde de notre Constitution et une dénonciation de dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. La consécration d'une rétention de sûreté ante delictum, ici souhaitée, en tant que deuxième paradigme de notre justice – celui d'une justice préventive – s'inscrit dans la recherche constante d'un point d'équilibre entre la sûreté de notre société et les libertés des individus. C'est pourquoi, elle implique également une clarification législative de l'évaluation de la dangerosité d'individus fichés pour radicalisation.

Bibliographie

I- Traité, manuels et ouvrages

C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Flammarion, 2006.

Ch. DE BEAUREPAIRE, M. BENEZECH, Ch. KOTTLER (sous la dir. de), *Les dangers: de la criminologie à la psychopathologie, entre justice et psychiatrie*, éd. John Libbey Eurotext, 2004.

P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Dalloz, 1963, 9^{ème} ed, 1975.

E. BONIS-GARCON et V. PELTIER, *Droit de la peine* 2^e éd, Manuel, LexisNexis, 2015.

R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t. 1, 1920 , rééd. CNRS, 1962.

N. CAYROL, *Droit de l'exécution*, LGDJ – Précis droit privé, 2016.

S. CLEMENT, *L'internement administratif des étrangers en situation irrégulière*, L'Harmattan 2011.

G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 2^{ème} éd., Thémis droit, p. 289.

M. DELMAS-MARTY, *Liberté et sûreté dans un monde dangereux*, éd du Seuil, 2010.

E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2016.

A. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971.

F. DEMORGUE et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, LGDJ, Lextenso, 2^{ème} ed, 2016

E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, PUF, 16^{ème} ed, 1894.

L. FAVOREU et L. PHILIP, *les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 16^{ème} ed, Dalloz, 2011, p. 109.

L. FAVOREU, *Droit constitutionnel*, coll, Dalloz, 23^{ème} ed, 2020.

E. FERRI., *La sociologie, criminelle*, 3^{ème} éd. Traduite par l'auteur, A. Rousseau, Paris, 1893.

R. GARRAUD.,

- *Précis de droit criminel*, Sirey, 1912.

- *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Sirey, 3^{ème} édition, 1935.

F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 32^{ème} ed. LGDJ, 2011.

M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'application des peines*, Dalloz – coll. Dalloz Action, 5^{ème} éd., 2016.

T. HOBBS, *Léviathan*, Flammarion, Paris 2017.

Y. JEANCLOS, *La dimension historique de la peine*, Economica, 2011.

Y. JEANCLOS, *Dictionnaire de droit criminel et pénal*, corpus histoire du droit, 2009.

H. JONAS, *Le principe de responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Flammarion, Paris, 1990.

M. LANDRY, *L'état dangereux : un jugement déguisé en diagnostic*, L'Harmattan, 2002.

J. LEROY, *Procédure pénale*, 4^e éd, Manuel, LGDJ, 2015.

C. LOMBROSO, *L'homme criminel*, traduit sur la 4^{ème} édition italienne, Alcan, Paris, 1887.

A. MANCEL et Y. MARX, *Les codes pénaux européens*, Pub. Du Centre français du droit comparé, t. I, Paris 1956.

B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, 1^{ère} Ed, LGDJ, Paris, 2002, p.425

Y. MAYAUD., *Droit pénal général*, PUF, 4^{ème} éd., 2013 et 5^{ème} éd., 2016.

A. MORICE et N. HERVE, *Justice de sûreté et gestion des risques*, L'Harmattan, 2010.

R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle*, Cujas, 7^{ème} éd., 1997.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), Lavigne, 1845

P. MORVAN, *Criminologie*, 3^{ème} ed, Lexis Nexis, 2020.

P. NAPOLI, *Naissance d'une police moderne*, La découverte, 2003

J. PRADEL,

- *Droit pénal comparé*, Dalloz – Précis, 3^{ème} éd., 2008 et 4^{ème} éd., 2016

- *Droit pénal général*, Cujas, 21^{ème} éd., 2016

V. PELTIER, *Droit de la peine*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 1936

M.-L. RASSAT,

- *Droit pénal*, PUF – coll. Droit Fondamental, 1987.

- *Traité de procédure pénale*, PUF – coll. Droit fondamental, 2001

- *Droit pénal général*, 4^{ème} éd, Ellipses, 2017.

J. RAWLS, *Théorie de la Justice*, trad. Fr., Paris 1987

D. ROUSSEAU, P.Y. GADHOUN, J. BONNET, « Droit du contentieux constitutionnel », 12^{ème} ed, LGDJ, 2020.

II- Thèses et mémoires

M. ANCEL,

- *Le procès pénal et l'examen scientifique des délinquants*, Melun, 1952

- *La défense sociale nouvelle*, Paris, Cujas, 2^{ème} éd., 1966 et 3^{ème} éd., 1982

J. ALIX, *Terrorisme et droit pénal, Etude critique des incriminations terroristes*, Dalloz – coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2010.

G. BARRES, *Pour une définition des mesures de sûreté*, sous la dir. de Yves Mayaud, Mémoire présenté pour l'obtention du Master de droit pénal, Université Paris II Panthéon-Assas, 2011-2012.

M. BRENAUT, *Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français*, thèse, Paris, 2016.

R. BERAUD, *Les mesures de sûreté en droit allemand d'après la loi du 24 novembre 1933*, Thèse, Aix-en-Provence, 1937.

P. CHAMBON, *Les mesures de sûreté*, Thèse, Paris, 1925.

T. CHETRIT, *Sécurité intérieure et criminalité contemporaine en France*, sous la dir. De Olivier Gohin, Université Paris II Panthéon-Assas, 2018.

Y. EL MOUDEN, *La réaction sociale à l'égard du criminel dans la pensée d'Enrico Ferri*, sous la dir. de Edouard Verny, thèse, Paris, 2018.

C. FIDELLE, *La criminalité des malades mentaux*, sous la dir. de Jean-Claude Bossard, mémoire présenté pour l'obtention du Master II droit pénal, Université Panthéon-Assas, Paris II, 2010.

D. FLOREANCING, *Les alternatives en procédure pénale*, sous la dir. de Yves Mayaud, Mémoire présenté pour l'obtention du Master 2 de droit pénal et sciences pénales, Université Paris II Panthéon-Assas, 2013-2014.

L. GREGOIRE., *Les mesures de sûreté – Essai sur l'autonomie d'une notion*, Thèse Aix-Marseille, 2014.

C-A. GREFF, *L'individu dangereux en droit pénal*, thèse Lyon III, 2013.

J. HERRMAN, *Les mesures de sûreté – Etude comparative des droits pénaux français et allemand*, Thèse Strasbourg, 2015.

P. LE MONNIER DE GOUVILLE, *Le juge des libertés et de la détention*, sous la dir. de Didier Rebut, thèse, Paris, 2011.

L. RABINOWICZ., *Mesure de sûreté – étude de politique criminelle*, Paris, LSPS, Marcel Rivière, 1929.

III- Articles

M. ANCEL

- « Examen de conscience de la défense sociale. Le problème du traitement des délinquants », RSC, 1978, p. 945 s.
- « *La fin de la relégation* », in Mélanges en hommage à Jean Constant, Faculté de droit de Liège, 1971, 416p.

J. ALIX, « *Une liaison dangereuse. Dangereusité et droit pénal en France* », in GIUDICELLIDELAGE G. ET LAZERGES C. (dir.), *La dangereusité saisie par le droit pénal*, PUF/IRJS – coll. Les voies du droit, 2011, p. 49 s.

O. BAZAC, *Les ambiguïtés de l'évolution de l'application des peines à l'aune des nouvelles mesures de sûreté*, AJ Pénal 2008, p.397.

G. BERNARD, « *Les doctrines de la dangereusité (XVIIIè – XXè siècles)* », RPDP, 2013.

P. BRUSTON, « *La rétention de sûreté est-elle une modalité d'application des peines ?* », AJ Pénal, 2008, p. 403 s.

E. BURGAUD, « *La variabilité du concept de dangerosité en droit pénal des origines à la fin du XIXème siècle* », in Peine, dangerosité : quelles certitudes ?, Dalloz – coll. Essais de Philosophie pénale et de criminologie, vol. 9, 2010, p. 207.

J. CASTAIGNEDE, « *Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement* », D. 1999, chron., pp.23-30.

P. CASSIA, *La Constitution malmenée*, Esprit, n°5, 2008, p. 188.

R. CASTEL., « *De la dangerosité au risque* », Actes de la recherche en sciences sociales, vol. 47, juin 1983, p. 119 s.

J. CHACORNAC., « *Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger : les limites de la distinction des infractions matérielles et formelles* », RSC 2008, p. 849 s.

G. CHANTRAINE., « *Prison, désaffiliation, stigmates. L'engrenage carcéral de "l'inutile au monde contemporain* », Déviance et société, 2003, n° 4.

J.-P. CERE, *La rétention de sûreté confrontée aux exigences du procès équitable et aux droits de la personnes retenue* », in *Le renouveau de la sanction pénale, Evolution ou révolution ?* sous la dir. de S.Jacopin, Bruylant , 2010.

F. CHALTIEL, « *La réforme de la justice devant le Conseil constitutionnel : la loi, encadrée, dans l'ensemble validée, partiellement censurée* », LPA 2008, n°58, p.3.

P. COMTE, - « *Dangerosité et droit pénal* », in DE BEAUREPAIRE C., BÉNÉZECH M. ET KOTTER C. (dir.), *Les dangerosités. De la criminologie à la psychopathologie, entre justice et psychiatrie*, Ed. John Libbey, 2004, p. 71 s.

J. DANET, *La rétention de sûreté au prisme de la politique criminelle, une première approche*, Gazette du Palais, 4 mars 2008, n°64, p.10.

P. DELVOLVÉ.,

- « *Sécurité et sûreté* », RFDA 2011, p. 1085 s.
- « *L'apport du Doyen Vedel au droit administratif* », RFDA 2002, p. 223 s.

F. DESPORTES., « *La société générale des prisons* », BSGP, 1877, p. 4 s.

F. DIGNEFFE, *Généalogie du concept de dangerosité*, in P.Chevallier., T.GREACEN (dir), *Folie et justice : relire Foucault*, Toulouse, Erès, 139-157.

G. DRAGO, *Liberté individuelle et Constitution : quels principes pour quels juges*, in mélanges en l'honneur du Professeur Yves Mayaud, p. 531.

C-O. DORON, « *la rétention de sûreté : vers un nouveau type de positivisme juridique ?* », *L'information psychiatrique* » 2008/6 (volume 84), p. 533-541.

E. DUBOUT, « *Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : une supra-constitutionnalité ?* » *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 83, no. 3, 2010, pp. 451.

J. FERRAND., « *Vous avez dit rétention de sûreté ? La victoire posthume de Saleilles et les préventions de la doctrine pénale française à l'encontre du positivisme* », 2012, L'Harmattan, p. 193 s.

G. GIUDICELLI-DELAGE., « *Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi* », RSC 2010, p. 69 s.

L. GRÉGOIRE.,

- « *Les mesures de sûreté : un moyen au service de la lutte contre le terrorisme ?* », RPDP 2015, n° 8, p. 66 s.
- « *La détention de sûreté allemande n'est plus exclusivement une peine...* », AJ Pénal 2016, p. 339 s.

M. HERZOG-EVANS.,

- « *Récidive : surveiller et punir plus plutôt que prévenir et guérir* », AJP 2005, p. 305.
- « *Relèvement d'une période de sûreté préalable à la recevabilité d'une demande de libération conditionnelle* », AJP 2006, p. 513 s.
- « *L'inscription au FJNAIS : rétroactivité, nature juridique et interaction avec la réhabilitation* », AJP 2008, p. 242 s.
- « *La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des "principes cardinaux" de notre droit* », AJP 2008, p. 161 s.
- « *Définir la désistance et en comprendre l'utilité pour la France* », AJP 2010, p. 366.
- « *Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique* », AJP, 2012, p. 75 s.

P. KAYSER, *Le Conseil constitutionnel protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois*, in Mélanges P. Raynaud, Paris, 1985, p. 330.

M. LACAZE, « *La rétention de sûreté prononce suite à la méconnaissance des obligations de surveillance de sûreté et l'article 5 de la Convention européenne* », RPDP 2012, doctr.

B. DE LAMY,

- « *La rétention de sûreté : pénal or not pénal ?* », RSC 2009, p. 166 s.
- « *Les peines obligatoires et le principe de l'individualisation des peines* », RSC 2011, p. 182 s.
- « *La transmission d'une amende par voie successorale* », RSC 2013, p. 430s.

T. LEVY, *Y a-t-il encore une place pour la responsabilité pénale ?* Pouvoir 2009/1, n°128,p.43.

J. LEBLOIS-HAPPE., « *Rétention de sûreté vs Unterbringung in die Sicherungsverwahrung : les enseignements d'une comparaison franco-allemande* », in Dossier : La nouvelle rétention de sûreté, quelles perspectives, AJ Pénal 2008.

A. LEVADE, Le palais royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires, RFDA, mai-juin, 2007, p. 565.

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 s.

G. LEVASSEUR., - « *Réflexions sur la prévention générale* », APC 1977, p. 13 s.

H. MATSOPOULOU

- « *Le développement des mesures de sûreté justifié par la dangerosité et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux* »,Dr.pénal 2008 Etude 5.
- *Le renouveau des mesures de sûreté*, Recueil Dalloz, 23, 1607 sqq.
- Application dans le temps de la loi du 25 février 2008 : un retour à l'orthodoxie ? AJ pénal 2010, p.136.

B. MATHIEU, « *La non-rétroactivité en matière de rétention de sûreté : exigence constitutionnelle ou conventionnelle. A propos de la décision n°2008-562 DC du Conseil constitutionnel* », JCP 2008.

B. MATHIEU, *La non rétroactivité en matière de rétention de sûreté : exigence constitutionnelle ou conventionnelle ?* JCP G. 2008, act. 166.

H. MATSOPOULOU.

- « *Le renouveau des mesures de sûreté* », D. 2007, p. 1607 s.

- « *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la "dangerosité" et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux – Commentaire de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* », Dr. pén., 2008, étude 5.
- « *L'application des "peines", puis des "mesures de sûreté", aux personnes atteintes de troubles mentaux : l'incohérence jurisprudentielle et ses conséquences (à propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 16 décembre 2009)*, Dr. pén. 2010, étude 4.

Y. MAYAUD, « *La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008* », D. 2008, p. 1359 s.

Y. MAYAUD, *La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 DC du 21 février 2008*, recueil Dalloz, 20, 1359-1366.

M. NOTEZ, *Désordre moral et justice pénale : contribution à l'étude de la qualification et de la responsabilité applicable à l'aliéné, en France, au XIXe siècle*, Thèse, Paris, 2017.

G. ODIER, « *Rétention de sûreté : quelles mesures pour quelle politique criminelle ?* », L'information psychiatrique 2008/8 (Volume 84), p. 721-723.

J. PRADEL

- « *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux* », recueil Dalloz, 15, 1000-1012.
- « *Nature et application dans le temps des mesures créées par la loi du 25 février 2008 à l'égard des criminels atteints d'un trouble mental* », D. 2010, p. 471 s.

L. PRIOU-ALIBERT, *La surveillance de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz actualité, 23 avril 2010.

G. ROUJOU DE BOUBEE.

- *sic et non à propos de la loi du 25 février 2008* in mélanges Georges Wiederkehr.
- *Les rétentions de sûreté*, D.2008, entretien.

J. RABAUX, *La rétention de sûreté ou la période sombre de notre justice*, Journal du droit des jeunes 2008/4 (n°274), p.36-48.

D. ROETS, « *La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme* », D.2008.

F. ROUSSEAU, « *L'application dans le temps des nouvelles dispositions du 25 février 2008 relatives à l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental – (À propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 21 janvier 2009)* », Dr. pén. 2009, étude 9.

W. ROUMIER, « *Rétention de sûreté et déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* », Focus, Dr. Pén. 2008.

S. RIALS, *Supraconstitutionnalité et systématique du droit*, APD, 1986, p. 63.

IV- Rapports

G. FENECH et J-R LECERF, « *la rétention de sûreté et déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* », février 2008.

V. LAMANDA, « *Amoindrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux* » Rapport au Président de la République, 30 mai 2008.

A. HAZAN, *Rapport officiel établie par le contrôleur général des lieux de privation de liberté, faisant état des lieux du milieu carcéral français en 2014, Rapport au président de la république*, 6 mars 2015.

J-P GARRAUD, *Réponse à la dangerosité*, Rapport de la commission parlementaire sur la dangerosité et la prise en charge des individus dangereux, 2006.

J.-F. BURGELIN, (dir.), *Santé, justice et dangerosités : pour une meilleure prévention de la récidive*, Rapport de la Commission Santé-Justice, La documentation française, 2005.

M. ANCEL, *Les mesures de sûreté en matière criminelle : rapport présenté au nom de la Commission spéciale d'études de la C.I.P.P.*, Commission internationale pénale et pénitentiaire, Melun, Imprimerie administrative, 1950.

S. PIETRASANTA., *La déradicalisation, outil de lutte contre le terrorisme* (PIETRASANTA S.), La documentation française, 2015.

J.H. ROBERT, *Rapport de la commission d'analyse et de suivi de la récidive remis au Garde des Sceaux*, La documentation française, juillet 2007.

P. GOUJON et C. GAUTIER, *Rapport d'information sur les mesures de sûreté concernant les personnes dangereuses*, Sénat, 2006.

V- Ouvrages non juridiques

G. ORWELL., 1984, éd Gallimard, 2018.

A. BAUER.,

- *Dictionnaire des amoureux du crime*, Plon, 2013.
- *ABC de la criminologie*, Cerf, 2016.
- *Terrorismes*, Dalloz, 2^{ème} éd, 2018.

G . KEPEL.,

- *Jihad*, éd Gallimard, coll. Folio, 2017.
- *Terreur dans l'hexagone*, éd Gallimard, 2015.

D . THOMSON.,

- *Les français djihadistes*, éd. Les arènes, 2014.
- *Les revenants*, éd. Seuil, 2016.

Index de jurisprudence

• Conseil constitutionnel :

- Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire.
- Décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, Loi sur la communication audiovisuel.
- Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.
- Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, M. Cédric D. Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence.
- Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, Ligue des droits de l'homme, Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence.
- Décision n° 2017-625 QPC du 7 avril 2017, M. Amadou S. Entreprise individuelle terroriste.
- Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire
- Décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française.
- Décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales.
- Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, Loi portant création d'une couverture maladie universelle.
- Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence.
- Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.
- Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, loi relative au renseignement.
- Décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, Loi de finances pour 1984.
- Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, Cédric D. Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence
- Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure.
- Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992, Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

- Décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs.
- Décision n° 2017-674 QPC du 1er décembre 2017, M. Kamel D, Assignation à résidence de l'étranger faisant l'objet d'une interdiction du territoire ou d'un arrêté d'expulsion.
- Décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales,
- Décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.
- Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992, Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945
- Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.
- Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962.
- Décision n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, M. Abdellatif B. et autre.
- Conseil constitutionnel, décision n°89-262 DC du 7 novembre 1989, Loi relative à l'immunité parlementaire, JORF du 11 novembre 1989.
- Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, Traité sur l'Union européenne.

- **Conseil d'état :**

- Conseil d'État, 23 mai 2003, Mme Chabba.
- Conseil d'État, 14 mars 1979, Ministre de l'intérieur c/ Compagnie Air-Inter.
- Conseil d'État, 10 février 1982, SA Compagnie Air-Inter.
- Conseil d'État, 17 février 1950, Dame Lamotte.
- Conseil d'État, 11 mai 1984, Société anonyme Alta et société anonyme Chemt Vincent.
- Conseil d'État, 9 juin 2010, Pierre A contre Préfet de la Meuse.
- Conseil d'État, 9 juill. 1997, Association Ekin.
- Conseil d'État, 8 février 2007, Société Arcelor Lorraine.
- Conseil d'État, 11 décembre 2015, Domenjoud.
- Conseil d'État, 3 mars 2003, 235052, mentionné aux tables du recueil Lebon
- Conseil d'État, 6 juillet 2016, Perquisitions administratives effectuées sur le fondement de l'état d'urgence.

- **Cour de cassation :**

- Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 21 janvier 2009, 08-83.372, Publié au bulletin
- Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 7 mai 1987, 87-80.822, Publié au bulletin
- Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 12 décembre 2012, 12-83.240, Publié au bulletin
- Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 28 mars 2018, 17-86.938, Publié au bulletin
- Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 16 décembre 2009, 09-85.153, Publié au bulletin
- Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 17 octobre 1995, 93-14.837, Publié au bulletin
- Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 14 novembre 2018, 18-80.507, Publié au bulletin

- **Cour européenne des droits de l'homme :**

- CEDH, 6 juin 2006, Segerstedt-Wiberg c/ Suède.
- CEDH, 21 février 1996, Hussain c. Royaume Uni.
- CEDH, 17 déc. 2009, M. c. Allemagne.
- CEDH, 8 juillet 1999, Baskaya et Okçuoglu c/ Turquie.
- CEDH, 15 décembre 2009, Maiorano et autres c. Italie
- CEDH, 24 juin 1982, Van Droogenbroeck c/ Belgique
- CEDH, 13 octobre 2009, De Schepper c/ Belgique.
- CEDH, 28 mars 1990, B. c/Autriche. CEDH.
- CEDH, 18 Juin 1971, De Wilde, Ooms et Versyp c/ Belgique.
- CEDH, 9 décembre 1994, Lopez Ostra c/ Espagne.
- CEDH, 28 octobre 1998, Osman c. Royaume-Uni.
- CEDH, 24 octobre 2002, Mastromatteo c/ Italie.
- CEDH, 23 février 2017, Tomaso v. Italy.
- CEDH, 13 décembre 2012, El-Masri v. Yougoslavie.
- CEDH, 6 septembre 1978, Klass c. Allemagne.

- **Cour de justice de l'union européenne :**

- CJUE, 9 juillet 2009, Mooren c. Allemagne.
- CJUE, 22 mai 2012, Idalov. Russie.
- CJUE, 12 juillet 2016, A.M c/ France.
- CJUE, 3 septembre, Kadi c/ Conseil et Commission.
- CJUE, 27 juin 2013, Vassis et autres c. France.
- CJUE, 22 mai 1984, De Jong, Baljet et Vanc den brink c. Pays-Bas.
- CJUE, 4 décembre 1979, Schiesser c. Suisse.
- CJUE, 29 avril 1999, Aquilina c. Malte.

Table des matières

Introduction.....	6
Partie 1- Les caractéristiques de la rétention de sûreté.....	40
Titre 1 – La genèse de la rétention de sûreté.....	41
Chapitre 1 – Les assises philosophiques et doctrinales de la rétention de sûreté.....	42
Section 1 - L'influence de l'école positiviste.....	42
1§ - Les aspirations de la doctrine positiviste.....	42
2§- L'inspiration des mesures de défense sociale.....	44
Section 2 - Les assises philosophiques humanistes.....	45
Chapitre 2 - La consécration juridique de la rétention de sûreté.....	50
Section 1 - Les mesures de sûreté, un concept législatif ancien.....	50
1§- Des mesures de sûreté générale et de salut public à la relégation.....	50
2§- La diversité des mesures de sûreté.....	51
Section 2 - L'introduction de la rétention de sûreté en droit pénal.....	55
1§- La recherche préalable d'une réponse à la dangerosité.....	55
2§- L'introduction législative de la rétention de sûreté.....	61
Titre 2 – Vers une autonomie de la rétention de sûreté.....	74
Chapitre 1- Un cadre juridique propice à l'autonomie de la rétention de sûreté.....	75
Section 1- La construction d'un système dualiste de la sanction pénale.....	75
1§- L'évolution de la peine comme socle de la sanction pénale.....	75
2§- La consécration inévitable d'un dualisme de la sanction pénale.....	78

Section 2 - Un régime juridique sui generis propice à l'autonomie de la rétention de sûreté	86
1§ - Un régime lié à la nature sui generis de la rétention de sûreté.....	86
2§ – Un régime lié à la particularité du prononcé de la rétention de sûreté...91	
Chapitre 2 - L'opportunité d'une autonomie de la rétention de sûreté.....	95
Section 1 – La nécessaire autonomie de la rétention de sûreté.....	95
1§- L'autonomie discutable de la rétention de sûreté.....	95
2§ – Une autonomie souhaitable au service d'une nécessaire clarification..98	
Section 2 – Une autonomie concevable de la rétention de sûreté.....	100
1§ – L'apparente fiabilité de l'évaluation de la dangerosité.....	100
2§ - Un cadre juridique protecteur par la révisibilité de la rétention de sûreté.....	103
Patrie 2 – Vers une évolution du champ d'application de la rétention de sûreté.....	104
Titre 1 – L'éventuel élargissement de la rétention de sûreté sur le fondement de la dangerosité.....	105
Chapitre 1 - La dangerosité, fondement singulier de la rétention de sûreté.....	106
Section 1 - La dangerosité, une notion protéiforme à la croisée des sciences..	106
1§-Une notion complexe.....	106
2§ La dangerosité, une notion à la croisée des sciences.....	110
Section 2 - La dangerosité, source d'extension de la sanction pénale.....	113
1§ La rétention de sûreté signe d'un renouveau du concept de dangerosité.....	113
2 § La dangerosité comme critère de multiples infractions pénales.....	116
Chapitre 2 - La pertinence d'un élargissement de la rétention de sûreté.....	123
Section 1- La nécessaire adaptation de notre droit pénal.....	123

1 § L'évolution de la lutte contre la récidive.....	123
2 § La mutation de la criminalité.....	134
Section 2- La pertinence juridique de l'élargissement de la rétention de sûreté..	148
1 § L'opportunité d'une réforme législative par une loi ordinaire.....	148
2§ - La nécessité d'un cadre juridique propre à la rétention de sûreté.....	156
Titre 2 – La pertinence de la création d'une rétention de sûreté ante delictum..	166
Chapitre 1 – La recherche d'une réponse pénale à la menace terroriste.....	167
Section 1 – Lutte contre le terrorisme, des réponses spécifiques imparfaites...	167
1§- Des réponses juridiques singulières prononcées par l'ordre judiciaire.	167
2§ - Un cadre juridique singulier mais protecteur des droits et libertés....	183
Section 2 – L'angle mort juridique de la menace d'individus identifiés comme dangereux.....	196
1§ - Un vide juridique, fruit d'un aveuglement législatif.....	196
2§ - Un angle mort législatif lié au champ de la rétention de sûreté.....	206
Chapitre 2 – L'approche constitutionnelle d'une rétention de sûreté ante delictum..	214
Section 1 – La compétence constitutionnelle de l'autorité judiciaire, résultat de la conception prétorienne de la liberté individuelle.....	214
1§ - Une certaine conception constitutionnelle de la liberté individuelle...	214
2§- La compétence de l'autorité judiciaire pour lutter contre la détention arbitraire.....	222
Section 2 – Les premiers jalons constitutionnels d'une rétention de sûreté ante delictum.....	233
1§- Les premiers fondements d'une rétention de sûreté ante delictum....	233
2§- La rétention de sûreté ante delictum dans le cadre de l'État de droit.....	246